

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?

IGNACIO CALATAYUD PRATS

*Profesor de Derecho Administrativo.
CUNEF Universidad*

1. Introducción

2. Nulidad del contrato administrativo y responsabilidad patrimonial de la Administración

2.1. Sobre los hechos que dan lugar a la Sentencia núm. 1555/2021, de 21 de diciembre de 2021, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y los argumentos jurídicos utilizados por la misma

2.2. Crítica a la vía de la responsabilidad patrimonial para exigir el pago de las prestaciones realizadas. La restitución como fuente para la obtención de las prestaciones realizadas

2.2.1. *La inadecuación del procedimiento de responsabilidad patrimonial para exigir la liquidación de un contrato nulo o el pago de facturas derivadas de un contrato nulo*

2.2.2. *La necesaria distinción entre tutela restitutoria y tutela resarcitoria*

3. La restitución como efecto derivado de la invalidez del contrato. ¿Son aplicables supletoriamente las reglas del Código Civil que regulan la limitación a la restitución de los contratos nulos?

3.1. La restitución como acción derivada de la nulidad

3.2. ¿Los artículos 1305 y 1306 del Código Civil son aplicables o no a los contratos del sector público?

Artículo recibido el 12/04/2023; aceptado el 15/05/2023.

- 3.3. La causa torpe en el Código Civil
- 3.4. La inadecuación de aplicar los artículos 1305 y 1306 del Código Civil como derecho supletorio a los contratos del sector público

4. Conclusiones

5. Bibliografía

Resumen

El estudio argumenta que la acción de responsabilidad patrimonial no es la acción adecuada para reclamar los servicios efectivamente prestados pero no satisfechos en virtud de contratos nulos. Por el contrario, el estudio considera que la acción adecuada es la acción de restitución de las prestaciones realizadas. Se afirma que mientras que la acción de restitución tiene como finalidad la eliminación de los efectos jurídicos producidos y nacidos del contrato nulo, restaurando los derechos patrimoniales de las partes a la situación que tendrían de no haberse producido el contrato, y ello independientemente de la buena o mala fe de los contratantes, por el contrario, la indemnización de los daños y perjuicios tiene como objetivo resarcir los daños y perjuicios que el contratante, que actúa con culpa o dolo, ha causado a la parte perjudicada. Para el autor no son aplicables supletoriamente al derecho administrativo los artículos 1305 y 1306 del Código Civil, que regulan la causa torpe o ilícita y que limitan la obligación de restituir, cuando uno o los dos contratantes son culpables.

Palabras clave: *contratos del sector público; contratos administrativos; invalidez; nulidad; restitución; responsabilidad patrimonial; responsabilidad extracontractual; culpa; derecho supletorio; causa ilícita; causa torpe.*

Effects of the nullity of verbal contracts in the public sector: restitutionary action or patrimonial liability. Is it possible to avoid the payment of the service rendered?

Abstract

The article argues that the action for pecuniary liability is not the appropriate action to claim for services actually rendered but not satisfied under null and void contracts. On the contrary, the article considers that the appropriate action is the action for restitution of services rendered. The article argues that the aim of the restitution action is to eliminate the legal effects produced and arising from the null contract and, therefore, it restores the economic rights of the parties to the situation they would have had if the contract had

not taken place, and this regardless of the good or bad faith of the contracting parties. On the contrary, pecuniary liability compensates the damages that the contracting party, acting negligently or fraudulently, causes to the injured party. Thus, Articles 1305 and 1306 of the Civil Code, which regulate tortious or unlawful causation and limit the obligation to make restitution when one or both contracting parties are at fault, are not applicable in a supplementary manner to administrative law.

Keywords: public procurement; public contracts; invalidity; nullity; restitution; liability of the Administration; suppletory right; fault; illicit cause.

1

Introducción

Mediante el presente estudio pretendemos dar respuesta a la siguiente pregunta: si la declaración de nulidad de contratos celebrados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido constituye título jurídico para reclamar a la Administración –por vía de la responsabilidad patrimonial– el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados con base en los contratos declarados nulos, o, por el contrario, nos encontramos ante un supuesto de tutela restitutoria cuyos presupuestos defieren notablemente de los presupuestos necesarios para prospere una acción resarcitoria.

Debemos señalar que dicha cuestión ha tenido respuesta afirmativa en una reciente sentencia del Tribunal Supremo, la Sentencia núm. 1555/2021, de 21 de diciembre de 2021, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sentencia que considera que es viable acudir a la acción resarcitoria vía responsabilidad extracontractual de la Administración para el pago de dichas facturas.

No obstante, ya adelantamos que no podemos estar de acuerdo con la solución dada a dicha pregunta por el Tribunal Supremo, y ello porque los argumentos utilizados desde un punto de vista dogmático no son correctos jurídicamente, lo que, a su vez, da lugar a un resultado erróneo.

En efecto, como vamos a comprobar en las líneas siguientes, el Tribunal Supremo valida el ejercicio de una acción resarcitoria vía responsabilidad patrimonial de la Administración para reclamar los servicios prestados y no pagados en virtud de un contrato declarado nulo, por haberse adjudicado sin seguir el procedimiento legalmente establecido, cuando por el contrario lo procedente es el ejercicio de una acción restitutoria, acción esta última

cuyos presupuestos son completamente diversos a los de la acción resarcitoria.

Precisamente, tal y como vamos a exponer, mientras que en la responsabilidad patrimonial de la Administración para que nazca la responsabilidad es requisito la exigencia de un título de imputación, en concreto la culpa, sin embargo, en la tutela restitutoria, no se tiene en cuenta la culpa de las partes a la hora de establecerse la obligación de restitución de las prestaciones.

Del mismo modo, mientras que la culpa en la conducta del administrado puede dar lugar a la ruptura del nexo causal y, por tanto, a la exoneración de la Administración en la responsabilidad patrimonial, por el contrario, la conducta de las partes en nada afecta al deber de restitución de las prestaciones (salvo en los casos de causa ilícita regulados en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil, de dudosa aplicación en la contratación administrativa).

Del mismo modo, el plazo de prescripción de una y otra acción varía, pues mientras que el plazo de prescripción de la acción resarcitoria es de un año, el plazo de prescripción de la acción restitutoria es de cuatro años.

El objetivo del artículo es comprobar cómo la jurisprudencia que acude a la responsabilidad patrimonial para resolver las consecuencias derivadas de la invalidez contractual es incorrecta desde el punto de vista teórico y, en consecuencia, da lugar a soluciones incorrectas.

Pasemos a analizar las cuestiones controvertidas.

2

Nulidad del contrato administrativo y responsabilidad patrimonial de la Administración

2.1

Sobre los hechos que dan lugar a la Sentencia núm. 1555/2021, de 21 de diciembre de 2021, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y los argumentos jurídicos utilizados por la misma

Para una adecuada comprensión de la pregunta que pretendemos resolver, esto es, si la declaración de nulidad de contratos celebrados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido constituye título jurídico para reclamar a la Administración –por vía de la responsabilidad patrimonial– el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados, resulta del todo necesario conocer los

hechos que dan lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo, así como la respuesta que dieron los órganos jurisdiccionales de instancia y apelación.

Los hechos, tal y como se desprenden tanto del Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía que declara la nulidad de pleno derecho de los contratos objeto de controversia, como de las sentencias de instancia y apelación que resolvieron la controversia, son los siguientes: el Ayuntamiento de Marbella realizó una serie de contratos de *renting* de más de 100 vehículos con la entidad Alveomotor, S.L., sin seguir el procedimiento legalmente establecido, siendo en julio de 1998 cuando se produjo la primera entrega de vehículos al Ayuntamiento, y dejándose de abonar por este las facturas correspondientes por el uso de los mismos a partir de febrero de 2003, si bien los vehículos siguieron utilizándose, lo que generó una deuda frente al contratista.

El Ayuntamiento de Marbella, previo dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía¹, procedió a la revisión de oficio y a declarar la nulidad de los

1. El Dictamen núm. 78/2007, de 21 de febrero, del Consejo Consultivo de Andalucía, considera nulos de pleno derecho los contratos celebrados, en virtud de los siguientes argumentos:

"Los contratos de arrendamiento de vehículo cuya nulidad pretende ser declarada, ciertamente, se rigen en su preparación y adjudicación (actos separables), por las normas de derecho administrativo sobre contratación de las Administraciones Públicas. Y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas del Derecho Privado que les sean de aplicación. En esto coinciden tanto el artículo 4.3^º del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, como el artículo 9 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Dependiendo de la fecha exacta en que se hubieran firmado los contratos, dato que es desconocido, regiría una u otra norma respecto a los actos separables; en cualquier caso, el régimen jurídico aplicable a la preparación y adjudicación es coincidente, esto es, la normativa de contratación de las Administraciones Públicas.

De conformidad con las normas aplicables, ya referidas, procedimentalmente se requiere, antes de la celebración del contrato, la elaboración del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones Técnicas. Así se deduce de los artículos 14 y 17 de la Ley de 1965, como de los artículos 50 y 52 de la ley de 1995.

En la contratación del arrendamiento de vehículos objeto del presente expediente ninguno de los dos mencionados Pliegos han existido.

Tampoco, en orden a la adjudicación, han sido cumplidas las prescripciones legales. En efecto, con carácter general se ha de respetar los principios de libertad y concurrencia en la contratación administrativa. Así lo proclaman los artículos 13 y 79 de los textos normativos del año 1965 y 1995, aplicables según el caso. Ello implica que salvo en los supuestos legalmente autorizados, y que deberían quedar escrupulosamente justificados en el expediente de contratación que debió instruirse al efecto, no se admitirá la contratación directa o el procedimiento negociado (según la terminología empleada, respectivamente, por el artículo 13 de la Ley de 1965, o por el artículo 74 de la Ley de 1995). En la contratación llevada a cabo en el expediente objeto de consulta, de forma evidente se aprecia la omisión de cualquier acto que justifique el motivo por el que se ha prescindido de la observancia a los principios de libertad y concurrencia en la contratación. Y, desde luego, no es admisible la alegación efectuada por el adjudicatario en cumplimiento del trámite concedido al efecto, cuando afirma que 'mis representadas desconocen por completo como se llevó a cabo la preparación y adjudicación administrativa de esos contratos (sic). Lo único cierto es que fueron llamadas, dentro de una concurrencia de ofertas, adjudicándoseles finalmente la cesión mediante el alquiler de vehículos de su propiedad'. El contrasentido de esta afirmación es que si la mercantil o mercantiles contratantes desconocen cómo se llevó a cabo la preparación y adjudicación, es porque no concurrieron a ninguna oferta pública, y porque no existió ningún pliego de cláusulas ni administrativas ni de prescripciones técnicas, pues en caso contrario sí conocería algo de esa preparación y adjudicación. En

contratos de *renting* a través de dos decretos del año 2007, si bien no procedió a la liquidación del contrato con la consiguiente restitución del valor de los servicios realizados, y que equivale al pago de las facturas impagadas.

Tras la declaración de nulidad del contrato, y dado que el Ayuntamiento de Marbella no procedió a la restitución del valor del servicio prestado, dejando de abonar facturas por importe de 2 643 938,06 €, la entidad reclamó dichas cantidades mediante una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Frente a la demanda interpuesta por el empresario, el Ayuntamiento de Marbella se opone, alegando que el cauce adecuado no puede ser el régimen de la responsabilidad patrimonial, sino que procede aplicar el régimen general regulado en el artículo 1303 del CC, y que si bien, en principio, como consecuencia de la nulidad declarada, habría que restituir el valor de los servicios prestados, considera de aplicación lo dispuesto en los artículos 1305 y 1306 del CC², que limitan la obligación de restitución en supuestos de causa torpe³.

definitiva, no pudo haber concurrencia de ofertas, ni desde luego se acredita este dato por el adjudicatario.

