

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN TIEMPOS DE CRISIS. MUTUO ACUERDO E INSOLVENCIA DE LOS CONTRATISTAS

La resolución de los contratos públicos en tiempos de crisis. Mutuo acuerdo e insolvencia de los contratistas

En el presente trabajo se analizará la posibilidad de resolver los contratos públicos por mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. Para ello ha de partirse de los distintos tipos de contratos públicos, toda vez que las posibilidades de resolver por esta causa un contrato de naturaleza administrativa son más limitadas que en un contrato público de naturaleza privada.

De modo significativo se prestará especial atención a la incidencia que la situación de insolvencia declarada de un contratista puede suponer para que sus contratos puedan ser resueltos por mutuo disenso.

Finalmente, se realizarán, también teniendo en cuenta una eventual situación concursal del contratista, el procedimiento y el contenido y efectos de una terminación convencional de los contratos públicos.

The termination of public contracts in times of crisis: conventional termination and contractors' insolvency

This paper analyzes the possibility of resolving public contracts by mutual agreement between the Administration and the contractor. It will be taken into consideration the different types of public contracts, to the extent that the possibilities of conventional termination in administrative contracts are more limited than in private ones.

Significant emphasis will be given to the effect that the situation of declared insolvency of a contractor in this issue.

And, finally, the paper tackles the procedure and the content and effects of conventional termination of public contracts, also taking into account a possible bankruptcy situation of the contractor.

PRELIMINAR: LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS PRIVADOS DEL SECTOR PÚBLICO

1. Antes de abordar el mutuo acuerdo como causa de resolución de los contratos públicos, interesa recordar que esta categoría negocial no solo engloba los contratos administrativos que pueden celebrar las Administraciones públicas, sino también los contratos privados que puedan celebrar esas Administraciones y el resto de entes que conforman el sector público (fundaciones, sociedades públicas, etc.).

Tal distinción cobra importancia toda vez que el mutuo disenso como causa de resolución de los contratos públicos tiene distinta modulación, según sea administrativa o privada la naturaleza del contrato público de cuya resolución se trata.

En el primer caso, esto es, en los contratos administrativos, la aplicabilidad, requisitos y efectos del mutuo disenso vienen expresamente determinados en la normativa sobre contratación pública aplicable, a saber, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCS), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1091/2001, de 12 de octubre. Sobre todo en la medida que dicha normativa contiene previsiones específicas que limitan, en algunos casos, la terminación convencional de los contratos administrativos en situaciones de insolvencia declarada del contratista.

En el caso de los contratos privados, por el contrario, son las partes las que, con los límites de la autonomía privada, acuerdan libremente si su relación contractual puede terminar por mutuo disenso, o si sujeta a este a determinados requisitos. De igual forma, también podrán decidir los efectos y contenido de este tipo de resolución contractual.

Por estas razones, conviene empezar el análisis de esta forma de terminación de los contratos abordando cuándo un contrato público es administrativo y cuándo tiene naturaleza privada.

2. Como se ha dejado señalado, la normativa sobre contratación pública distingue entre contratos administrativos y contratos privados:

- (i) Los contratos administrativos son los celebrados por Administraciones públicas en sentido estricto, esto es, las definidas en el artículo 3.2 del TRLCS: la Administración General del Estado, la de las Comunidades Autónomas y la de los entes que integran la Administración local (mancomunidades, consorcios locales, juntas vecinales, etc.); las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, los organismos autónomos, las Universidades públicas, los Reguladores, y las entidades de Derecho Público vinculadas a una o varias Administraciones si (i) su actividad principal no es la producción en régimen de mercado de bienes o servicios o efectúan operaciones de redistribución de renta y riqueza sin ánimo de lucro, o (ii) no se financian mayoritariamente con ingresos

obtenidos como contrapartida de la entrega de bienes o prestación de servicios. Quedan exceptuadas en todo caso las entidades públicas empresariales y entidades asimiladas de las Comunidades Autónomas.

Todas estas entidades podrán celebrar los contratos administrativos típicos, esto es, contratos de obra y concesión de obra pública, de gestión de servicios públicos, de suministros, de servicios y de colaboración público-privada. Pero también podrán celebrar los contratos que se denominan «administrativos especiales», es decir, contratos cuyo objeto esté íntimamente vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme a la Ley (artículo 19.1.b) del TRLCSP).

