

La ineficacia contractual: una comparación entre el derecho administrativo y el civil

Joan Manel Abril Campoy
Catedrático de Derecho civil UAB
Magistrado Tribunal Constitucional del Principado de Andorra

SUMARIO: 1. Precisiones terminológicas: invalidez e ineficacia. 2. La invalidez contractual en derecho civil. Regulación estatal y delimitación objetiva entre nulidad y anulabilidad. 3. Las causas de invalidez del derecho administrativo. Los diferentes conceptos de nulidad y anulabilidad: sus contenidos y referentes. 4. Los efectos de la invalidez civil y de la invalidez administrativa.

1. Precisiones terminológicas: invalidez e ineficacia.

Cualquier abordaje de una materia con rigor y profundidad exige efectuar, en el pórtico del mismo, unas precisiones relativas a la terminología que se va a utilizar. Y ello no resulta baladí, puesto que, en esta materia jurídica, como en muchas otras, las palabras que se emplean son anfibológicas y su utilización inadecuada produce confusiones y errores que desmerecen el rigor analítico.

Desde esa óptica, es conveniente señalar que en derecho privado -no solo en derecho civil sino también en el mercantil- las categorías de invalidez e ineficacia son claramente deslindables.

La ineficacia significa la falta de producción de efectos, en este caso, de un negocio jurídico bilateral como es el contrato. Esta ausencia de producción de efectos puede originarse por diversas causas: patologías en el negocio jurídico, resolución del contrato por incumplimiento, rescisión, realización de elementos accidentales

previstos por las partes -plazo o condición resolutoria-. No obstante, la nota esencial es que, a partir de un determinado hito temporal, el contrato deja de producir efectos.

Es cierto que una aproximación al funcionamiento de la praxis contractual muestra que esa ausencia de producción de efectos solo es predicable de los llamados contratos de tracto sucesivo -contratos de arrendamiento, de suministro, de prestación de servicios, etc...-, mientras que para los contratos de ejecución instantánea -como puede ser una compraventa o una permuta- la ineficacia ocasionara más que la dejación de producción de efectos, el retorno de la situación actual al "statu quo" anterior.

Como puede observarse, esta categoría de ineficacia incluye en su seno una variada gama de instituciones civiles.

Frente a la ineficacia, la invalidez se presenta como una categoría que se incluye dentro de la ineficacia, en cuanto todos los negocios inválidos son ineficaces, mientras que no todos los negocios ineficaces son inválidos.

Desde esa óptica, la invalidez se caracteriza por la existencia de una patología en el negocio contractual, ya consista ésta en la ausencia de un elemento esencial del contrato o bien en la concurrencia de un vicio del consentimiento o, con las debidas cautelas, en la falta de utilización de las asistencias o provisiones por parte de una persona discapacitada al contratar o en la contratación por una persona menor de edad, fuera del ámbito legal que se le reconoce para ello en cuanto menor. En ese último sentido, el artículo 1263 CC, en su redacción fruto de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la

legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. enseña que *"Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales"*.

2. La invalidez contractual en derecho civil. Regulación estatal y delimitación objetiva entre nulidad y anulabilidad.

El reparto competencial en materia de derecho civil posibilita que la Comunidad Autónoma de Catalunya conserve, modifique y desarrolle su derecho civil -art. 149.1.8 CE-, a la par que el Tribunal Constitucional -con claridad desde la STC de 12 de marzo de 1993- ha admitido la llamada "tesis intermedia", según la cual se permite a aquellos territorios que tenían derecho propio en el momento de la vigencia de la Constitución el desarrollo del derecho existente y el de las instituciones que puedan guardar relación con aquél.

Desde ese punto de vista, el ordenamiento jurídico catalán no podrá considerarse íntegramente completo, por cuanto existen materias que su regulación corresponde al Estado -art. 149.1.8-.

No obstante, el ordenamiento jurídico privado catalán contiene:

- La primera ley del código civil de Cataluña -Ley 29/2002, de 30 de diciembre, relativo a las disposiciones generales, que incluye las disposiciones preliminares y la regulación de la prescripción y de la caducidad.
- El libro segundo -Ley 25/2010, de 29 de julio-, relativo a la persona y la familia.