Con arreglo a todo lo que se ha ido razonando, la única conclusión posible es que nos encontramos ante la causa de nulidad establecida por los diferentes preceptos legales antes citados, y cuya reseña en este punto omitimos a fin de evitar reiteraciones innecesarias, consistente en la omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, lo que lleva aparejado la declaración de nulidad de los contratos de arrendamiento de los vehículos”.

2. Los artículos 1303, 1305 y 1306 del CC regulan la restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad de los contratos en derecho y los supuestos en los que no procede la restitución.

En concreto, el artículo 1303 señala: “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 civil”.

El artículo 1305 indica:

“Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido”.

El artículo 1306, que regula la causa torpe, establece:

“Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

1.º Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.

2.º Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido”.

3. Un dato importante a tener en cuenta y que pudo servir dogmáticamente para la resolución del supuesto es que tanto las personas que celebraron los contratos como los contratos

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de los de Málaga dicta Sentencia con fecha 12 de mayo de 2016, ratificada posteriormente en apelación por la Sentencia núm. 31/2020, de fecha 20 de enero de 2020, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en la que otorga la razón al Ayuntamiento de Marbella, con la siguiente argumentación:

“La Sentencia de instancia sostiene que la pretensión de la parte actora no podía ser acogida por la Administración demandada, y ello al entender, asumiendo los motivos de oposición esgrimidos por la Administración, que la reclamación debió llevarse a cabo por los correspondientes cauces establecidos para la responsabilidad contractual y no mediante una reclamación de responsabilidad patrimonial. En síntesis, sostiene que la nulidad de los contratos decretada por el Pleno del Ayuntamiento debía llevar aparejada una solicitud de a restitución de las prestaciones –junto con los frutos e intereses producidos– o el correspondiente equivalente pecuniario (conforme a lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.307 del Código Civil), debiendo ser tal obligación de cumplimiento simultáneo por ambas parte conforme el artículo 1.308. Dado que lo que solicitaba la parte era una indemnización por importe equivalente, entendía la resolución apelada que no concurrían los presupuestos para que dicha acción prosperase”.

En definitiva, para la Sentencia de primera instancia y la Sentencia que resuelve la apelación el cauce adecuado para exigir los servicios prestados y no abonados no es una acción indemnizatoria vía responsabilidad patrimonial extracontractual, sino, por el contrario, una acción de restitución derivada de la nulidad del contrato, razón por la cual rechazan la demanda.

Frente a la Sentencia núm. 31/2020, de fecha 20 de enero de 2020, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

fueron objeto de un procedimiento penal, en concreto en el caso Malaya, y condenadas por ello. Así se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo, que recoge la oposición del Ayuntamiento al recurso, alegando en su escrito lo siguiente: “[...] fue tal la ilegalidad de lo acontecido con total conocimiento y siendo copartícipe de la misma la mercantil recurrente, que dado que los administradores de la misma aparecían imputados en el caso ‘Malaya’, se solicitó por este Ayuntamiento, la suspensión de los procedimientos judiciales instados por prejudicialidad penal. El resultado de la causa penal, y ante las acusaciones del Ministerio Público al acusado Jesús Ángel (administrador de AlveMotor) de cohecho y manipulación en el concurso de adjudicación de la retirada de vehículos de la vía pública, así como de la aprobación de una ordenanza fiscal de tasas de retirada de dichos vehículos a fin de aumentarlas, y un largo etérea, fue la conformidad del mismo con los delitos que se le imputaban y que se trataba de ‘un delito de cohecho para acto injusto, un delito de alteración de precio en concurso y subastas, un delito de malversación de caudales públicos y falsedad documental (todo ello motivado por las relaciones con los anteriores ediles y responsables de urbanismo del Ayuntamiento) y todo ello directamente relacionado con los contratos cuya obvia nulidad pretende reclamar por el instituto de la responsabilidad patrimonial”.

Superior de Justicia de Andalucía, la entidad recurrente interpuso recurso de casación, al considerar que los servicios prestados y no abonados derivados de un contrato nulo podían exigirse mediante una acción de responsabilidad patrimonial, recurso que fue admitido mediante auto de admisión de fecha 12 de febrero de 2021, siendo la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la consistente en “determinar si la declaración de nulidad de contratos celebrados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, constituye título jurídico para reclamar a la Administración –por vía de la responsabilidad patrimonial– el importe de las facturas emitidas y no pagadas por los servicios efectivamente prestados con base en los contratos declarados nulos, o, por el contrario, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual”.

Pues bien, el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1555/2021, de 21 de diciembre de 2021, da la razón a la empresa en cuanto a la vía exigida para reclamar las facturas, al considerar lo siguiente:

“[...] cuando la empresa reclama por la vía de la responsabilidad patrimonial los daños sufridos, está asumiendo que éstos fueron generados por la declaración de nulidad de los contratos. Esa declaración, efectuada por la Administración en virtud de la potestad que le reconoce al efecto el artículo 106 de la Ley 39/2015 (en consonancia con el artículo 102 de la Ley 30/1992), puede servir de título habilitante para reclamar por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración los daños ocasionados, en la medida en que comporta un reconocimiento explícito por parte de la Administración de que su actuación fue ‘anormal’, esto es, no ajustada a Derecho.

Por tanto, la declaración de nulidad de los contratos celebrados puede constituir título jurídico idóneo para reclamar a la Administración por vía de la responsabilidad patrimonial, pero, al hacerlo, la empresa debe someterse, necesariamente, al régimen jurídico de dicha responsabilidad patrimonial, que es distinto al de la responsabilidad contractual”.

Ahora bien, para el Tribunal Supremo, si bien es posible reclamar la prestación realizada y no pagada vía responsabilidad patrimonial, sin embargo, solo procederá reconocer el derecho a la indemnización si se acredita la concurrencia de los requisitos exigidos al efecto, normativa y jurisprudencialmente, conforme al régimen jurídico propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, y entre ellos, señaladamente, el de la antijuridicidad del daño, esto es, que el particular no tenga el deber jurídico de soportar ese daño de acuerdo con la ley. En definitiva, el hecho de que quepa utilizar la vía de la responsabilidad patrimonial no significa, necesari-

riamente, que deba reconocerse a la reclamante el derecho a percibir la indemnización que reclama.

Precisamente, el Tribunal Supremo considera que el daño no es anti-jurídico, y ello debido a que la declaración de nulidad de los contratos fue la consecuencia lógica de haberse celebrado estos prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido al efecto, teniendo la reclamante una participación esencial y voluntaria en la generación de la causa de la nulidad de los contratos; este hecho lleva al Tribunal Supremo a no apreciar la antijuridicidad del daño que la empresa reclamante alega haber sufrido a causa de la declaración de nulidad de los contratos. Para el Tribunal Supremo, “apreciar en este caso esa antijuridicidad supondría contrariar las reglas de la lógica jurídica y del principio de la buena fe, que exige que las partes observen la debida coherencia en sus comportamientos procesales”.

En definitiva, para el Tribunal Supremo, dado que la empresa tuvo una participación esencial y voluntaria en la generación de la causa de la nulidad de los contratos, pues estos se otorgaron verbalmente, es corresponsable en la generación del daño, y por lo tanto no es antijurídico, ni cabe indemnización.

Para nosotros, tal y como vamos a argumentar en los próximos epígrafes, ni es correcta la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, ni tampoco es viable la defensa adoptada por el Ayuntamiento y que consiste en aplicar el artículo 1306 del Código Civil, que regula la causa torpe, para evitar la restitución del valor del servicio prestado al contratista.

En nuestra opinión se debió restituir al contratista el valor del servicio prestado para evitar un enriquecimiento injusto a favor de la Administración.

2.2

Crítica a la vía de la responsabilidad patrimonial para exigir el pago de las prestaciones realizadas. La restitución como fuente para la obtención de las prestaciones realizadas

2.2.1

La inadecuación del procedimiento de responsabilidad patrimonial para exigir la liquidación de un contrato nulo o el pago de facturas derivadas de un contrato nulo

Debemos destacar que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, regulada en los artículos 32 y ss. de la Ley 40/2015, constituye una institución jurídica que tiene por objeto garantizar la reparación de los daños y perjuicios causados a los particulares como consecuencia del fun-

cionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que aquellos no dispongan de vías específicas para exigir la compensación económica que se acciona al haber tenido lugar el conflicto de carácter económico en el desenvolvimiento de cualesquiera relaciones jurídicas que vinculen a la Administración con los perjudicados, donde se prevean tales vías, pues en tal caso la solución al conflicto ha de tener lugar a través de estos específicos cauces y con arreglo al régimen jurídico previsto al efecto⁴.

Precisamente, el artículo 42 de la LCSP establece el cauce procedimental que hay que seguir una vez se declara la nulidad de un contrato del sector público por ser contrarios a derecho los actos de preparación y adjudicación del mismo. Tal y como señala el 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”.

Es decir, la propia LCSP establece la vía procedimental y el mecanismo para determinar los efectos derivados de la nulidad del contrato sin que, por tanto, quepa acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial, por no ser el cauce procedimental establecido legalmente para ello. La institución de la responsabilidad extracontractual de la Administración no es un mecanismo de resarcimiento que permita atraer en torno a sí toda suerte de quebrantos económicos que pueda sufrir una persona, ni desde luego constituye una fórmula que permita acoger lo que es propio de una relación jurídica específica.

Si el supuesto de hecho, como es el caso de la liquidación del contrato una vez declarada su invalidez, dispone de vías específicas de resarcimiento, procederá su aplicación prevalente con exclusión del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración⁵.

La responsabilidad extracontractual de la Administración debe considerarse, por tanto, como una suerte de última ratio, una vía residual llamada únicamente a cubrir aquellos supuestos que no tengan otra vía específica prevista en el ordenamiento jurídico.

4. Cfr. Dictamen del Consejo de Estado 706/2021, de 27 de enero de 2022.

5. En este sentido se pronuncia, con claridad, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) en la Sentencia de 8 de abril de 2014, al declarar que la Ley de contratos establece el cauce procedimental específico para la posible determinación de los daños causados por la declaración de nulidad de un contrato y, sin que sea viable, acudir a una responsabilidad patrimonial.

Igualmente se pronuncia la Sentencia núm. 635/2014, de 9 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo).

El Tribunal Supremo, al permitir acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial para exigir el cobro o pago de facturas no abonadas en un contrato declarado inválido, no solo está convirtiendo la responsabilidad extracontractual en un cajón de sastre que habilita a que cualquier administrado que considere que ha sufrido un quebranto económico de la naturaleza que sea acuda a la responsabilidad extracontractual en busca de resarcimiento, sino que está desnaturalizando la vía procedimental legalmente prevista y los presupuestos sustantivos que permiten determinar la viabilidad de la acción⁶.

Como vamos a explicar, el Tribunal Supremo desnaturaliza los presupuestos de la tutela restitutoria y, aplicando los presupuestos de la tutela resarcitoria, llega a soluciones no queridas, a nuestro juicio, por el ordenamiento jurídico.

2.2.2 La necesaria distinción entre tutela restitutoria y tutela resarcitoria

Sin duda alguna el mayor reproche que se puede realizar a la jurisprudencia que avala la utilización de la responsabilidad patrimonial de la Administración (o responsabilidad extracontractual) para liquidar los efectos derivados de un contrato nulo (o, en la práctica, para permitir la exigencia o cobro de los servicios prestados derivados de contratos declarados nulos por no seguir el procedimiento) es la falta de rigor dogmático, pues dicha jurisprudencia permite que el administrado ejercite una acción resarcitoria cuando, por el contrario, lo procedente es el ejercicio de una acción restitutoria, acción esta última cuyos presupuestos son completamente distintos de los de la acción resarcitoria.