(ii) Ahora bien, las Administraciones públicas anteriormente referidas también pueden celebrar contratos privados, como lo hacen de forma exclusiva el resto de entidades del sector público que no son Administraciones públicas (artículo 20.1 del TRLCSP).

Según el TRLCSP, tienen la naturaleza de contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto:

- Servicios financieros de seguros, servicios bancarios y de inversión, salvo los servicios financieros relativos a la emisión, compra, venta y transferencia de títulos u otros instrumentos financieros y los servicios prestados por los bancos centrales, que son contratos excluidos de la propia normativa de contratación pública (categoría 6ª del Anexo II en relación con el artículo 4.1.1), ambos del TRLCSP).
- Contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades corporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios (artículo 4.1.p) del TRLCSP).
- La creación e interpretación artística y literaria.
- Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos, exceptuando los contratos para la compra, el desarrollo, la producción o la

coproducción de material de programación por parte de los organismos de radiodifusión y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión (categoría 26ª del Anexo II del TRLCSP).

- La suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.
- Y finalmente, una importantísima categoría residual: serán contratos privados todos aquellos que no cumplan los requisitos objetivos para ser considerados contratos administrativos.

3. La distinción entre un tipo y otro de contrato es relevante desde la perspectiva de la aplicabilidad y efectos del mutuo disenso como causa de resolución.

En los contratos administrativos, deberá sujetarse, en cuanto a lo dispuesto en el propio TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo (artículo 19.2 del TRLCSP), lo cual es relevante, como veremos específicamente en este trabajo, habida cuenta de que en dicha norma se condiciona la posibilidad de resolver una relación contractual en determinadas situaciones de insolvencia del contratista.

La situación cambia diametralmente en los contratos públicos de naturaleza privada. Como señala el artículo 20.2 del TRLCSP, la extinción de estos contratos se rige por las normas de Derecho privado, esto es, por la autonomía de la voluntad, con sus límites, pero sin que se vean constreñidas por las previsiones normativas establecidas para los contratos administrativos.

La diferencia es notable y, desde luego, debe ser tenida en cuenta como premisa en el análisis de la viabilidad, requisitos, contenido y efectos del mutuo disenso como causa de resolución de un contrato público.

REQUISITOS MATERIALES PARA LA RESOLUCIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS POR MUTUO ACUERDO

Como acabamos de explicar, los contratos públicos de naturaleza privada se rigen por lo que libremente pacten las partes, respetando eso sí los límites de la autonomía de la voluntad, a los que luego aludiremos.

Lo contrario sucede con los contratos administrativos, en los que la autonomía de las partes está constreñida a las previsiones de la normativa sobre contratación pública, que es en la que, en definiti-

va, centraremos el análisis que se contiene en estas páginas.

Centrándonos por tanto en los contratos administrativos, es claro que el artículo 223.c) del TRLCSP, contempla la posibilidad de resolver este tipo de contratos por «*mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista*». Ahora bien, según el artículo 224.4 del TRLCSP, «*la resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando [i] no concorra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y [ii] siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato*».

A estos requisitos se añade, pero solo para las concesiones de obras públicas, el que «*la concesión no se encontrara sometida a secuestro acordado por infracción grave del concesionario y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la continuación del contrato*» (artículo 270.4 del TRLCSP).

Algún operador jurídico podría considerar que, respecto de estas concesiones, esta *lex specialis* deroga la norma general prevista en el artículo 224.4 del TRLCSP. Sin embargo, esa tesis no parece que tenga demasiado fundamento, habida cuenta del carácter parcial, pero integrador que, según el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3375/2001, de 5 de diciembre, tuvo la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas en la regulación de los contratos públicos. Es más, algunos órganos consultivos autonómicos han avalado expresamente la exigencia cumulativa de las exigencias tanto del artículo 224.4 como del artículo 270.4 a los supuestos de extinción de concesiones de obras públicas por mutuo disenso (*cf.* Dictámenes del Consell Juridic Consultiu de la Comunitat Valenciana núms. 95/2010 y 96/2010, de 11 de febrero, y 1010/2010, de 4 de noviembre; y Dictamen de 18 de noviembre de 2010, del Consejo Consultivo de Castilla y León).