- El libro tercero -Ley 4/2008, de 24 de abril-, relativo a la persona jurídica, que incluye la regulación de las asociaciones y de las fundaciones.
- El Libro cuarto -Ley 10/2008, de 10 de julio-, relativo a las sucesiones.
- El libro quinto -Ley 5/2006, de 10 de mayo-, relativo a los derechos reales.
- El libro sexto -Ley 3/2017, de 15 de febrero, relativo a las obligaciones y los contratos.

La ineficacia contractual debería contenerse en el libro sexto, en vigor -salvo algunas disposiciones específicas- desde el 1 de enero del 2018. Sin embargo, una de las materias que el art. 149.1.8 CE reserva a la competencia del Estado son las denominadas "bases de las obligaciones contractuales". Al respecto, la doctrina civilista ha intentado establecer el sentido de ese enigmático concepto, acerca del cuál se han formulado desde teorías que le confieren un amplio alcance objetivo hasta aquellas que lo reducen a su mínima expresión, a lo que, sin duda, no ha ayudado la doctrina del Tribunal Constitucional en las ocasiones en que ha tenido la oportunidad de ocuparse del tema.

El problema que podría plantearse consistiría en que el derecho catalán formulase un régimen de invalidez contractual diverso al estatal, de manera que el Tribunal Constitucional tuviera que decidir si esa disciplina normativa incidía o no en el concepto de "bases de las obligaciones contractuales" reservado al Estado.

Sin embargo, hoy en día, el problema es meramente teórico, puesto que el libro sexto del Código civil de Catalunya no contiene esa regulación. En efecto, el carácter abierto y sucesivo de los libros del Código civil de Catalunya, y, en concreto, del libro sexto, permite que la regulación de las obligaciones y contratos se desarrolle y se complete en el futuro.

Así, la estructura del libro sexto consiste en tres títulos:

- a) Título I, relativo a las disposiciones generales.
- b) Título II, relativo a los tipos contractuales.
- c) Título III, relativo a las fuentes no contractuales de las obligaciones.

Pero, el legislador catalán solo ha ejercido su competencia en lo que atañe al capítulo I del Título II -contratos con finalidad traslativa-, al capítulo II -contratos sobre actividad ajena-, capítulo III -contratos sobre objeto ajeno-, capítulo IV -contratos aleatorios-, capítulo V -contratos de cooperación-, capítulo VI -contratos de financiación y de garantía-, de manera que no se establece normativa alguna disímil a la disciplina de la ineficacia contractual, por lo que, de momento, deberemos estar a resultas de la regulación del Código civil estatal - arts. 1261 a 1270 y 1300 a 1314 CC-.

Desde esta óptica, el Código civil, y sobre todo, la jurisprudencia que lo ha interpretado y ha suplido su falta de precisión terminológica, propia de un estado incipiente respecto de la categoría de la invalidez, distingue entre la nulidad radical o de pleno derecho y la anulabilidad.

Si se ciñe el objeto de análisis a la invalidez contractual, la nulidad de pleno derecho se produce:

-Cuando falta uno de los elementos esenciales del contrato: consentimiento, objeto y causa -art. 1.261 CC-, a lo que hay que añadir que también opera cuando el negocio no reviste la forma "ad solemnitatem" necesaria.

-Ilícitud y falsedad de la causa -arts. 1.275 y 1.276 CC-.

-Contratos contrarios a normas imperativas o prohibitivas, salvo que en éstas se establezca una sanción diversa de la nulidad de pleno derecho -art. 6.3. CC-.

-La nulidad de una cláusula del contrato -vgr. Cláusula abusiva- solo genera la nulidad parcial del contrato.

En cambio, pese a la dicción imprecisa del Código civil a que se refieren, entre otros, el artículo 1.265: "*Será nulo -sic- el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*" o el 1.270 "*Para que el dolo produzca la nulidad -sic- de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes*", se considera que los vicios del consentimiento o la falta de capacidad son causas de anulabilidad de los contratos.

En cuanto a la falta de capacidad, debe tomarse en consideración que se ha superado la distinción clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, debido a la ratificación por España y los Estados vecinos del Convenio de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Así, los menores de edad, no emancipados, conforme al artículo 1.263 del Código civil, fruto de la nueva redacción otorgada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, *"podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales"*.