Podemos afirmar que la tutela restitutoria frente a las actuaciones de la Administración contrarias al ordenamiento se deriva y está ligada a la invalidez. Como sabemos, el concepto de la invalidez hace referencia a la acomodo-

6. En términos similares se expresa Lozano Cutanda (2022: 3), cuando indica: "Se olvida, de esta forma, que estamos ante una relación sinalagmática que genera obligaciones recíprocas para las dos partes y que resulta ajena por completo a los principios de la responsabilidad extracontractual. Las consecuencias de la declaración de nulidad del contrato, sea en vía de recurso o de revisión de oficio, las expone, con toda claridad, el citado artículo 42 de la Ley de Contratos del Sector Público [...] Pero el Tribunal Supremo ha decidido otra cosa, y con ello parece admitir la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración para determinar los efectos de la declaración de nulidad de un contrato del sector público- aunque se trate de un contrato privado- cuando su nulidad se haya declarado por la vía de la revisión de oficio. Es de esperar, sin embargo, que esta doctrina no se consolide, pues aplicar la responsabilidad patrimonial, de carácter extracontractual, para determinar los efectos de la resolución de un contrato va en contra de lo expresamente establecido por la Ley de Contratos del Sector Público y subvierte, además, los principios básicos de toda relación contractual".

dación o a la ausencia de contradicción entre una norma o un acto y otros existentes en el ordenamiento jurídico. La concepción del derecho como sistema dotado de una serie de notas como unidad, coherencia y plenitud, no permite la existencia de un acto administrativo contrario a una norma. Un ordenamiento jurídico, un sistema normativo, no puede tolerar que se dicten actos administrativos, en nuestro caso actos de preparación de adjudicación de contratos, contrarios a las leyes. La validez representa así el respeto general o total a las reglas del sistema.

La nulidad (ya sea por nulidad de pleno derecho o anulabilidad) representa la declaración institucional de invalidez de un acto administrativo.

Precisamente, cuando tiene lugar una situación contraria al ordenamiento jurídico surge una exigencia básica de restablecimiento de la legalidad que es consustancial a la idea de Estado de derecho. Este tipo de tutela es denominada tutela restitutoria, porque tiene como objetivo restituir o reintegrar una posición jurídica violada o, en general, el ordenamiento jurídico vulnerado; de este modo, la situación creada por una actuación contraria a derecho se debe eliminar para restablecer las cosas a su situación originaria –es la denominada *restitutio in integrum*–. Por ello la tutela restitutoria o tutela primaria tiene por finalidad eliminar situaciones de hecho ya producidas que no se corresponden con el derecho a través del restablecimiento del estado de cosas anterior a la vulneración del ordenamiento, el *statu quo ante*⁷.

Por ello, la declaración de nulidad ha de tener y tiene, con carácter general, una serie de consecuencias o efectos, el efecto destructivo que consiste en la eliminación de los efectos jurídicos del acto, y el efecto reconstructivo que consiste en obligar a reconstruir la situación jurídica anterior a la producida por el acto anulado.

El carácter retroactivo, o los efectos *ex tunc* de la nulidad y la anulabilidad, es una consecuencia lógica de la invalidez: “Determinado que un acto jurídico no posee validez dentro del sistema, resulta natural que no deba reconocerse en aquel acto virtud alguna durante todo el tiempo de su vigencia para producir efectos reconocibles”⁸.

La interdependencia entre la invalidez y la ineficacia retroactiva se explica y es una consecuencia lógica de la imposibilidad de que un acto declarado inválido, en nuestro caso un contrato inválido, que nunca debió existir, produzca efectos –de ahí el brocardo *quod nullum est nullum effectum producit*–. El restablecimiento de la legalidad como consecuencia de la ineficacia total del acto es un efecto directo de la declaración de invalidez.

7. Cfr. Díez Sastre (2012: 73-74).

8. Cfr. Letelier Wartenberg (2011: 97).

De hecho, es obvio que, en caso de que un contrato sea declarado inválido, ya sea por una causa de nulidad o de anulabilidad, las partes están obligadas a restituir las prestaciones realizadas –y si no fuera posible la restitución *in natura*, su valor– con sus frutos e intereses a contar desde el momento de la realización de la prestación; ambas, por tanto, tienen carácter retroactivo⁹.

En consecuencia, y en principio, declarada la nulidad de los actos de preparación y adjudicación y, en consecuencia, del contrato, quedan, ya sea por nulidad o anulabilidad, sin soporte jurídico todas las prestaciones y consecuencias que han tenido causa del acto declarado inválido. Las partes deben, así, ser restituidas al estado anterior al que se encontraban a la entrada de vigencia del acto.

Así las cosas, declarada institucionalmente la nulidad de un contrato, este debe eliminarse del ordenamiento jurídico, y, con ella, todos los efectos que aquel presumiblemente hubiera generado, salvo que expresamente una norma o un principio jurídico indiquen o exijan el mantenimiento del acto o alguno de sus efectos¹⁰, dando lugar al restablecimiento jurídico de

9. Tal y como expresa Muñoz Machado (2011: 193): “La supuesta diferencia entre la carencia de la eficacia *ex tunc* de los actos nulos y la ineficacia *ex nunc*, desde que se declara, de la anulabilidad, está desmentida por numerosos supuestos en que los Tribunales declaran la ineficacia *ex tunc* de los actos anulables (por ejemplo, cuando anulan una multa que ya ha sido abonada, decisión que se retrotrae desde luego), o la ineficacia *ex nunc* de actos nulos”.

En el mismo sentido se pronuncia Cano Campos (2005: 48-49), cuando indica: “Otra de las diferencias tradicionales es la eficacia *ex tunc* de la declaración de nulidad, frente a los efectos *ex nunc* de la anulabilidad. Las consecuencias de la nulidad de pleno derecho (la tradicional, pero errónea, eliminación del acto o su ineficacia) se producirían desde el momento en que éste se dictó, mientras que si el acto es sólo anulable (regla general en el Derecho administrativo) dichas consecuencias solo se producirían desde el momento en que se aprecia y declara el vicio del acto. Recientemente se ha sostenido, sin embargo, que en el caso de la anulabilidad debe distinguirse entre actos cuya eficacia se agota en una sola aplicación (pago de una multa), en cuyo caso la eficacia de la anulabilidad será *ex tunc* (la cuantía de la multa debe ser devuelta), y actos cuya eficacia se extiende en el tiempo, en cuyo caso la eficacia de la anulación también será *ex tunc* salvo que algún principio, como el de protección de la confianza, deba ser tenido en cuenta y determine la eficacia *ex nunc* de la anulabilidad. Esta diferencia, que muchos autores califican con razón de mito, carece de todo fundamento. Se debe, nuevamente, a un entendimiento erróneo de las consecuencias de la invalidez”.

10. El hecho de que un determinado acto administrativo sea declarado inválido no va a dar lugar, como si de una regla automática se tratara, a la eliminación de los efectos que dicho acto generó desde el momento en que fue dictado hasta el momento en que se declaró inválido. Sin duda alguna el brocardo que afirma que *quod nullum est nullum effectum producit*, y que significa, ni más ni menos, que el acto nulo no puede producir efectos o algún tipo de consecuencias jurídicas, debe matizarse.

Para llevar a cabo un juicio en el que se determine si deben o no suprimirse los efectos o las situaciones jurídicas nacidas al amparo de un acto posteriormente declarado ilegal, debemos conocer y comprender la dinámica existente entre el nacimiento del acto administrativo y su extinción mediante la declaración de invalidez. No basta y no nos sirve para comprender el fenómeno que pretendemos analizar con llevar a cabo, como se suele realizar, un juicio estático sobre la invalidez del acto, esto es, un juicio abstracto en el que únicamente se tenga en cuenta el análisis comparativo de adecuación entre el acto y el ordenamiento jurídico, sin tener en cuenta que desde que nace ese acto hasta que, mucho tiempo después, un órgano jurisdiccional conoce definitivamente sobre su validez, el acto ha producido efectos o modifi-

la situación anterior al dictado del acto, esto es, se debe restaurar el orden vigente anterior al acto (*in integrum restitutio*).

Por el contrario, la tutela resarcitoria es un tipo de tutela distinta de la restitutoria, siendo los presupuestos necesarios para que surjan diversos. A diferencia de la tutela restitutoria, que pretende restablecer la legalidad restaurando la situación fáctica al momento anterior a la realización del contrato inválido, la tutela resarcitoria tiene como presupuesto determinante el daño, que es el presupuesto necesario del resarcimiento, y tiene como objetivo decidir si el coste del daño sufrido por la víctima debe pasar del patrimonio de la misma al del agente que lo causa¹¹. Precisamente, para

cado la realidad. Por el contrario, para comprender la posibilidad de que los efectos de un acto administrativo declarado inválido no sean eliminados, es necesario realizar un análisis o juicio dinámico que tenga en cuenta la realidad, la mutación fáctica, que el acto administrativo ha creado. La decisión de eliminación de los efectos o situaciones jurídicas emanadas de un acto administrativo no depende o no puede llevarse a cabo a través de un mero juicio de invalidez en el que se contraste la adecuación del acto al ordenamiento jurídico; por el contrario, el juez, a la hora de considerar si procede o no a eliminar los efectos del acto administrativo inválido, debe tener en cuenta toda otra serie de circunstancias, en concreto, si se trata de un acto administrativo declarativo de derecho o de gravamen, si nos encontramos ante un acto administrativo que genera derechos de tracto sucesivo, del tipo de vicio que origina la invalidez, pues no será igual un vicio de forma que un vicio sobre el fondo; de la actuación de la Administración y de los sujetos a los que afecta el acto administrativo, y de ciertos principios jurídicos que concurren tanto en la elaboración del acto administrativo declarado inválido como durante eficacia del mismo hasta su declaración de invalidez, como, por ejemplo, el principio de confianza legítima, el principio de *venire contra factum* propio e, igualmente y como no puede ser de otro modo, la materia concreta en la que se haya dictado acto administrativo del acto, de modo tal que la posibilidad de que no se eliminen los efectos del acto administrativo declarado inválido dependerá de si nos encontramos con un contrato administrativo, una autorización, una adjudicación de un plaza de funcionario, una expropiación forzosa, una subvención, una sanción, etc. En definitiva, son numerosas las circunstancias que permiten modular la idea. Por lo tanto, los jueces, cuando están conociendo de una demanda frente a un acto administrativo, deben llevar a cabo dos juicios, un primer juicio de validez estático en el que se lleve a cabo una comparación entre el acto y el ordenamiento jurídico, y en segundo lugar, y en caso de que se considere inválido el acto, un juicio de ineficacia, en el que a la luz de los efectos producidos, de las circunstancias concurrentes, del tipo de acto, la gravedad del vicio, la materia, etc., se debe decidir acerca del mantenimiento o no de todos o alguno de los efectos producidos por el acto declarado inválido.

Precisamente, el artículo 42.3 de la LCSP es una concreción de que no toda declaración de invalidez tiene como consecuencia automática la extinción de los efectos del contrato y el cese de las prestaciones. Dicho artículo señala: “3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio”.

11. Como señala Díez Sastre (2012: 77-78): “Junto a la restitución se sitúa un tipo diferente de tutela: el resarcimiento o compensación, también denominado en Alemania tutela secundaria. A diferencia de la restitución, que se centra en el restablecimiento de la legalidad, esta modalidad de tutela garantiza la reparación o la compensación económica del daño [...] se lleva a cabo un análisis complejo de los requisitos que hacen surgir un deber indemnizatorio: que exista un daño, una relación de causalidad y un título de imputación del daño. Estamos así en el terreno de la responsabilidad [...] La tutela resarcitoria o secundaria tiene, así, unos presupuestos distintos de la tutela restitutoria o primaria. No exige que se compruebe el ajuste de la realidad al Derecho. Sencillamente, deben concurrir los criterios a través de los cuales el Derecho decide que el coste del daño pase del patrimonio de la víctima que lo padece al del agente que lo causa [...] el daño es el presupuesto necesario del resarcimiento [...] en estos casos la tutela no

determinar si existe responsabilidad de la Administración es necesario determinar si existe un daño, una relación de causalidad y un título de imputación del daño, esto es, una razón que justifique que el coste del daño debe ser asumido por la Administración y que, por tanto, el particular no tiene el deber jurídico de soportarlo; título de imputación que pudiera ser la culpa y la ilegalidad (en casos de funcionamiento anormal) o el riesgo, la confianza legítima o el sacrificio (en supuestos de funcionamiento normal)¹².