En **conclusión**: a la vista de lo anterior, puede apreciarse que los requisitos materiales legalmente exigibles para que un contrato administrativo pueda resolverse por mutuo acuerdo son los siguientes:

- que no exista otra causa de resolución concurrente; y
- que existan razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.
- En el caso de concesiones de obras públicas, es preciso además que la concesión no esté sometida a secuestro acordado por infracción grave del concesionario.

— que existan razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

Veamos las dos primeras con más detalle, toda vez que la tercera, por su meridiana claridad, no parece que pueda generar controversia alguna.

LA INEXISTENCIA DE CAUSA DE RESOLUCIÓN CONCURRENTE IMPUTABLE AL CONTRATISTA: EN ESPECIAL SU INSOLVENCIA

1. La primera exigencia del artículo 224.4 del TRLCSP para que pueda resolverse un contrato administrativo por mutuo disenso es que «*no concorra una causa de resolución que sea imputable al contratista*».

Aunque el precepto literalmente señala que la causa de resolución concurrente sea «*imputable*» al contratista, puede sostenerse, con fundamento en la finalidad y en la doctrina jurisprudencial y legal recaída sobre el particular, que, sin embargo, parece que lo realmente relevante no es tanto si la causa de resolución concurrente es imputable al contratista como que dicha causa concorra como consecuencia de un incumplimiento del contratista.

(i) En efecto: lo que el legislador trata de impedir con esta exigencia es que, a través de la resolución convencional de un contrato, se celebren «*transacciones solapadas*» en el mero interés del contratista (Dictámenes del Consejo de Estado núm. 55.008/1990, de 14 de julio; núm. 50.571/1987, des 21 de mayo; y núm. 40.190/1975, de 4 de diciembre) que persigan «*sanar el incumplimiento del contratista, o [en] liberarle de las consecuencias onerosas que de él pudieran seguirse*» (Dictamen núm. 1022/1992, de 17 de septiembre; y en el mismo sentido el Dictamen núm. 50.776/1987, de 25 de junio). «*Otra cosa equivaldría a admitir la posibilidad de decisiones arbitrarias que evitasen el rigor de las sanciones reglamentariamente establecidas para los casos de desistimiento unilateral del contratista, equivalente al incumplimiento*» (Dictamen del Consejo de Estado núm. 34.714/1966, de 17 de marzo). Recuérdese a estos efectos que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados, indemnización que se hará efectiva en primer lugar sobre la garantía que en su caso se hubiese constituido (artículo 225.3 del TRLCSP), y sin perjuicio de que el contratista

ciertamente pueda incurrir en la prohibición de contratar prevista en el artículo 60.2.a) del TRLCSP. Son estas las consecuencias nocivas para el contratista que, por motivos no confesables, pero en todo caso perjudiciales para el interés público, podrían orillarse terminando un contrato por mutuo disenso, cuando debiera terminarse por causa imputable al contratista.

(ii) Siendo esta la teleología del precepto, es lógico que los pronunciamientos jurisprudenciales y de los órganos consultivos que han impedido el mutuo acuerdo, lo hayan hecho solo cuando el contratista es el culpable de la concurrencia de la causa de resolución concurrente, no por el mero hecho de ser la causa imputable al contratista. Veamos algunos ejemplos:

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1988 (RJ 2161) impidió la resolución por mutuo acuerdo porque *«es bien patente que en el caso ahora debatido se produjo la paralización unilateral de las obras por parte de la Sociedad hoy apelante lo que implicaba un incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato con virtualidad para fundar la resolución de aquél [...]»*. En el mismo sentido se pronunció en su sentencia de 27 de septiembre de 1985 (RJ 4294), cuando desechó la posibilidad de resolver de consenso el contrato al concurrir culpa del contratista en la paralización de las obras por carencia de recursos para hacer frente a su prosecución.