El resto de contratos para los que el legislador considera que pueden ejercer su capacidad jurídica, el artículo 1301.3 determina el inicio de los cuatro años de caducidad de la acción de anulabilidad desde que salieran de la potestad o de la tutela.

En cambio, respecto a las personas discapacitadas, la ratificación del Convenio de Nueva York ha supuesto un cambio de paradigma relevante. Ahora la persona discapacitada puede ejercer su capacidad jurídica en igualdad con las otras personas y para posibilitar su desarrollo e inserción en la sociedad no puede suplirse su consentimiento, sino arbitrar, con preferencia de las medidas voluntarias frente a las judiciales, asistencias o soportes para su actuación en el tráfico.

Tanto es así que si la persona discapacitada actúa y celebra contratos sin tener nombrados asistencias o soportes, el contrato es perfectamente válido, de manera que solo procederá la anulabilidad cuando se haya contratado por la persona discapacitada y se haya prescindido de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas -art. 1301.4 CC-.

Las consecuencias o efectos de la nulidad radical o de pleno derecho y de la anulabilidad son idénticas. En ese sentido, el artículo 1.303 del Código civil, predica como efecto esencial de la anulación del contrato, la devolución de las prestaciones, con sus frutos y los intereses:

"Artículo 1303.

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".

No obstante, para el caso de que se trata de menores o de personas discapacitadas, se modula esta obligación de restitución por parte del contratante menor, quien solo debe restituir aquello en lo que se enriqueció con la prestación recibida.

Y para la persona discapacitada que ha contratado sin contar con las medidas de apoyo establecidas cuando éstas eran precisas, solo devolverá en cuanto se enriqueció, al igual que el menor de edad, si el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta:

"Artículo 1304.

Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas

cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta”.

3. Las causas de invalidez contractual del derecho administrativo. Los diferentes conceptos de nulidad y anulabilidad: sus contenidos y referentes.

La disciplina referente a las causas de invalidez de los contratos celebrados por la Administración y sus entes se contiene en la última reforma de la Ley de contratos del sector público; esto es, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

En la Exposición de Motivos (III) se profundiza y se consolida el concepto de “poder adjudicador” en el sentido que este vertebró la normativa de la contratación pública, junto con el otro eje de ésta, la conocida “regulación armonizada”:

“En este sistema, se sigue el esquema creado por la anterior regulación de 2007, que establece como uno de los ejes de la aplicación de la Ley el concepto de poder adjudicador, que se impone como consecuencia de la incorporación al derecho español de la anterior Directiva comunitaria de 2004. Así, tradicionalmente, la normativa de contratos públicos se hizo pivotar sobre el concepto de contrato de la Administración Pública. Sin embargo, la incorporación

de las anteriores Directivas comunitarias, dio lugar a un cambio de planteamiento, que ahora se mantiene en la nueva Ley, salvo lo referente a las instrucciones internas de contratación, y que permitía distinguir los regímenes jurídicos de los contratos públicos según la entidad contratante fuera o no un poder adjudicador. No obstante, este cambio de planteamiento no impide que la regulación de los contratos de las Administraciones Públicas, tanto en sus disposiciones generales, como respecto de cada tipo de contrato, siga siendo la parte troncal de esta Ley y la referencia de cualquier contrato que se haga por una entidad del sector público'.

Además, se suprime la anterior cuestión de "nulidad" y las causas anteriores podrán hacerse valer a través del recurso especial en materia de contratación y se mantiene el régimen anterior de invalidez de los contratos del sector público.

El artículo 9.2 de la Ley 9/2017 excluye del ámbito de los contratos del sector público aquellos que se caracterizan por su talante objetivo-civil: los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas.

Y el artículo 26.2 considera contratos privados, en atención al carácter objetivo -primer apartado- y subjetivo -segundo y tercer apartado- de quien celebra los contratos, los otorgados por las Administraciones públicas distintos de los propiamente administrativos o propios del giro específico de la Administración, y los celebrados por entidades del sector público que no pueden ser considerados Administraciones públicas o lo que no reúnen la condición de poder adjudicador.