Precisamente, en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo la culpa se erige en el título de imputación, de modo tal que si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión¹³.

De este modo, mientras que en la responsabilidad patrimonial de la Administración para que nazca la responsabilidad es requisito la exigencia de culpa, sin embargo en la tutela restitutoria no se tiene en cuenta la culpa de las partes a la hora de establecerse la obligación de restitución de las prestaciones.

Del mismo modo, mientras que la culpa en la conducta del administrado puede dar lugar a la ruptura del nexo causal y, por tanto, a la exoneración de la Administración en la responsabilidad patrimonial, por el contrario, la conducta de las partes en nada afecta al deber de restitución de las prestacio-

pretende reintegrar el valor equivalente del derecho subjetivo, sino reparar un daño, que puede corresponderse con el valor económico del derecho o no”.

12. En palabras del profesor Medina Alcoz (2005: 140), “así las cosas, la culpa dejó de constituir, como se dijo, el fundamento mismo del deber de reparación, pasando a ser un simple criterio de imputación de daños, un factor que, junto con otros títulos distintos, permitía trasladar los efectos negativos del hecho dañoso desde el patrimonio de la víctima hacia el patrimonio de la Administración. El sistema de la LEF rechazaba, por tanto, la concepción monogenética o monocéntrica del Derecho de la responsabilidad civil, adoptando un sistema poligenético o policéntrico que, a partir de una fórmula abierta (la del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos) albergaba, no uno, sino diversos títulos de atribución jurídica”.

Como también señala Medina Alcoz (2020: 72), “[...] la LEF desligó la responsabilidad civil de la administración de las funciones propias del derecho penal, estableciendo un sistema policéntrico, que reconoce la culpa o negligencia (funcionamiento ‘anormal’) como título general de imputación, pero que, para ciertos grupos de casos, a través de la referencia a la responsabilidad por ‘funcionamiento normal’, admite el juego de otros factores de atribución (en particular, el sacrificio especial y el riesgo creado, a los que me refiero seguidamente). Esto suponía degradar el criterio culposo de título único a simple (pero importantísimo) criterio general, así como incluir dentro del sistema supuestos que otros ordenamientos dejaban fuera precisamente por rendir aún tributo al monismo culpabilista”.

13. Cfr. Fernández Valverde (2020: 60).

Ahora bien, como señala Medina Alcoz (2020: 87): “Cuando se afirma que una resolución ilegal no es antijurídica si se apoya en criterios razonados y razonables se está diciendo, en realidad, que la Administración ha actuado diligentemente, sin culpa o negligencia. Si la culpa debiera funcionar como título de imputación, el Tribunal Supremo habría, al menos, de decirlo abiertamente. No hacerlo así da pie a numerosos problemas e incongruencias, según he razonado y como argumento a continuación”.

nes (salvo en los casos de causa ilícita regulados en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil, de dudosa aplicación en la contratación administrativa).

Precisamente, en la Sentencia núm. 1555/2021, de 21 de diciembre de 2021, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el órgano jurisdiccional considera que no cabe la responsabilidad patrimonial de la Administración porque el daño no es antijurídico, y ello debido a que la declaración de nulidad de los contratos fue la consecuencia lógica de haberse celebrado estos prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido al efecto, teniendo la reclamante una participación esencial y voluntaria en la generación de la causa de la nulidad de los contratos.

Pero no solo son diversos los presupuestos que dan lugar al nacimiento de la tutela resarcitoria y de la tutela restitutoria, sino que el plazo de prescripción de una y otra varía, pues, mientras que el plazo de prescripción de la acción resarcitoria es de un año, el plazo de prescripción de la acción restitutoria es de cuatro años.

En virtud de lo expuesto, podemos afirmar que la jurisprudencia que acude a la responsabilidad patrimonial para resolver las consecuencias derivadas de la invalidez contractual es dogmáticamente incorrecta, y ello porque la nulidad de los contratos, cuando las prestaciones se han realizado, da lugar a una acción de restitución de las prestaciones que tiene como objetivo restablecer la legalidad restaurando la situación fáctica al momento anterior a la realización del contrato inválido, mientras que, por el contrario, la tutela resarcitoria tiene como presupuesto determinante el daño, que es el presupuesto necesario del resarcimiento, y tiene como objetivo decidir si el coste del daño sufrido por la víctima debe pasar del patrimonio de la misma al del agente que lo causa, siendo, además, necesario un título de imputación del daño, esto es, una razón que justifique que el coste del daño debe ser asumido por la Administración.

Ahora bien, independientemente de que dogmáticamente la vía adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sea errónea, resulta de interés verificar si la solución final adoptada, esto es, que el contratista no tiene derecho a ser resarcido del daño, sería equivalente a la solución que se habría alcanzado con la aplicación de la acción restitutoria y las normas que la regulan.

Vamos, por tanto, a analizar si en nuestro caso, y aplicando las reglas que regulan la acción restitutoria, el contratista que realiza la prestación tiene o no derecho a recuperar la prestación realizada en caso de invalidez del contrato -lo que equivale en la práctica a que le sean abonados los servicios prestados-.

En definitiva, vamos a estudiar los presupuestos para que nazca la acción restitutoria, y si hay límites que impidan la obligación de restituir como consecuencia de la nulidad del contrato.

3

La restitución como efecto derivado de la invalidez del contrato. ¿Son aplicables supletoriamente las reglas del Código Civil que regulan la limitación a la restitución de los contratos nulos?

3.1

La restitución como acción derivada de la nulidad

Tal y como hemos comprobado, el contrato inválido o nulo “no vale”, no siendo idóneo para dar vida a los efectos que el derecho reconoce a los contratos válidos. Sin embargo, el contrato nulo se ha realizado instalándose en el mundo de la realidad jurídica en contra del deber ser. De este modo, cuando el negocio inválido ha producido una mutación, un cambio en la realidad, en definitiva los efectos propios del contrato si hubiera sido válido, hay que destruir esos efectos.

En principio la invalidez produce distintos efectos; así, por un lado, el efecto negativo (o aniquilatorio) que supone la privación de toda eficacia al contrato, es decir, no puede producir los efectos jurídicos que debiera haber producido de ser válido, y, por otro lado, el efecto positivo consistente en la restitución de las prestaciones realizadas.

La regulación de los efectos derivados de la invalidez de los contratos del sector público viene recogida en el actual artículo 42.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el cual dispone:

“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”¹⁴.

14. El actual texto que regula los efectos de la invalidez de los contratos es idéntico y continuista a la regulación dada en las últimas leyes que han regulado la contratación administrativa.

Así, la regulación de los efectos de la invalidez se inicia con el artículo 47 del Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación para la

Precisamente, el efecto típico de la nulidad es la obligación de restitución. De este modo, la nulidad no solo tiene como consecuencia el que las partes no tengan el deber jurídico de cumplir las obligaciones derivadas del contrato, sino que, en el caso de que todas o parte de las obligaciones derivadas del contrato se hayan cumplido, es preciso deshacer lo hecho, restablecer la situación primitiva, mediante la devolución o restitución de lo entregado, para que todo vuelva a quedar como si el contrato no se hubiera realizado jamás.

Ahora bien, en aquellos supuestos en los que la declaración de invalidez se realiza con posterioridad a que el contratista haya realizado su prestación y cuando dicha prestación no es restituible –como sería el caso de las obras (pues dicha obra es propiedad de la Administración, dominio público

aplicación de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, el cual establece:

“La anulación de los actos separables previos al contrato, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo, y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que haya sido culpable de la anulación, en su caso, deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido. Durante la tramitación del expediente de anulación la Administración podrá suspender la ejecución del contrato”.

Posteriormente, se regula en el artículo 66 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, cuando indica:

“1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará, en todo caso, consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

Del mismo modo, el artículo 65 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, expresamente indica:

“1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

En igual sentido se expresaba el artículo 35.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuando, al regular los efectos de la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato, indicaba:

“1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación provisional o definitiva, 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”.

Exactamente igual se establecía en el artículo 35.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al regular los efectos de la declaración de nulidad:

“1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

generalmente, y es, por tanto, inalienable) y de los servicios (pues, una vez los mismos han sido prestados, no es posible su restitución)-, tal y como señala el artículo 42 de la LCSP, se devolverá el valor de la prestación. En estos supuestos, precisamente, ante la imposibilidad de restituir la prestación, la misma se transforma en la obligación de dar una suma de dinero equivalente al valor de la prestación indebidamente percibida, y que equivale al pago de los servicios o de la obra realizados y no abonados.

Es importante distinguir la obligación de restitución de la obligación de indemnizar los daños causados por el contratista culpable. En efecto, de la teoría general del contrato y del artículo 42 de la LCSP se deriva que la nulidad del contrato no solo puede dar lugar a la obligación de restitución, sino que, además, puede generar la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que haya causado la parte que haya incurrido en dolo o negligencia en la formación del contrato. Si bien es cierto que, en numerosos casos, la restitución de las prestaciones con sus frutos derivada de la invalidez satisfará completamente a las partes, en ocasiones la restitución (contratos no ejecutados o ejecutados parcialmente) puede no eliminar todo el daño causado, en cuyo caso cabrá solicitar, junto a la restitución, una indemnización por los daños causados.

De este modo, mientras que la obligación de restitución tiene como finalidad la eliminación de los efectos jurídicos producidos y nacidos del contrato, reconstruyendo y restaurando los derechos patrimoniales de las partes a la situación que tendrían de no haberse producido el contrato, y ello independientemente de la buena o mala fe de los contratantes, por el contrario, la indemnización de los daños y perjuicios tiene como objetivo resarcir los daños y perjuicios que el contratante que actúa con negligencia o dolo ha causado, con ocasión del contrato, a la parte perjudicada. Precisamente la acción de resarcimiento y la solicitud de indemnización van a tener como objetivo cubrir aquellos importes económicos (daños) que no se ven resueltos con la restitución de las prestaciones.

La obligación de restitución no es de origen contractual, sino, por el contrario, de origen legal. La restitución es una imposición legal que tiene como objetivo destruir los efectos indebidamente producidos. En otros ordenamientos jurídicos, la nulidad del contrato, con la consiguiente inexistencia de causa de las atribuciones patrimoniales llevadas a cabo en virtud de dicho contrato, da lugar a que el contratante que las ha realizado disponga de una prestación de enriquecimiento (*condictio indebiti*) frente a la otra parte, pues lo ejecutado en cumplimiento de un contrato nulo es indebido¹⁵.

15. Cfr. Díez-Picazo (2007: 579). Como indican Delgado y Parra (2005: 204), "la acción de restitución, propiamente dicha, no existe en otros ordenamientos como el alemán, el francés

Nuestro ordenamiento jurídico por el contrario no se limita a considerar que las atribuciones patrimoniales realizadas en cumplimiento del contrato inválido carecen de causa sino que otorga a los contratantes una acción específica de restitución.

Precisamente, nuestra Ley de Contratos del Sector Público (al igual que hace el Código Civil) regula los efectos derivados de un contrato nulo y una acción específica para recuperar las prestaciones realizadas, así como las condiciones para su ejercicio y sus limitaciones.

Pues bien, un análisis del artículo 42 de la LCSP pone de manifiesto cómo el mismo no establece limitaciones o presupuestos para proceder a la restitución de las prestaciones, es decir, la LCSP, una vez se constata la firmeza de la invalidez de los actos de preparación y adjudicación, no establece ningún presupuesto adicional, como la culpa o la buena o mala fe de las partes, para proceder a la restitución, sino que la restitución es una consecuencia derivada de la nulidad independientemente de la conducta que hayan podido tener las partes en relación con la causa de nulidad, en nuestro caso, con la participación en la preparación y adjudicación del contrato.