En fin, idéntica postura podemos encontrar en los órganos consultivos de forma unánime. El Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 46.236/1984, de 26 de abril, señala que no procede resolver un contrato por mutuo acuerdo si hay incumplimiento del contratista *«al menos en las prestaciones esenciales»*. Idéntico criterio se recoge ya en el añejo Dictamen del Consejo de Estado núm. 32.753/1964, de 18 de junio, a cuyo tenor:

«Conviene, además, tener presente que esa causa no podrá en ningún caso significar incumplimiento del contratista [...], no constituir el supuesto de hecho en ninguno de los casos de rescisión legalmente regulados en el ordenamiento jurídico-administrativo».

El Dictamen de la Junta Consultiva de Contratos Administrativos de Castilla y León de 18 de noviembre de 2010, rechazó la posibilidad de mutuo acuerdo por la demora en el incumplimiento de plazos por parte del contratista, al igual que hizo el Dictamen núm. 109/2009, de

12 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón.

Finalmente, el reciente Informe núm. 8/2013, de 10 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, ha señalado que para que no exista posibilidad de resolución por mutuo acuerdo, es preciso que no exista ningún incumplimiento del contratista, no siéndoles imputables a éste las consecuencias de la crisis económica sobre la economía del contrato.

2. Las anteriores consideraciones tienen relevancia para el caso objeto de análisis, habida cuenta de que *«la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento»* del contratista figura entre las causas de resolución de los contratos administrativos (artículo 223.b) y, referida específicamente para las concesiones de obras públicas, el artículo 269.b) del TRLCSP).

Ahora bien, no basta la mera declaración de concurso para impedir la resolución convencional de un contrato administrativo: es preciso, o bien que el concurso haya entrado en fase de liquidación, o bien que el contratista no haya prestado suficientes garantías. Así resulta del artículo 224.5 del TRLCSP:

«En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella para su ejecución».

La fase de liquidación se abrirá cuando así lo acuerde el juez, en teoría en el plazo de diez días desde la solicitud, en este caso del deudor-contratista, solicitud que deberá formular cuando, durante la vigencia del convenio, *«conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel»* (artículo 142 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal —en adelante, la *«Ley Concursal»*—).

Sobre la segunda eventualidad que impediría la resolución por mutuo acuerdo (no apertura de la fase de liquidación del concurso, pero el contratista no presta garantías suficientes), no deben confundirse conceptualmente estas garantías con las definitivas prestadas por el contratista, a pesar de que tanto unas como otras están afectas a asegurar la correcta ejecución del contrato (*cfr.* artículo 100 del TRLCSP). Las garantías a las que se refiere el artículo 224.4 del TRLCSP son las que el órgano de contratación puede exigir al contratista para garan-

tizar la ejecución del contrato tras la firma del correspondiente convenio.

En fin, lo relevante es que, si se da cualquiera de estas circunstancias, la Administración debe resolver el contrato, pero no por mutuo disenso, sino por la causa prevista en los artículos 223.b) y 269.b) del TRLCSP. Así lo establecen los artículos 224.2 y 270.4 del TRLCSP cuando expresamente indican que «*darán siempre lugar a la resolución del contrato*». Y es lógico que sea así porque, en definitiva, estamos ante el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones.

3. Cabe cuestionarse, finalmente, si la calificación del concurso como culpable puede impedir esta forma de terminación. Según el artículo 164.1 de la Ley Concursal, el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave, en este caso, del contratista.

Nada señala específicamente la legislación de contratos administrativos, a la que se remite el artículo 67.1 de la Ley Concursal en lo que atañe a los efectos del concurso sobre los contratos públicos. Solamente el artículo 225.4 del TRLCSP señala que, cuando el concurso hubiese sido calificado de culpable, «*se acordará la pérdida de la garantía*». Sin embargo, esta previsión podría impedir la resolución contractual por mutuo acuerdo. El artículo 223.b) del TRLCSP, en ningún momento vincula la concurrencia de la causa de resolución a la calificación o no del concurso, sino exclusivamente a la apertura de la fase de liquidación o a un momento anterior si no se han prestado las correspondientes garantías. Sin embargo, si se admitiese la posibilidad de resolver por mutuo acuerdo en estos casos, podría entenderse defraudada la prohibición de llegar a «*transacciones solapadas*» de incumplimientos culpables del contratista. Aunque estos no se refieran al propio contrato, indudablemente le afectan por haber alcanzado la situación de insolvencia. Ya hemos argumentado que lo relevante en esta sede no es la imputabilidad de la causa de resolución, sino su responsabilidad.