No obstante, pese a que se trate de contratos privados los efectos y la extinción si bien se rige por las normas de derecho privado, la preparación y adjudicación se somete al derecho administrativo -art. 43 LCSP-.

Por lo que atañe a los contratos administrativos, el régimen de invalidez que se determina en la ley de contratos del sector público regula, en primer término, los supuestos de invalidez -art. 38-; a continuación, establece las causas de nulidad y anulabilidad de derecho administrativo -arts. 39 y 40-; la revisión de oficio -art. 41-; los efectos en los supuestos de nulidad y anulabilidad -art. 42, y el proceso para hacer valer las causas de invalidez civiles de los contratos celebrados por las Administraciones públicas.

La categoría de la invalidez incluye las mismas subcategorías que en el derecho privado; esto es, la nulidad y la anulabilidad. No obstante, lo que sucede es que el referente de estas causas es absolutamente disímil en derecho privado y en derecho administrativo.

Así, se contienen tres supuestos de invalidez -art. 38- de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores:

a) Cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil. Acerca de este extremo, no queda sino efectuar una remisión a lo establecido en el apartado anterior.

b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes.

c) En aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado. Nótese que en derecho civil, la ilegalidad, abusividad o falta de transparencia de alguna cláusula del contrato da lugar a la nulidad parcial de éste y a la erradicación de la cláusula, con la única excepción que el contrato no pueda desarrollar su eficacia sin la cláusula nula.

Respecto de la **nulidad de los contratos administrativos**, ésta incluye un conjunto heterogéneo de causas -art- 39-.

En primer lugar, existe una remisión a las causas de nulidad previstas en la ley del procedimiento administrativo común – art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre-:

1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.

Y, en **segundo lugar**, también se estiman nulos de pleno derecho los contratos en los que concurren:

a) La **falta de capacidad de obrar** o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.

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

c) La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135.

d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurren los dos siguientes requisitos:

1.º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y,

2.º Que, además, concorra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta.

e) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto.

f) El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador.

g) El incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por

el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

h) La falta de mención en los pliegos de lo previsto en los párrafos tercero, cuarto y quinto del apartado 2 del artículo 122.

Al margen del empleo de la inadecuada expresión "falta de capacidad de obrar", ya superada en derecho español en virtud de la ratificación por España del Convenio de Nueva York, de 12 de diciembre del 2006, y que dio lugar a la modificación del Código civil en fecha 2 de junio de 2021, y según la que se considera que las personas discapacitadas pueden ejercitar con plenitud sus derechos pero que precisan asistencias o soportes para poder conseguir ese resultado, el resto de causas consisten en la falta de solvencia financiera, económica, técnica o profesional, la falta de clasificación o estar incurso en una prohibición para contratar, en cuanto déficits que afectan al contratista, la carencia o insuficiencia de crédito o un conjunto de causas en virtud de las cuales no se ha dado cumplimiento a las exigencias formales relativas a la formalización del contrato, a la adjudicación, la publicidad o el incumplimiento grave de normas de derecho europeo relativas a la contratación pública.

Como es de ver, se incluye en la categoría de la nulidad de pleno derecho, por una parte, aquellos contratos que se dictan al haber prescindido totalmente del procedimiento, se llevan a cabo por órgano manifiestamente incompetente, constitutivos de infracción penal, lesivos de derechos y libertades fundamentales o con contenido imposible y, por otra, aquellos que se han formalizado,

adjudicado con grave infracción de las normas de formalización, preparación, adjudicación y publicidad, de manera que esos incumplimientos se elevan al rango de motivos que ocasionan una nulidad radical.

Y además se erige también en causa de nulidad la falta de capacidad de obrar, de solvencia técnica, económica, financiera o profesional o la falta de habilitación empresarial o la falta de clasificación cuando sea precisa o estar incurso en una prohibición para contratar.

Acerca de la **anulabilidad**, el concepto que se utiliza en derecho administrativo difiere en demasía del propio del derecho privado. En éste, la anulabilidad procede en supuestos de déficits de capacidad – la capacidad de obrar en derecho administrativo es causa de nulidad- o por la concurrencia de vicios de la voluntad -dolo, error, intimidación o violencia-, mientras que en derecho administrativo la delimitación entre la nulidad puede establecerse entre las infracciones del ordenamiento jurídico que merecen la calificación de graves -nulidad- y aquellas otras infracciones del ordenamiento jurídico, de menor entidad -art. 40-.