De acuerdo con la LCSP, declarada la nulidad procede de forma automática la restitución de las prestaciones, sin que la culpa o la buena o mala fe de las partes influya en la obligación de restitución.

Precisamente, y a diferencia de lo establecido en el Código Civil, la LCSP no establece limitaciones a la obligación de restitución derivadas de una causa torpe o ilícita, supuestos estos regulados en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil y que sí que atienden a la culpa de las partes a la hora de limitar o no la obligación de restitución.

En efecto, una de las excepciones al artículo 1303 del CC¹⁶, esto es, a la regla general de restitución de las prestaciones en caso de invalidez del contrato, la constituyen los artículos 1305 y 1306 del CC, que establecen reglas especiales en aquellos supuestos en los que las prestaciones se hayan realizado bien cuando el contrato tenga una causa torpe bien de un contrato que proceda de una actividad delictiva.

En concreto, el artículo 1305 del CC indica lo siguiente:

y el italiano. En dichos ordenamientos sirven a los mismos fines las acciones de cobro de lo indebido o enriquecimiento injusto, pero no como acciones específicamente nacidas de la declaración de nulidad, sino como mero reflejo del efecto negativo de la invalidez: cada uno tiene las acciones que tendría si el contrato inválido no se hubiera celebrado”.

16. El artículo 1303, que establece la regla general de restitución de las prestaciones en caso de invalidez de los contratos, señala: “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”.

“Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido”.

El artículo 1306 señala lo siguiente:

“Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

1.^a Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.

2.^a Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido”.

Pues bien, la pregunta que debemos resolver es si dichos artículos 1305 y 1306 del Código Civil son aplicables o no a los contratos del sector público.

3.2

¿Los artículos 1305 y 1306 del Código Civil son aplicables o no a los contratos del sector público?

La regla general en derecho civil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, es que la nulidad del contrato lleva aparejada la obligación de las partes de restituirse las prestaciones realizadas, y si esto no fuera posible, cuando la cosa específica o el servicio que se recibió no se pueda devolver, de conformidad con el artículo 1307, se devolverá su valor en el momento de la pérdida¹⁷.

17. De conformidad con el artículo 1307: “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”. El artículo 1307 se aplica igualmente a todos aquellos supuestos en los que la prestación es irrestituible (como por ejemplo cuando se contrataron servicios y estos se prestaron), en cuyo caso procede la restitución por equivalente.

Ahora bien, existen supuestos, como la existencia de causa torpe regulada en el artículo 1306, que impiden o excluyen la obligación de restitución del contrato inválido.

Pues bien, dado que, como hemos visto, el artículo 42 de la LCSP no establece supuestos de hecho que limiten la obligación de restitución como consecuencia de la nulidad del contrato, debemos preguntarnos si son aplicables supletoriamente a los contratos del sector público las reglas del Código Civil que regulan las limitaciones a la restitución de los contratos nulos.

De este modo, en el caso de que sean aplicables dichos artículos, existirán supuestos en los que la Administración, una vez declarado nulo el contrato, no tenga la obligación de restituir (pagar) los servicios, suministros, obras, etc., prestados y/o realizados por el contratista y no satisfechos o pagados por la Administración.

En definitiva, si fueran aplicables los artículos 1305 y 1306 del Código Civil a los contratos del sector público, entonces sería posible que su aplicación diera lugar a limitaciones en la obligación de restituir las prestaciones del contrato declarado nulo; por el contrario, si no son de aplicación dichos preceptos, la restitución de la prestación es una consecuencia automática de la nulidad.

En el supuesto de hecho de la Sentencia objeto de este estudio, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de los de Málaga, en su Sentencia de fecha 12 de mayo de 2016, ratificada posteriormente en apelación por la Sentencia núm. 31/2020, de fecha 20 de enero de 2020, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, considera que no es correcto acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, al entender que la vía correcta es la acción de restitución; ahora bien, dichas sentencias consideran, junto con el Ayuntamiento de Marbella, que “la nulidad de los contratos decretada por el Pleno del Ayuntamiento debía llevar aparejada una solicitud de a restitución de las prestaciones –junto con los frutos e intereses producidos– o el correspondiente equivalente pecuniario (conforme a lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.307 del Código Civil), debiendo ser tal obligación de cumplimiento simultáneo por ambas parte conforme el artículo 1.308”.

En definitiva, para dichas sentencias, y otras tantas de la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁸, a los efectos derivados de la invalidez de los

18. Así, por ejemplo, para la Sentencia núm. 161/2010, de 22 febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), JUR 2010\245949, que utiliza la siguiente argumentación “SEXTO. Llegados aquí, y en orden a las consecuencias que para los contratantes se derivan de la declaración de nulidad del contrato, se comparten

contratos del sector público les es de aplicación supletoriamente lo dispuesto en los artículos 1303 a 1308 del Código Civil, y en concreto las limitaciones a la restitución de las prestaciones en los supuestos de causa torpe reguladas en los artículos 1305 y 1306. En nuestra opinión, sin embargo, no es correcta dicha conclusión.

Como es sabido, la actual LCSP, al igual que sus antecesoras, diferencia dos tipos de contratos realizados por los entes del sector público, con un régimen jurídico diverso en lo que se refiere a la regulación de sus efectos y extinción: por un lado, los contratos administrativos, que, en líneas generales, son aquellos que realizan las Administraciones públicas, y que se rigen, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por la LCSP, y, supletoriamente, por las restantes normas de derecho administrativo, o, en su defecto, por las normas de derecho privado; y, por otro lado, los contratos privados, que son aquellos que, en líneas generales, realizan los poderes adjudicadores, los entes del sector público que no son poder adjudicador (entes de mercado), y, en algunos casos, la Administración pública, y que se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación por la LCSP, y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado.

En principio, la regulación que la LCSP realiza en el artículo 42 de los efectos derivados de la nulidad de los contratos como consecuencia de la invalidez de los actos de preparación y adjudicación, es aplicable tanto a los contratos administrativos como a los contratos privados, de modo tal que la regulación de los efectos de la nulidad de los contratos como consecuencia de la invalidez de los actos de preparación y adjudicación es homogénea, no existiendo diferencias entre los contratos administrativos y los contratos privados.

en su integridad los razonamientos que se contienen en la sentencia apelada tanto en cuanto a la concurrencia de culpas en los contratantes como resulta de la actividad desplegada por ambos conociendo su ilicitud, sin que ninguno de ellos pueda exonerarse al ser manifiesta la voluntad del legislador, vigente desde hacía varios años, puesta de manifiesto en diversas ocasiones por la propia Diputación de Barcelona, y desoída por la parte apelante y por la Corporación municipal, que tan solo inició los trámites legales para poner fin a tan ilícita situación cuando los propios vecinos se percataron de ello. La falta de previsión legal en el artículo 65 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad cuando concurre culpa en ambos contratantes, determina que deba acudir, en aplicación de la supletoriedad prevista en el artículo 7.1, a los que se contienen en el Código Civil, en concreto en el artículo 1306, y a la interpretación jurisprudencial del mismo, que se concreta en que el término 'torpe' hay que entenderlo aplicable a todos los supuestos de contratos con objeto o causa ilícita que no sea calificable de infracción penal, comprendiendo por tanto no sólo lo opuesto a la moral sino también lo que contraría el orden público o la ley pero sin sanción penal (STS de 2 de abril de 2002). En definitiva, la cuestión debe resolverse, conforme a la regla 1ª del artículo 1306 del Código Civil, de que ninguno de los contratantes, en cuanto culpables ambos de la causa torpe, puede repetir lo dado en virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo ofrecido por el otro, por lo que resulta de todo punto innecesario tratar sobre el daño emergente y el lucro cesante reclamado por la parte apelante".

Ahora bien, la regulación de los efectos derivados de la nulidad en el artículo 42 de la LCSP es muy parca, surgiendo la duda de si, ante supuestos no regulados, como la causa torpe, es posible acudir, para colmar las lagunas que surjan en su aplicación, al Código Civil.

Con carácter general, la doctrina que ha tratado el tema de la aplicación supletoria del derecho civil a los efectos derivados de la invalidez de los contratos, en principio y de forma acrítica, ha considerado que los artículos del Código Civil que regulan la restitución de las prestaciones ante contratos nulos son aplicables a los contratos del sector público¹⁹; ahora bien, cuando dicha doctrina ha profundizado en la posible aplicación de la regulación de las limitaciones a la obligación de restituir de los artículos 1305 y 1306 del Código Civil, ha dudado de su aplicación a los contratos del sector público²⁰.

19. Así lo entiende Santamaría Pastor (2004: 395), cuando indica: "la restitución recíproca de las prestaciones constituye el más clásico de los efectos de la invalidez 'debiendo restituirse las partes recíprocamente las que cosas que hubieses recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor'. Tal es, en síntesis, lo mismo que dicen los artículos 1303 (en cuanto a la restitución in natura) y 1307 (en cuanto a la restitución subsidiaria del valor de la cosa) del Código Civil. En el silencio del precepto, hay que entender aplicables a los contratos administrativos las normas que respecto de la restitución en los diversos supuestos de invalidez, establecen los artículos 1304 a 1306 del propio cuerpo legal".

En los mismos términos se expresa Rebollo Puig (1995: 342), cuando señala, al comentar los preceptos de la LCSP: "es lo cierto que este artículo, pese a todo, consagra la regla de la restitución de forma no muy distinta a la del Código Civil, que en todo caso resultaría aplicable a la contratación administrativa en defecto de regulación específica por establecerlo así la legislación de contratos (art. 4 LCE). Así en suma, se parte de un marco normativo sobre la destrucción de los efectos del contrato inválido similar en Derecho administrativo y civil".

20. Así lo indica Rebollo Puig (2002: 189, 190, 192), que es el único autor que se ha planteado el problema, con las siguientes reflexiones que transcribimos: "La regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* no merece ser considerada un principio general del Derecho y ello por varias razones. Por lo pronto, es más bien una excepción a una regla general, la de restitución de lo pagado indebidamente y, más en concreto, la de la eliminación de los efectos del contrato nulo con la consecuente restitución de lo entregado (art. 1303 CC). Y, además, esa excepción ni tiene un claro y sólido fundamento ni una naturaleza que permita su extensión ni conduce a consecuencias que se consideren justas en todo caso, sino más bien al contrario. Conviene recordarlo para valorar su eventual aplicación en Derecho administrativo. En la actualidad, se considera que su naturaleza es la de una pena civil, consistente en la privación de la protección jurídica, por una conducta infame, pena que pretende proteger la moral social. Ni aquel discutible fundamento ni esta naturaleza facilitan su extensión fuera del ámbito estricto que marcan los artículos 1305 y 1306 CC. En la misma dirección apunta la cuestionable y cuestionada justicia de la regla que, a veces, conduce a soluciones poco equitativas e, incluso, según se dice poco morales [...] Pero, aunque no hay obstáculos insalvables a esa recepción del *nemo auditur* en nuestro Derecho administrativo y aunque realmente no resultaría aplicable nada más que en supuestos muy excepcionales, hay argumentos en contra. Todo cuanto antes dijimos negando que se trate de un principio general del Derecho, o sobre su carácter excepcional, y sobre su fundamento, naturaleza y discutida justicia, pone en cuestión el acierto de integrar esta regla en Derecho administrativo. Súmese a ello que lo que consagra la legislación de contratos públicos es sólo la restitución de las prestaciones realizadas en virtud del contrato nulo, sea cual fuere la causa de nulidad, incluida la de la causa torpe o inmoral (art. 65 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: '...debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo...', esto es, en virtud del contrato anulado); es decir, una regla equivalente a la del artículo 1303 CC, pero sin la excepción que éste contiene ('...salvo lo que se dispone en los artículos siguientes') y que se plasma precisamente, entre otros, en los artículos 1305 y 1306 [...] Pese a todo, los obstáculos no son insalvables y no

En nuestra opinión, sin embargo, la ausencia de regulación en materia de contratos del sector público de supuestos de hecho que limitan la restitución no supone necesariamente una laguna legal que deba suplirse mediante la aplicación del Código Civil, y ello porque la falta de tipificación de un determinado supuesto de hecho, en nuestro caso la falta de regulación expresa de una limitación a la obligación de restitución, puede resultar querida por el legislador de contratos del sector público; impidiéndose, de este modo, la aplicación supletoria del Código Civil.