En consecuencia, salvo que la situación concursal genere otra causa de resolución imputable al contratista (por ejemplo, incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales), sí podría resolverse el contrato por mutuo acuerdo, siempre y cuando no se haya abierto la fase de liquidación, o no habiéndose abierto el contratista no prestare garantías suficientes, existiendo dudas razonables en el caso de que por entonces el concurso no se haya califi-

cado como culpable; y, claro está, siempre que concurran el resto de los requisitos para proceder a esta vía de extinción contractual, *i.e.*, existencia de razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato (y en el caso de las concesiones de obras públicas, que la concesión no se encuentre sometida a secuestro acordado por infracción grave del concesionario).

EXISTENCIA DE RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO QUE HACEN INNECESARIO O INCONVENIENTE LA PERMANENCIA DEL CONTRATO DE CUYA RESOLUCIÓN SE TRATA

1. La causa de toda contratación pública es el interés público. En consecuencia, la finalización de esa relación contractual también ha de estar informada por la misma causa. Ello supone que cuando se baraja la resolución de un contrato público por mutuo disenso es precisa la valoración del caso concreto, a fin de ver si la causa resolutoria que provoca el mutuo acuerdo tiene la entidad suficiente para exigir la resolución. Es decir, no basta con la conducta leal y correcta de ambas partes, sino que exige un análisis objetivo causal, que permita sostener por caso la concurrencia de circunstancias objetivas o causas excepcionales que permitan concluir que parece «*innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato*» (Dictamen núm. 55.008/1990, de 14 de julio, y núm. 54.371/1990, de 25 de enero).

De esta forma, los órganos consultivos han llegado a considerar que el interés público no demandaba la permanencia de un contrato cuando la paralización de las obras fue consecuencia de la inadecuación del proyecto mismo y cuando el contratista aceptó la propuesta de liquidación formulada por la Administración contratante (Dictamen del Consejo de Estado núm. 55.008, de 14 de julio de 1990), o cuando una concesión ha devenido inviable desde la perspectiva económico-financiera no imputable a la concesionaria (Dictámenes núm. 95/2010 y 96/2010, de 11 de febrero de 2010, 1010/2010, de 4 de noviembre de 2010, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana).

En fin, también ha informado el Consejo de Estado que «*es perfectamente comprensible que una ajustada valoración del interés público puede respaldar no sólo la conveniencia de resolver el contrato, sino también la de hacerlo por mutuo acuerdo, atribuyendo una mayor eficacia expeditiva a tal acuerdo y resaltando incluso su utilidad preventiva de incidentes y controversias*» (Dictamen núm. 1022/1992, de 17 de septiembre).

2. Las anteriores consideraciones se han vertido en relación con contratos administrativos, pero son igualmente extrapolables a los contratos públicos de naturaleza privada, toda vez que así lo exige no solo un principio general de actuación de las entidades que conforman el sector público, sino también expresamente el artículo 25.1 del TRLCSP: «*En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración*».

REQUISITOS FORMALES PARA LA RESOLUCIÓN POR MUTUO DISEÑO

1. La normativa aplicable al procedimiento que ha de seguirse para alcanzar la resolución por mutuo acuerdo de un contrato administrativo está conformada por el TRLCSP y por el RGLCAP, al que aquel se remite en el artículo 224.1; y, por lo que atañe al contrato de concesión de obras públicas, el artículo 270.1, también del TRLCSP.

De conformidad con el artículo 109 del RGLCAP, la resolución del contrato, también por mutuo acuerdo, exigirá la correspondiente sustanciación de un procedimiento administrativo a tramitar por la Administración contratante, que puede ser iniciado de oficio o a instancia del propio contratista, pero siempre resolverá el órgano de contratación o al que atribuya la legislación específica esta competencia para el ejercicio de esta prerrogativa, según los artículos 210, 224.1 y 249.1.d) del TRLCSP.