En ese sentido, se pronuncia el citado artículo 40 de la Ley de contratos del sector público, que además enuncia como supuestos particulares de anulabilidad:

"En particular, se incluyen entre las causas de anulabilidad a las que se refiere el párrafo anterior, las siguientes:

a) El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205.

b) Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

c) Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio".

Nótese que en derecho privado los incumplimientos de los pactos contractuales -que son ley entre las partes, art. 1258 CC- jamás desencadenan un supuesto de invalidez sino que siempre se reconducen a supuestos de resolución o de acomodación de la relación jurídica.

Y esa anterior reflexión permite efectuar otra que se deriva de la anterior. En derecho privado, la resolución contractual opera, en muchas ocasiones, al margen de los tribunales, de modo que son las partes -de mutuo acuerdo- o la parte cumplidora que ha visto frustrado su interés contractual por el incumplimiento de la contraria, la que comunica y establece la resolución extrajudicialmente, de manera que la jurisdicción ordinaria lo único que analiza es si esa resolución cumple con las exigencias del ordenamiento jurídico, en cuyo caso constata la existencia de una previa resolución extrajudicial.

Obviamente, no acaece lo mismo cuando se trata de la invalidez negocial. En estos casos, ya se trata de un supuesto de nulidad o de

anulabilidad, corresponde a la jurisdicción ordinaria mediante una sentencia declarar la existencia de un contrato que no es tal porque le falta alguno de sus elementos esenciales o contraviene una norma imperativa -lo cual es residual en derecho privado al ser la mayoría de las normas dispositivas- o apreciar la concurrencia de una causa de anulabilidad y, a instancia del afectado por el vicio de consentimiento o por las exigencias no cumplidas respecto del ejercicio de la capacidad jurídica, promover la ineficacia contractual.

Recuérdese también que, pese a la diferencia entre la categoría de la nulidad y la anulabilidad, las consecuencias que se establecen en el artículo 1303 del Código son idénticas para ambas categorías, pese a que la primera puede ser declarada de oficio, opera de manera automática y el círculo de legitimados se extiende no solo a las partes contractuales y sus herederos -por mor de la conocida eficacia relativa de los contratos- sino también a quien pueda resultar o resulte perjudicado o afectado por el contrato nulo. En cambio, la segunda debe ser constituida por la sentencia mediante el ejercicio de la acción por parte de los legitimados -los que han sufrido el vicio o aquellos que tienen limitado el ejercicio de su capacidad jurídica o quienes les prestan las asistencias o provisiones, o si son menores sus representantes legales- y se estima que sus efectos son claudicantes hasta la resolución judicial, mientras que en la nulidad jamás se ha producido efecto alguno: "*quod nullum est, nullum effectum producit*".

4. Los efectos de la invalidez civil frente a la invalidez administrativa.

De conformidad con lo previsto en los artículos 1303 y siguientes del Código civil, interpretados por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la invalidez provoca la ineficacia del contrato, ya se derive ésta de la existencia de una causa de nulidad o de la acreditación de una causa de anulabilidad.

Esa resolución judicial borrará la apariencia contractual del negocio nulo o constatará la existencia de un vicio o de problemas en el ejercicio de la capacidad jurídica y determinará como consecuencia la restitución de las prestaciones, puesto que si el contrato ha desarrollado efectos estos deben ser eliminados y devolver la situación al estado anterior.

En ese sentido, el artículo 1303 del Código civil predica que *"Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes"*.

A diferencia de la resolución por incumplimiento, la invalidez actúa por medio de la devolución de las prestaciones sin que sea preciso la indemnización de daños y perjuicios, pues no estamos ante una hipótesis en que una de las prestaciones no se haya realizado por causa imputable a una de las partes contratantes -cfr. Art. 1124 CC-.

En la contratación administrativa, la validez significa la adecuación al ordenamiento jurídico, de modo que la nulidad y las consecuencias restitutorias, impuestas por la ley, depuran el ordenamiento de los actos y contratos contrarios a éste con efectos retroactivos o ex tunc.