Precisamente el hecho de que la LCSP no regule limitaciones a la obligación de restitución y de que no haya regulado un supuesto similar al artículo 1305 y 1306 que elimine la obligación de restitución, se puede deber, y así lo creemos, a una voluntad consciente, pues los supuestos de hecho establecidos en dichos artículos se acoplan mal al derecho administrativo y a los intereses de la Administración.

De hecho, suele ser corriente que las Administraciones traten de aplicar lo dispuesto en el artículo 1306 únicamente en aquellos supuestos en los que el contratista ha cumplido con su prestación y, por el contrario, la Administración no ha cumplido con el pago, tratando de este modo de evitar el pago y obtener un enriquecimiento injusto, actuación esta de la Administración cuando menos dudosa desde un punto de vista ético²¹. Sin embargo, dicho precepto no se alega por la Administración cuando se anula el contrato por causa imputable a la misma, y las prestaciones se ha realizado por ambas partes, supuestos en los que, si fuera de aplicación el artículo 1306 del CC, el administrado podría solicitar la restitución de lo realizado (o su valor) y retener lo realizado.

excluimos por completo que en algunos casos de causa inmoral o de ilicitud cualificada el *nemo auditur*, quizá con algunas adaptaciones, pueda justificar la negación de la restitución de las prestaciones realizadas”.

21. De manera similar se expresa Menéndez Sebastián (2020: 113-114), cuando señala que la Administración siempre va a ser culpable por no haber seguido el procedimiento, y que sería injusto que la misma se aproveche de su propio incumplimiento culpable. En sus palabras: “a mi juicio, la Administración siempre lo es, al menos en los casos aquí expuestos, es decir, una contratación verbal irregular, no por ejemplo si se trata de un exceso que el contratista lleva a cabo de un contrato válido, que es un supuesto distinto. Mi afirmación deriva de que no debemos perder de vista que hablamos de la nulidad de los actos preparatorios y de adjudicación del contrato, es decir, de actos de la Administración; Bien es cierto que el contratista puede ser ‘cómplice’ en el sentido de conocedor de la irregularidad de la contratación, pero de ahí imputarle a él la culpabilidad me resulta cuando menos excesivo –con carácter general–; no debe olvidarse que quien es responsable de seguir el procedimiento establecido es la Administración contratante –pudiendo sus autoridades y personal incurrir en distintos tipos de responsabilidad, incluso penal–, y de considerar que hay concurrencia de culpas y, en consecuencia, penalizar a la parte contratada a través de la detración del beneficio industrial –como puede observarse en diversos dictámenes–75, surge la duda de si con ello finalmente la que sale beneficiada no es la Administración, pues recibe la prestación mediante una contratación irregular que finalmente le resulta más económica, al ahorrarse el beneficio industrial, pues recuérdese que la propia LCSP prevé este concepto dentro del valor estimado del contrato”.

Se hace preciso, por tanto, analizar el presupuesto de hecho del artículo 1306 del Código Civil, así como su fundamento, y pensar y argumentar si el mismo pudiera ser de aplicación supletoria, en general a la contratación pública y en particular a la nulidad del contrato, como consecuencia de la nulidad de los actos de preparación y adjudicación del mismo.

3.3 La causa torpe en el Código Civil

Tal y como hemos indicado, una de las excepciones al artículo 1303 del CC, esto es, a la regla general de restitución de las prestaciones en caso de invalidez del contrato, la constituyen los artículos 1305 y 1306 del CC, que establecen reglas especiales en aquellos supuestos en los que existe una causa torpe cuando exista culpa en uno o en los dos contratantes.

Como primera idea cabe señalar que el fundamento de la limitación a la obligación de restitución se encuentra en el adagio o brocardo *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, y no en la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Basándose en el adagio *in pari causa*, el juez, ante un contrato con causa torpe, está facultado para graduar la culpa de ambos contratantes de modo tal que rechazará para ambos contratantes la restitución de las prestaciones cuando ambos sean igualmente culpables, y, por el contrario, permitirá al menos culpable exigir la prestación realizada cuando la desigualdad de la torpeza de uno y otro sea clara.

Así lo señala la generalidad de la doctrina civilista cuando entiende que es necesario realizar una apreciación comparativa de la torpeza de una y otra parte, de modo que solo se privará de repetición a ambas cuando su comportamiento sea igualmente vituperable, pero no cuando haya desproporción²².

Pues bien, los artículos 1305 y 1306 limitan la obligación de restitución de las prestaciones dependiendo de la "culpabilidad" de las partes en rela-

22. Para Delgado Echeverría (1981: 451), este planteamiento flexible, de apreciación comparativa de la culpa, permite al juzgador mayor margen de apreciación para llegar en cada caso a la solución más equitativa, y armoniza mejor con la última parte del artículo 1305 CC. En los mismos términos se pronuncia López Beltrán de Heredia (1995: 329), cuando afirma: "Del tenor literal de los artículos 1305 y 1306 CC parece desprenderse que nuestro legislador recoge la regla *in pari causa* y no la regla *nemo auditur*. Así se deduce, también, de los antecedentes históricos de estos preceptos, que recogen con bastante fidelidad la legislación de Partidas, redactadas cuando todavía la regla *nemo auditur* no se había consolidado. Con esta interpretación el Juez ante un contrato inmoral está autorizado para graduar la culpa de ambos contratantes, denegar a ambos la repetición cuando sean igualmente culpables y concedérsela al menos culpable cuando la desigualdad de la torpeza de uno y otro sea notable".

ción con el hecho en que consiste la causa torpe o delictiva: “1.^a Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido”; y “2.^a Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fue extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido”.

De acuerdo con lo preceptuado, pueden darse los siguientes supuestos²³:

a) Si las dos partes han incurrido en culpa, el artículo 1306 diferencia las siguientes situaciones:

1) Si ninguna de las partes ha cumplido con la prestación, no habrá nada que restituir, y no tendrán derecho a exigir las prestaciones derivadas del contrato.

2) Si las dos partes han cumplido con sus prestaciones, la nulidad no conlleva la restitución y ninguna de las partes puede pedir la restitución de la prestación entregada. En este supuesto los efectos del contrato son los mismos que si el contrato es válido, puesto que las partes no vienen obligadas a restituirse los que se entregaron.

3) Si una de las partes ha cumplido y la otra no, dado que las partes no pueden exigir la restitución, la parte que incumplió se enriquece a costa de la primera. Este es el supuesto en el que, habiéndose realizado un contrato verbal y habiendo realizado la prestación el contratista, la Administración se ampara para tratar evitar la restitución de la prestación realizada (“no pagando”).

b) Cuando la causa torpe solo es imputable a una de las partes, nos podemos encontrar con las siguientes situaciones:

1) Si ninguna de las dos partes ha cumplido su prestación, no tendrán nada que restituirse y nada que exigirse.

2) Si las dos partes han cumplido, la parte no culpable puede reclamar la restitución y retener lo recibido. En estos casos, la parte no culpable se enriquece a costa de la culpable. Este sería el supuesto en el que se declara la nulidad de un contrato por un fallo en el procedimiento imputable a la Administración y las dos partes han realizado sus prestaciones.

3) Si solo ha cumplido la parte culpable no puede pedir la restitución y no puede exigir a la parte no culpable que cumpla. De este modo se enriquece la parte no culpable.

23. Vid. González García (2015: 142-143).

4) Si solo ha cumplido la parte no culpable, esta podrá pedir la restitución sin que la culpable pueda exigir el cumplimiento.

Cabe señalar que las consecuencias del precepto han sido duramente criticadas por la doctrina²⁴.

Como señala López Beltrán de Heredia, en una primera y apresurada lectura el artículo 1306 parece un precepto modélico, por cuanto parece castigar a los malos y premiar a los buenos, pero, sin embargo, una lectura más detenida del mismo da paso al desconcierto y a la perplejidad²⁵. Consideran los autores críticos con el precepto que a través del mismo se llega a resultados inmorales, pues cuando los dos son culpables, uno cumplió las obligaciones y el otro no, quien al menos fue fiel a su palabra dada y cumplió, no puede repetir y tampoco puede exigir la contraprestación, de modo que quien no cumplió se enriquece a costa de quien cumplió; se indica que ese enriquecimiento de quien no cumplió y correlativo empobrecimiento de quien cumplió carece de justificación alguna. Del mismo modo, cuando uno de los contratantes sea inocente y el otro culpable no parece que la moral permita que el bueno se enriquezca a costa del malo que precisamente cumplió, cuando pudo no cumplir. Además, el enriquecimiento del inocente carece de causa jurídica. Se entiende que consagrar en una norma el enriquecimiento injustificado no tiene actualmente buen sentido²⁶.

Otra cuestión controvertida es aquella que hace referencia a qué se entiende por causa torpe, esto es, si la misma es equivalente a la causa inmoral, a la causa ilícita, a la ilegal, o a todas ellas²⁷.

24. Cfr. Vázquez de Castro (2003: 364) y González García (2015: 126).

25. Cfr. López Beltrán de Heredia (1995: 308).

26. Cfr. López Beltrán de Heredia (1995: 309).

Para González García (2015: 126): "Estos preceptos –y en particular el artículo 1306 CC– siembran un cierto desconcierto y perplejidad en la medida en que la regla '*nemo auditur*' implica que ninguna persona puede invocar su propia vileza (*'nemo auditur turpitudinem allegans'*), por lo que consolida un negocio con causa torpe (cuando las prestaciones se han efectuado por las dos partes, daría efecto en el ámbito material al negocio inválido), constituye un premio a la inmoralidad (incita a la parte que ha recibido la prestación sin cumplir la suya a demandar la nulidad) y admite el enriquecimiento injustificado de una de las partes (el que cumplió no puede repetir y tampoco puede reclamar la contraprestación); y la regla '*in pari causa*' da lugar a que en caso de igual inmoralidad de las partes (*'in pari causa turpitudinis'*) la acción de repetición resulte inadmisibles (*'cessat repetitio'*), siendo mejor la situación del poseedor (*'melior est causa possidentis'*)".

27. Carrasco Perera (2021: 797) describe los problemas y la confusión en cuanto a la aplicación de los conceptos contrato prohibido, contrato con causa ilícita y contrato con causa torpe, y en consecuencia las dudas en la aplicación de los artículos 6.3, 1255, 1271 y 1306 del CC, con las siguientes palabras: "Nuestros tribunales manejan casi indistintamente los conceptos negocios prohibidos y negocios con causa ilícita. Con todo, este sincretismo no puede ocultar los verdaderos problemas de construcción jurídica, en los que los tribunales apenas reparan. El primer problema es el del régimen jurídico de la nulidad correspondiente a los negocios prohibidos, porque el art. 6.3 CC no contiene propiamente un régimen de esta nulidad (legitimación, plazos, efectos, alcance). Queda entonces por cuestionarse (y a esto jamás se ha dado una respuesta contundente por la jurisprudencia) si este régimen es el propio de las nulidades contractuales

En principio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1275 del CC, es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral. En concreto, el precepto señala:

“Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

Del mismo modo, el artículo 6.3 del CC indica que son nulos de pleno derecho los contratos contrarios a las leyes imperativas y prohibitivas:

“3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

Conforme a dichos preceptos, los contratos sin causa o con causa ilícita, así como los contratos contrarios a las leyes imperativas y prohibitivas, son nulos de pleno derecho y, en aplicación del artículo 1303, no producen efecto alguno, siendo el efecto típico de la nulidad, tal y como hemos visto anteriormente, la restitución de las prestaciones realizadas en ejecución del contrato inválido.