En dicho procedimiento han de observarse, al menos, los siguientes trámites:

(i) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio. Esta audiencia al contratista ha de ponerse en relación con las disposiciones de la Ley Concursal si el contratista se encuentra en situación de insolvencia.

Conforme al artículo 40 de la Ley Concursal, referido a las facultades patrimoniales del deudor (en este caso contratista) en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de estas a la intervención de la administración concursal, mediante su autorización o conformidad.

Por el contrario, en caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por la administración concursal. Es decir, la audiencia al contratista supone la comparecencia en el procedimiento administrativo de la administración concursal a título principal si se ha declarado la sustitución o para comunicar su autorización o conformidad para el caso de que las funciones de dicha administración concursal sean de mera intervención.

(ii) Informe del servicio jurídico de la Administración contratante.

(iii) También prevé el artículo 109 del RGLCAP la sustanciación de un trámite de audiencia para el avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

Debe decirse que el artículo 109 del RGLCAP también exige la necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, pero solo cuando se formule oposición por parte del contratista, lo que no ha de ser el caso precisamente por la naturaleza paccionada de esta resolución contractual.

2. Y, por último, planteamos una cuestión: ¿el juez del concurso ha de autorizar la resolución del contrato?

Ciertamente, el artículo 67.1 de la Ley Concursal dispone que «*los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se registrarán por lo establecido en su legislación especial*». Ahora bien, el artículo 43.2 de la Ley Concursal prevé que «*hasta la aprobación judicial del convenio, o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez*».

Considerando que la resolución por mutuo acuerdo puede interpretarse como una especie de enajenación de derechos del contratista (por ejemplo, el derecho a ejecutar el contrato), podría plantearse la necesidad no solo del acto administrativo de resolución de consenso, sino también de autorización del juez del concurso. Ahora bien, también podría sostenerse con cierto fundamento que el primero de los preceptos excluye en puridad la aplicabilidad del segundo, y respecto de los contratos administrativos no es preciso que el acto de la Administración sea revisado por el juez ordina-

rio. Sin embargo, dejar al arbitrio de la Administración (que, desde la perspectiva del concurso, no es más que otro contratante del deudor) la disposición de derechos del contratista-deudor pugna con la teleología de la tutela judicial de la masa. Quizá por este motivo, la práctica judicial disponible está sujetando este tipo de actos a la autorización del juez del concurso, sin perjuicio de la necesaria formalización de la resolución por mutuo acuerdo a través de un acto administrativo.

Por lo demás, esta discusión no se plantea respecto de los contratos públicos de naturaleza privada. Respecto de estos, rige la Ley Concursal en toda su extensión por ministerio del artículo 67.2 de dicha norma. En consecuencia, la resolución paccionada de estos contratos no ha de seguir (salvo que lo pacten las partes) el procedimiento señalado para los contratos administrativos, pero sí precisará de la autorización del juez del concurso.

EFFECTOS Y CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN POR MUTUO ACUERDO

Según los artículos 225.1 y 271.6 del TRLCAP, «cuando el contrato se resuelva por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente pactado entre ellas».

No obstante, «en todo caso, el acuerdo de resolución, contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía, que, en su caso, hubiese sido constituida». Sin embargo, como se ha anticipado anteriormente, sí «se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable» (artículo 225.4, *in fine*, del TRLCSP).

Ahora bien, si nada se dice al respecto, el Consejo de Estado ha declarado que «si la resolución se efectuase por mutuo disenso, no debe producirse la pérdida de la fianza, ya que ni existe acuerdo sobre este punto entre las partes, ni en este supuesto puede afirmarse que el contrato se resuelva por culpa del contratista, debiendo, además, señalarse que, en cuanto a los efectos económicos del mutuo disenso, la Ley de Contratos del Estado (art. 53) se remite “principalmente a lo válidamente pactado entre la Administración y el contratista”» (Dictamen núm. 37.294/1970, de 25 de noviembre).