De este modo, la disciplina de los contratos del sector público, en su artículo 42, determina estos mismos efectos restitutorios, tanto para la nulidad como para la anulabilidad.

No obstante, son necesarias dos órdenes de precisiones distintas.

La primera, es que la invalidez de los contratos administrativos, al igual que la de los actos, precisa de un informe por parte del Consejo de Estado o del organismo de la Comunidad Autónoma -La Comissió jurídica Assessora-, cuando la revisión de oficio tendente a **la nulidad** se lleve a cabo por la propia Administración o a solicitud del interesado.

Asimismo, para la anulabilidad de los contratos administrativos, de conformidad con el art. 107 de la Ley de procedimiento administrativo, la Administración puede impugnar ante la jurisdicción contenciosa aquellos contratos o actos que sean favorables para los interesados e incidan en una causa de anulabilidad, pero requieren de la previa declaración de lesividad para el interés público.

Esta declaración de lesividad no puede adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, de manera que el plazo para la declaración de lesividad y el de caducidad civil coinciden.

La segunda, consiste en que una vez firme la declaración de nulidad de los actos preparatorios o de la adjudicación del contrato produce la nulidad íntegra del contrato y, por ende, entra en fase de liquidación -art. 42-.

La liquidación del contrato dará lugar a la restitución recíproca de las prestaciones -restitución in natura- y, para el caso de que ésta no fuera posible, debería devolver su valor -restitución por equivalente-.

Al respecto, con afán didáctico, la STS, Sala contenciosa, 444/2022, de 8 abril, diferencia entre las consecuencias de la invalidez con la del incumplimiento de un contrato administrativo:

“Delimitada en estos términos la controversia casacional, esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sostiene que la sentencia impugnada ha realizado una interpretación inadecuada del artículo 35 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en cuanto se aparta de la doctrina jurisprudencial expuesta en la sentencia de esta Sala de 11 de enero de 2013, que mantiene el criterio de que siendo la invalidez y el incumplimiento del contrato dos instituciones contractuales diferenciadas, a la luz de la regulación establecida en la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con la legislación contractual contenida en el Código Civil, no cabe equiparar los efectos de la declaración de nulidad de un contrato administrativo con los derivados de la resolución del contrato por incumplimiento, ya que se desnaturalizaría el carácter sinalagmático de las obligaciones contractuales si la parte perjudicada por la nulidad del contrato percibiera de la contraria, en concepto de lucro cesante, el mismo beneficio que si el contrato hubiere sido declarado válido, sin la carga que representa el cumplimiento de las prestaciones contraídas.

En efecto, tal como aduce la defensa letrada de la parte recurrente, consideramos que la tesis de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana no

resulta convincente, pues elude la aplicación de los principios de la teoría general de la invalidez contractual, que distingue entre la categoría del acto nulo de pleno derecho de la del acto anulable o rescindible, tal como ha mantenido tradicionalmente la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y que ha sido objeto de recepción por la jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, en la mencionada sentencia de 11 de enero de 2013, por lo que no cabe equiparar los efectos de la declaración de invalidez o nulidad radical del contrato administrativo a los que corresponden a la resolución por incumplimiento, a los efectos de determinar la procedencia de reconocer indiferenciadamente las reclamaciones indemnizatorias por daños emergentes y por lucro cesante. Al respecto, cabe significar que el artículo 1106 del Código Civil reserva la indemnización por lucro cesante a los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento, de modo que no cabe reconocer, en el caso enjuiciado el derecho de la mercantil () a percibir indemnización por lucro cesante como si el contrato de concesión de la gestión de los servicios municipales de agua potable, que tenía una duración prevista de 25 años, se hubiere ejecutado íntegramente cuando en realidad solo se ha ejecutado parcialmente”.

Asimismo, se previene que si la nulidad deriva de una actuación culpable de una de las partes, en este caso esta parte deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios sufridos -art. 42.1.

Se exceptúa la nulidad y liquidación del contrato, si la declaración administrativa de nulidad produjese un grave trastorno al servicio público, en cuyo caso 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 - art. 42.3-.