Por el contrario, como hemos visto, el artículo 1306, que se refiere a los contratos con causa torpe, es una excepción a la obligación de restitución y, en consecuencia, a los efectos que se derivan de los artículos 6.3 y 1275 del CC.

Hay quienes señalan que existe una antinomia entre lo dispuesto en los artículos 6.3 y 1275 y el artículo 1306, pues mientras que el primero señala que los contratos ilegales no producen efecto alguno, por el contrario el artículo 1306, referido a la causa torpe, impide la restitución de las prestaciones, con lo que el contrato inválido sí que ha producido efectos, antinomia que es salvada argumentando que el artículo 1306 no puede hacer referencia a los contratos prohibidos o contrarios a la ley, siendo, por el contrario, exclusivamente de aplicación a los contratos inmorales. Entienden que el artículo 1306 no puede ser una salvedad que regula unos efectos distintos para el caso de contradicción con la norma imperativa o prohibitiva, pues entonces el artículo 6.3 quedaría sin sentido, con lo que el artículo 1306 no se puede aplicar a los supuestos de ilegalidad. Para estos autores, la causa torpe se refiere exclusivamente a los supuestos de inmoralidad, y no a los de ilegalidad²⁸.

(arts. 1261, 1300 y ss. CC). En segundo lugar, supuesto que se resuelve positivamente la primera duda, queda por determinar si el régimen específico de la nulidad contractual de los negocios prohibidos es el general de las nulidades (arts. 1303, 1.307 CC) o el específico de los contratos incursos en causa torpe (arts. 1305 y 1306 CC), a lo que tampoco se ha dado jamás por la jurisprudencia una respuesta contundente y generalizable. Todavía más, no está libre de duda la cuestión si el régimen específico de los contratos incursos en causa ilícita es precisamente el de los arts. 1305 y 1306 CDC, o si estas normas son particulares de algún tipo singular de causa ilícita, y por ende, de algún tipo aún más singular y limitado de contrato prohibido”.

28. Para Vázquez de Castro (2003: 87, 88, 365, 366), “por la propia dinámica en la que se fue acuñando el concepto, en la misma noción de causa ilícita parece que está siempre im-

Por el contrario, hay autores que consideran que la existencia de ilegalidad no impide la apreciación, igualmente, de inmoralidad²⁹. De este modo, consideran que un negocio prohibido con causa ilícita (ilegal e inmoral) es susceptible de ser subsumido en el supuesto de hecho del artículo 1306 CC, esto es, como causa torpe, excluyendo la restitución de la prestación ejecutada al contratante culpable.

pública una connotación de valoración moral o ética del contrato. La causa ilícita del contrato se declara por el matiz inmoral que revista la operación en su conjunto, en la que se persigue lesionar un interés general de orden jurídico o moral. Por tanto, tiene sentido decir que en la mayor parte de las ocasiones los tribunales se van a referir a la causa ilícita en sentido estricto, es decir, cuando se oponen a la moral o buenas costumbres, denominándola causa torpe. La figura de la causa ilícita por vulnerar una norma imperativa o prohibitiva parece que resultaría en cierto modo innecesaria, puesto que su aplicación vendría a coincidir con la aplicación de lo previsto en el artículo 6.3 del CC [...] Es evidente que muchos casos de ilegalidad conllevan, al mismo tiempo, una pronunciada carga de inmoralidad en su operación. No obstante, se ha de ser consciente que los recursos para evitar y controlar la inmoralidad en el contenido de las operaciones contractuales como el de la causa ilícita o causa torpe, son recursos que establece el Derecho para cuando no existen otros medios para combatir esas operaciones [...] En definitiva, la causa torpe es un remedio jurídico que pone el Derecho al alcance de los interesados y en manos de jueces y tribunales para evitar la consecución de los efectos programados en un contrato que, pese que no están expresamente prohibidos por ningún precepto de una ley concreta, resultan rechazados por las buenas costumbres y los principios de orden público que también componen el propio ordenamiento jurídico [...]. "Es decir, ante un contrato que al mismo tiempo resulte ser contrario a la Ley y a las buenas costumbres ¿Qué precepto hemos de aplicar: las reglas contenidas en el art. 1303 CC y por consiguiente la restitución recíproca, o, en cambio, las contenidas en el art. 1306 CC? Pues bien, creemos que, salvo que otra cosa se desprenda de la Ley vulnerada, hemos de aplicar el art. 1303 y la recíproca restitución de prestaciones ya que es la regla general, y no se debe aplicar una regla excepcional pudiendo aplicarse la general. Debe imponerse, en consecuencia, esta interpretación restrictiva de los artículos 1305 y 1306 del Código Civil".

En términos similares se expresa López Beltrán de Heredia (1995: 337): "El artículo 1306 CC no habla si quiera de causa ilícita, sino de causa torpe. Es cierto que la causa torpe es una causa ilícita, pero el propio Código distingue en el artículo 1275 entre ilicitud de la causa por oposición a la Ley (causa ilegal) e ilicitud de la causa por oposición a la moral (causa torpe). Además, el artículo 6.3 CC afirma que Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Efecto típico de la nulidad es la obligación de restituir todo lo prestado en ejecución del contrato declarado inválido. El artículo 1306 no puede ser una salvedad que establece un efecto distinto con carácter general para el caso de contradicción con la norma imperativa o prohibitiva, pues entonces la disposición contenida en el artículo 6.3 quedaría sin sentido. El artículo 1306 es una norma excepcional que no puede abarcar los supuestos de ilegalidad (al menos indudablemente, no puede abarcarlos todos) [...] Para algunos, ilegalidad o a la contrariedad al orden público no excluyen una ulterior valoración del acto en términos de inmoralidad a fin de denegar al solvens la acción de repetición. Las dos categorías de negocios, ilegal e inmoral, no se excluyen necesariamente entre sí [...] si se acepta la irrepetibilidad de las prestaciones ejecutadas en cumplimiento de un contrato con causa ilegal susceptible de ser calificado, además como inmoral, se corre el peligro de extender arbitrariamente el juicio de inmoralidad a casi todos los contratos que violen una norma imperativa o prohibitiva, con el agravante que supone acudir a conceptos indeterminados pues el juicio sobre la moralidad depende, en gran medida, de la opinión particular de quien tenga que emitirlo".

29. Este es el parecer de Delgado y Parra (2005: 291-292), quienes indican que "en nuestra opinión la causa torpe apunta a la inmoralidad de una *datio* (por sus motivos o la finalidad que persigue) que se enfrenta a las buenas costumbres en modo tal que resulta proporcionada la pena civil de privación de la restitución [...] La tacha de torpeza podrá acompañar a la infracción a la ley, pero ciertamente no en todos los casos ni de forma necesaria. Ni toda conducta ilegal lleva tacha de turpitud, ni esta implica necesariamente contradicción con la ley".

De lo expuesto podemos extraer las siguientes conclusiones de la regulación de la causa torpe en el derecho civil, causa torpe que permite limitar y evitar la obligación de restitución tras la declaración de invalidez de un contrato: en primer lugar, que el juez ante un contrato con causa torpe está facultado para graduar la culpa de ambos contratantes, y en segundo lugar, que existen serias dudas de que la ilegalidad de un contrato sea un supuesto de causa torpe.

Pues bien, una vez estudiados los presupuestos y fundamentos de los artículos 1305 y 1306 del Código Civil, se hace necesario analizar en qué medida los mismos encajarían o serían de aplicación a la contratación del sector público, o si, por el contrario, dichos preceptos casan mal y no encajan en los supuestos de nulidad de un contrato del sector público como consecuencia de la nulidad de los actos de preparación y adjudicación del contrato.

3.4

La inadecuación de aplicar los artículos 1305 y 1306 del Código Civil como derecho supletorio a los contratos del sector público

Tal y como hemos visto existen serias dudas en la doctrina civilista de que la causa torpe se aplique a los contratos contrarios a la ley, ahora bien, en el hipotético supuesto de que considerásemos que la causa torpe se aplica a los contratos contrarios a la ley, podríamos concluir que todos los contratos del sector público inválidos como consecuencia de la nulidad de los actos de preparación y adjudicación del contrato tienen causa torpe.

Del mismo modo, hemos visto cómo ante un contrato con causa torpe el juez está facultado para graduar la culpa de ambos contratantes de modo tal que solo se privará de repetición a ambos contratistas cuando su comportamiento sea igualmente vituperable, pero no cuando uno de los contratantes sea más culpable que el otro, privando de repetición únicamente al más culpable.

Pues bien, en el caso de nulidad de contratos por invalidez de los actos de preparación y adjudicación, podemos afirmar con total rotundidad que la obligación de cumplir con el procedimiento legalmente establecido para preparar y adjudicar el contrato compete fundamentalmente a la Administración y no al particular, de modo tal que el incumplimiento de la obligación de respetar el procedimiento, con la consiguiente nulidad del contrato, es imputable en mayor medida, sin ningún género de dudas, a la Administración³⁰.

30. En este sentido se manifiesta con carácter general la jurisprudencia que considera que la omisión del procedimiento y la nulidad del contrato son imputables a la Administración.

A quien corresponde el deber de cumplir el procedimiento administrativo de adjudicación del contrato, y la que tiene en todo momento el dominio del hecho, es sin duda la Administración, de tal modo que depende de su sola voluntad que el procedimiento se realice o no.

En este sentido, si realizamos una apreciación comparativa de la torpeza o de la culpa en la invalidez del contrato como consecuencia del incumplimiento del procedimiento administrativo de preparación y adjudicación, se puede afirmar que la culpabilidad de la Administración es, sin duda, notablemente mayor que la del particular, que, en la generalidad de los casos, únicamente adopta una conducta pasiva.

Por este motivo entendemos que difícilmente se da el apartado o supuesto del artículo 1306 que exige, para que sea de aplicación, que las dos partes hayan incurrido en culpa, y en el que se señala que si una de las partes ha cumplido y la otra no, dado que las partes no pueden exigir la restitución, la parte que incumplió se enriquece a costa de la primera. Precisamente, es este supuesto el que suele utilizar la Administración para tratar de no restituir la prestación al contratista que la ha realizado. Y consideramos que es de difícil aplicación porque la culpa de la Administración siempre va a ser mayor que la del contratista.

Desde nuestro punto de vista, considerar o atribuir al administrado el mismo grado de culpa que a la Administración (cuando dicha posibilidad es un imposible) y permitir que la Administración que no ha cumplido con el procedimiento, aplicando el artículo 1306, no tenga que restituir su prestación o devolver el valor de la misma si la restitución no fuera posible, enriqueciéndose a costa del administrado, resulta no ya inmoral, sino contrario al principio de enriquecimiento injusto.

Del mismo modo, en los supuestos en que solo una parte es culpable de la causa torpe (o, mejor dicho, más culpable que la otra), y sabiendo que la Administración no puede pagar sino por las prestaciones realmente ejecutadas³¹, las consecuencias podrían ser las siguientes:

Ejemplo de dicha doctrina jurisprudencial es, entre muchas otras, la Sentencia de 22 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), cuando ante un contrato verbal y el intento de la Administración de no pagar, se refiere "al abuso que supone el desentenderse la Administración de obligaciones contraídas basándose en la nulidad de las mismas por infracciones formales causadas por ella".

Igualmente la Sentencia núm. 1577/2020, de 14 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), cuando indica: "téngase en cuenta que si el contrato es nulo, la imputación principal de esa nulidad ha de mirar a la Administración".

³¹. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.1 de la LCSP: "1. Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado".

a) Si las dos partes han cumplido, la parte no culpable puede reclamar la restitución y retener lo recibido. En estos casos la parte no culpable se enriquece a costa de la culpable.

b) Si solo ha cumplido la parte no culpable, esta podrá pedir la restitución sin que la culpable pueda exigir el cumplimiento.