Pero no solo deberá señalarse lo que proceda respecto de la garantía. El Consejo de Estado ha dictaminado que «la resolución del contrato por mutuo

disenso no excluye la posibilidad de que la Administración deba indemnizar al contratista de los daños y perjuicios derivados de incumplimientos contractuales de la propia Administración» (Dictamen núm. 476.597/1984, de 5 de julio). A esto se refiere el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del actual Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (JCCA), cuando señala que «es precisamente el acuerdo de resolución donde deben adoptarse por la Administración decisiones tan relevantes como son la aprobación de la liquidación final, las indemnizaciones que, en su caso, acredita a su favor el contratista y la devolución de la fianza» (Informe núm. 4/73, de 31 de marzo). Según el Informe de la JCCA núm. 5/71, de 11 de marzo de 1971, «las liquidaciones definitivas con saldo favorable al contratista pueden ser aprobadas por los órganos de contratación, cuando así proceda, a los efectos de devolución de la fianza prestada en el plazo improrrogable de tres meses, con independencia de que exista o no crédito presupuestario idóneo para abonar el referido saldo».

No obstante lo anterior, debe tenerse presente que, tal como se ha declarado en el Informe de la JCCA núm. 12/85, de 7 de mayo, al respecto del ámbito de negociación posible en la resolución de un contrato por mutuo acuerdo, «no pueden tener cabida pactos o estipulaciones en contradicción con la vigente legislación de los contratos del Estado». Conforme a lo anterior, el acuerdo, que lógicamente habrá de contemplar la liquidación del contrato, no puede resultar contrario, según prevé el artículo 25.1 del TRLCSP, al interés público ni a los principios de buena administración.

Esta misma limitación es aplicable a todos los contratos públicos, por lo que deberá observarse también cuando se resuelva por mutuo acuerdo un contrato público de naturaleza privada.

Y una última consideración de carácter procesal: sobre cualquier controversia (tanto de aplicabilidad como de contenido y efectos) que se plantee en relación con la resolución consensuada de un contrato administrativo conocerá la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 19.2 del TRLCSP). No sucede así con los contratos de naturaleza privada, respecto de los que los conflictos que puedan surgir en esta sede serán conocidos por la jurisdicción civil o por las instituciones arbitrales a las que las partes hayan consentido someterse, para el caso de contratos suscritos por entidades del sector público que no tengan la condición de Administraciones públicas en el sentido antes visto del artículo 3.2 del TRLCSP

(artículo 50 del TRLCSP en relación con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).

CONCLUSIONES

El mutuo disenso es una causa de resolución de contratos públicos, ya sean de naturaleza administrativa, o de naturaleza privada.

En el primer caso, es preciso (i) que no concurra otra causa de resolución concurrente, y (ii) que existan razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. Respecto a la concesión de obras públicas, es además preciso que no esté sometida a secuestro acordado por infracción grave del concesionario.

La declaración de insolvencia o de concurso del contratista no impide *per se* el que se pueda resolver el contrato administrativo en que se haya incurrido el contratista. Para que sea impeditivo es preciso que el concurso haya entrado en fase de liquidación o que el contratista preste las garantías suficientes a juicio de la Administración para su ejecución. Si no concurre alguna de estas circunstancias, la Administración deberá necesariamente resolver el contrato por culpa del contratista.

El procedimiento para la extinción del contrato por mutuo acuerdo podrá iniciarse de oficio o a instan-

cia del contratista, y en él habrá de recabarse el oportuno informe de los servicios jurídicos de la Administración contratante, así como sustanciar trámite de audiencia con el contratista, con autorización o conformidad de la administración concursal, si el concurso es voluntario; si el concurso es necesario, el trámite de audiencia ha de sustanciarse con la administración concursal. Y es más que probable que sea preciso igualmente recabar la autorización del juez del concurso, conforme prevé la legislación concursal, autorización en todo caso precisa para la resolución de los contratos públicos de naturaleza privada.

En la extinción del contrato por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas, siempre y cuando no se contravenga la legislación vigente, el interés público ni los principios de buena administración. Esta limitación es igualmente exigible en el caso de la resolución por mutuo acuerdo de los contratos públicos de naturaleza privada, presididos por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, tanto en la procedencia de resolver el contrato por mutuo disenso como en la de condicionar dicha resolución a determinadas condiciones y en la de dotarla de los efectos que válidamente estipulen.

RAMÓN VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA*

* Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).