Y esos mismos efectos -liquidación del contrato y restitución de las prestaciones in natura o por equivalente- podrán ser adoptados en los casos en que se dicte sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, incluido la continuación de los efectos del contrato para los casos de grave trastorno del servicio público.

Para aquellos casos en que la Administración celebre un contrato calificado como "privado", el artículo 43 de la Ley de contratos del sector público, enseña que las causas de invalidez de estos contratos se contienen en el derecho privado y son aquellas a las que ya hemos hecho referencia y ha de estarse a sus requisitos y plazos de ejercicio.

Sin embargo, en cuanto a la declaración de invalidez, se exige en el artículo 43 que el procedimiento para hacerlas valer se someterá a lo previsto en los artículos anteriores para los actos y contratos administrativos anulables; esto es, se precisará de la previa declaración de lesividad.

Conversión. Mantenimiento de actos y trámites. Convalidación y causas de nulidad de derecho privado

El ordenamiento jurídico administrativo prevé, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al igual que el ordenamiento jurídico privado, dos instituciones que afectan a los contratos inválidos: por

una parte, la conversión de los contratos inválidos en otros válidos, cuando contienen los elementos de otros distintos -art. 50-, y, por otra, pese a la declaración de invalidez, el órgano que declare la nulidad o anulabilidad procurará por la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción -art. 51-.

A diferencia de la conversión y del mantenimiento de los actos y trámites, que se publican de las dos categorías de invalidez, tanto el derecho privado como el derecho administrativo disciplinan la convalidación de los actos y contratos anulables.

Desde la óptica del derecho privado, los artículos 1.309 a 1.313 regulan el régimen de la confirmación. Pese a la imprecisión terminológica del Código civil decimonónico (El art. 1309 expone literalmente que "*La acción de nulidad (sic) queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente*") que refiere "nulidad" cuando en puridad de lo que se trata es de la acción de anulabilidad, se permite en derecho privado que aquellos contratos que no son nulos, pero sí aquejados por un vicio del consentimiento o por problemas relativos al ejercicio de la capacidad jurídica de menores o discapacitados -esto es, anulables- puedan ser confirmados -art. 1310-.

Esta confirmación puede ejercitarse por aquel de los contratantes a quien no corresponde el ejercicio de la acción de anulabilidad -art. 1312- y puede manifestarse de forma expresa o tácita. Acerca de esta última, se entenderá que hay confirmación cuando con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese

derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo -art. 1311-.

Y, respecto de la eficacia de la confirmación de los actos anulables, debe recordarse que ésta purifica el contrato de sus deficiencias desde el momento de la celebración -art. 1.313 CC-.

Por lo que atañe al derecho administrativo, el artículo 52.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, atribuye a la Administración la facultad de convalidar aquellos actos anulables, de manera que se subsanen los vicios que les afectan, sin perjuicio de recordar que esos vicios son de diferente entidad que los previstos en la regulación jurídico-civil; esencialmente, infracciones del ordenamiento jurídico que no alcanzan la suficiente entidad o gravedad para producir la nulidad del contrato.

De la disciplina administrativa, resulta oportuno efectuar las siguientes reflexiones.

La primera, que la convalidación en derecho administrativo opera siempre de manera expresa, dado que la Administración convalidará el contrato anulable mediante la emisión de un acto administrativo de convalidación.

La segunda, que existen reglas especiales para determinadas hipótesis. Así, el artículo 52 en sus apartados tercero y cuarto previene reglas específicas para el vicio de incompetencia, en cuyo caso establece que la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto

viciado -art. 52.3-, y para el vicio de anulabilidad, consistente en la falta de obtención de alguna autorización. En este último caso, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente -art. 52.4-.

Finalmente, acerca de la eficacia de la convalidación de los contratos en derecho administrativo, se adopta, en línea de principio, un criterio contrario al adoptado por el derecho civil; esto es, se señala que el acto administrativo por el que se convalida un contrato produce efectos desde su fecha.

No obstante, el artículo 52.2 exceptúa lo previsto en el artículo 39.3 para la retroactividad de los actos administrativos. Aun cuando se prevé con carácter excepcional, el supuesto de hecho refiere los actos anulados y diseña un supuesto que, en muchos casos, permitirá a la convalidación operar con esa eficacia retroactiva: *"Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas"*.