Es decir, de acuerdo con el artículo 1306, en el supuesto de que ambas partes hayan cumplido, la parte no culpable (o menos culpable, que va a ser siempre el contratista) puede reclamar la restitución y retener lo recibido. En estos casos la parte no culpable se enriquece a costa de la culpable. Así, por ejemplo, si fueran de aplicación los artículos 1305 y 1306 al derecho administrativo, pudiera ocurrir que, en aquellos supuestos en los que la Administración pagó por la prestación en un contrato posteriormente declarado nulo, el contratista podría exigir la restitución o el valor de la prestación y retener el pago ya recibido, enriqueciéndose a costa de la Administración. Sin duda alguna no imaginamos que un órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo pueda adoptar una decisión en tal sentido.

Por lo expuesto, consideramos que el hecho de que la LCSP, a diferencia de lo establecido en el Código Civil, no establezca limitaciones a la obligación de restitución, es una decisión consciente que tiene como objetivo evitar supuestos de enriquecimiento injusto³².

La aplicación de los artículos 1305 y 1306 da lugar a situaciones injustas que vulneran el principio de enriquecimiento injusto y que, con carácter general, van a perjudicar a la Administración, razón por la cual consideramos que la LCSP no estableció voluntariamente dichas excepciones a la restitución.

De lo expuesto podemos afirmar que la Sentencia núm. 1555/2021, de 21 de diciembre de 2021, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, es incorrecta al validar una acción resarcitoria vía responsabilidad patrimonial de la Administración para reclamar los servicios prestados y no pagados en virtud de un contrato declarado nulo por haberse adjudicado sin seguir el procedimiento legalmente establecido, cuando por el contrario lo procedente es el ejercicio de una acción restitutoria, acción esta última que no exige como presupuesto para su nacimiento la culpa de las partes.

32. Estamos de acuerdo con Rebollo Puig (1995: 105) cuando señala: "Es fundamental señalar que si de supletoriedad del Derecho civil se tratara, se ahogaría una de las funciones más relevantes del enriquecimiento injusto en Derecho administrativo, como es, precisamente, la de evitar la aplicación de muy distintos preceptos del Código Civil que regulan concretas situaciones de enriquecimiento injusto [...] el Código Civil no es, como regla general, aplicable, pues el Derecho administrativo autointegra sus lagunas con principios generales como el que prohíbe el enriquecimiento sin causa".

Por lo tanto, el contratista, de aplicar correctamente la LCSP, habría tenido derecho a que se le restituyeran las cantidades reclamadas. En el caso analizado la Administración se ha enriquecido injustamente a cargo del contratista, y dicho enriquecimiento injusto ha sido validado por el Tribunal Supremo.

4

Conclusiones

La acción adecuada para exigir los servicios prestados y no abonados en contratos verbales nulos no es una acción indemnizatoria vía responsabilidad patrimonial extracontractual, sino, por el contrario, una acción de restitución derivada de la nulidad del contrato.

La distinción entre la acción restitutoria y la acción resarcitoria para reclamar los servicios prestados y no pagados en virtud de un contrato verbal declarado nulo por haberse adjudicado sin seguir el procedimiento legalmente establecido es fundamental, y ello porque los presupuestos para la exigencia de dichas acciones son diversos.

De este modo, mientras que la acción de restitución tiene como finalidad la eliminación de los efectos jurídicos producidos y nacidos del contrato, reconstruyendo y restaurando los derechos patrimoniales de las partes a la situación que tendrían de no haberse producido el contrato, y ello independientemente de la buena o mala fe de los contratantes, por el contrario, la acción indemnizatoria vía reclamación patrimonial extracontractual tiene como objetivo resarcir los daños y perjuicios que el contratante que actúa con negligencia o dolo ha causado, con ocasión del contrato, a la parte perjudicada.

Precisamente, mientras que en la responsabilidad patrimonial de la Administración, para que nazca la responsabilidad, es requisito la exigencia de culpa y la buena fe o mala fe de las partes, sin embargo, en la tutela restitutoria no se tiene en cuenta la culpa de las partes a la hora de establecerse la obligación de restitución de las prestaciones.

La regulación de los efectos derivados de la invalidez de los contratos del sector público y el cauce adecuado para su ejercicio vienen recogidos expresamente en el actual artículo 42.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el cual dispone lo siguiente: “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 recíprocamen-

te 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”.

Así, en aquellos supuestos en los que la declaración de invalidez se realiza con posterioridad a que el contratista haya realizado su prestación y cuando dicha prestación no es restituible –como sería el caso de las obras (pues dicha obra es propiedad de la Administración, dominio público generalmente, y es, por tanto, inalienable) y de los servicios (pues, una vez los mismos han sido prestados, no es posible su restitución)–, tal y como señala el artículo 42 de la LCSP, se devolverá el valor de la prestación. En estos supuestos, precisamente, ante la imposibilidad de restituir la prestación, la misma se transforma en la obligación de dar una suma de dinero equivalente al valor de la prestación indebidamente percibida, y que equivale al pago de los servicios o de la obra realizados y no abonados. Y dicha obligación de restitución es independiente de la buena o mala fe de las partes y, en concreto, de la del contratista.

Un análisis del artículo 42 de la LCSP pone de manifiesto cómo el mismo no establece limitaciones o presupuestos para proceder a la restitución de las prestaciones, es decir, la LCSP, una vez se constata la firmeza de la invalidez de los actos de preparación y adjudicación, no establece ningún presupuesto adicional, como la culpa o la buena o mala fe de las partes, para proceder a la restitución, sino que la restitución es una consecuencia derivada de la nulidad, independientemente de la conducta que hayan podido tener las partes en relación con la causa de nulidad, en nuestro caso, con la participación en la preparación y adjudicación del contrato.

A diferencia de lo establecido en el Código Civil, la LCSP no establece limitaciones a la obligación de restitución derivadas de una causa torpe o ilícita, supuestos estos regulados en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil y que sí que atienden a la culpa de las partes a la hora de limitar o no la obligación de restitución.

Consideramos que la ausencia de regulación en la LCSP de supuestos de hecho que limitan la restitución no supone necesariamente una laguna legal que deba suplirse mediante la aplicación del Código Civil, en concreto, los artículos 1305 y 1306 del mismo, y ello porque la falta de tipificación de un determinado supuesto de hecho, en nuestro caso la falta de regulación expresa de una limitación a la obligación de restitución, puede resultar querida por el legislador de contratos del sector público, impidiéndose, de este modo, la aplicación supletoria del Código Civil. Precisamente el hecho de que la LCSP no regule limitaciones a la obligación de restitución, y de que no haya regulado un supuesto similar

al artículo 1305 y 1306 que elimine la obligación de restitución, se puede deber, y así lo creemos, a una voluntad consciente, pues los supuestos de hecho establecidos en dichos artículos se acoplan mal al derecho administrativo, al principio de prohibición del enriquecimiento injusto y a los intereses de la Administración.

En conclusión, declarada la nulidad del contrato por la invalidez de los actos de preparación y adjudicación, procede de forma automática la restitución de las prestaciones sin que la culpa o la buena o mala fe de las partes influya en la obligación de restitución³³. En consecuencia, en los contratos verbales inválidos el contratista que realiza la prestación tiene derecho a recuperar la prestación realizada –lo que equivale en la práctica a que le sean abonados los servicios prestados–, pues en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración.

33. Debemos reiterar, de acuerdo con lo expresado, que la culpa de las partes no es un criterio que permita ni evitar, ni limitar, ni modular la obligación de restitución de las prestaciones realizadas y no abonadas como consecuencia de un contrato nulo por la invalidez de los actos de preparación y adjudicación. Por ello no podemos estar de acuerdo con la reciente doctrina del Consejo de Estado que modula el valor de la restitución de la prestación realizada y no pagada en los contratos verbales en función de la conducta del contratista.

Precisamente, el Consejo de Estado, tras rechazar que sea viable acudir a la responsabilidad de la Administración para exigir las prestaciones realizadas y no pagadas derivadas de la contratación verbal, considera, sin embargo –tras afirmar que la acción adecuada es una acción de restitución–, que el importe a abonar se puede modular en función de la culpa del contratista. En concreto, en los dictámenes 606/2020, de 27 de mayo de 2021, y 706/2021, de 27 de enero de 2022, realiza la siguiente afirmación: “el importe de la compensación puede reducirse en atención a la conducta de la empresa contratista, en la medida en que esta pueda influir en la apreciación del nexo causal. En una ya consolidada doctrina, el Consejo de Estado, en supuestos de prestaciones contractuales realizadas al margen del contrato, por no estar en él previstas o por haber expirado la relación contractual, ha reparado en la circunstancia de que la empresa contratista pudiera no ser del todo ajena a la irregularidad que se ha producido, concluyendo que, en tal caso, no puede beneficiarse de ella como si de una aplicación ordinaria del contrato se tratase. De concurrir tal circunstancia, dice la doctrina, no procederá abonar el precio de la prestación facturado sino su coste, que se calculará detrayendo de dicho precio el beneficio industrial que la contratista esperaba obtener, determinado en expediente contradictorio (entre otros, dictámenes números 843/2017, 906/2019 o 1.112/2019). En algunos casos, no obstante, dada la dificultad que presenta el cálculo de ese beneficio industrial, el Consejo de Estado ha indicado que, en lugar de este, procede extraer un 10 % de las facturas pendientes de abono (entre otros, dictámenes números 506/2017, 842/2017, 80/2019 y 878/2019). De este modo, la indemnización por responsabilidad contractual no incluirá el beneficio de la adjudicataria, en atención a su participación en la producción del daño”.

Cabe criticar vehementemente dicha doctrina, y ello por dos motivos: en primer lugar, porque, tal y como hemos visto, la restitución es una consecuencia automática de la invalidez, sin que el artículo 42 la limite en función de la culpa o mala fe de los contratistas; en segundo lugar, porque precisamente el artículo 42 es taxativo al señalar que se ha de restituir el valor de la prestación, y el valor es el precio de mercado, en el que, como no puede ser de otro modo, se incluye, necesariamente, el beneficio industrial.

5 Bibliografía

- Cano Campos, T. (2005). La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias. *Revista General de Derecho Administrativo*, 8.
- Carrasco Perera, Á. (2021). *Derecho de contratos* (3.ª ed.). Madrid: Civitas.
- Delgado Echeverría, J. (1981). Comentario a los artículos 1300 a 1314. En M. Albadalejo (dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (tomo XVII, vol 2.º). Madrid.
- Delgado Echeverría, J. y Parra Lucán, M.ª Á. (2005). *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*. Madrid: Dykinson.
- Díez Sastre, S. (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons.
- Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción Teoría del Contrato* (sexta edición). Madrid: Civitas.
- Fernández Valverde, R. (2020). La responsabilidad patrimonial derivada del acto administrativo. *Revista de Administración Pública*, 213.
- González García, S. (2015). *La causa de los negocios prohibidos. La vinculación entre la nulidad, la restitución, la reivindicación y la responsabilidad civil*. Madrid: Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos.
- Letelier Wartenberg, R. (2011). *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*. Madrid: Civitas.
- López Beltrán de Heredia, C. (1995). *La nulidad contractual. Consecuencias*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lozano Cutanda, B. (2022). *¿La declaración de nulidad de un contrato del sector público como causa de responsabilidad patrimonial?* Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones>.
- Medina Alcoz, L. (2005). *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*. Madrid: Civitas.
- (2020). El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Administración Pública*, 213.
- Menéndez Sebastián, E. M.ª (2020). La contratación verbal irregular. Un viejo problema ¿con nuevas soluciones? *CEFLegal*, 232.

Muñoz Machado, S. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (tomo IV). Iustel.

Rebollo Puig, M. (1995). *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*. Madrid: Marcial Pons.

— (2002). *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en la jurisprudencia contencioso-administrativa. *Documentación Administrativa*, 263-264.

Santamaría Pastor, J. A. (2004). La invalidez de los contratos públicos. En R. Gómez-Ferrer Morant (coord.). *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*. Madrid: Civitas.

Vázquez de Castro, E. (2003). *Illicitud contractual. Supuestos y efectos*. Valencia: Tirant lo Blanch.