

LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS POR MUTUO ACUERDO

Por

ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA

SUMARIO: I. Problema terminológico: rescisión o resolución.—II. La extinción del contrato administrativo por mutuo acuerdo con anterioridad a la Ley de Contratos del Estado de 1965.—III. La resolución por mutuo acuerdo en la vigente legislación sobre Contratos del Estado: a) Desistimiento unilateral, resolución contractual potestativa y resolución por mutuo acuerdo. b) Requisitos para la resolución por mutuo acuerdo. c) Efectos y límites de la resolución por mutuo acuerdo.

I. PROBLEMA TERMINOLÓGICO: RESCISIÓN O RESOLUCIÓN

La primera cuestión que se suscita al abordar el examen de las causas de extinción de los contratos administrativos es el problema terminológico. Es fácil constatar la evolución que ha existido a este respecto desde los textos legales decimonónicos hasta nuestra vigente legislación.

En efecto, tradicionalmente, al menos en el ámbito administrativo, se utilizaba en los textos legales el concepto «rescisión» para referirlo de manera omnicomprendiva a las diferentes formas de extinción del contrato (*). Así, por ejemplo, en el Pliego de Condiciones Generales para las Contratas de Obras Públicas de Caminos, Canales y Puertos, aprobado por Real Orden de 18 de marzo de 1816, se preveía en su artículo 19 que, cuando el contratista procediera con demasiada lentitud y no hubiera obedecido el término que al efecto se le hubiera señalado para realizar la obra, podría la Administración optar entre continuar las obras por administración a cuenta del asentista, o bien «rescindir» la contrata para continuarlas, ya sea por la Administración, ya sacándolas nuevamente a subasta. En su artículo 38 afirmaba, asimismo, que si el empresario dejase de cumplir su contrata en el tiempo estipulado, quedaría de hecho «rescindida», sin que tenga derecho para hacer la menor reclamación.

En el Pliego de Condiciones Generales para las Contratas de Obras Públicas, aprobado por Real Decreto de 10 de julio de 1861, se

(*) Vid., a este respecto, J. GASCÓN HERNÁNDEZ, *Rescisión y resolución de los contratos administrativos*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 8, 1942, págs. 243-266.

dedicaba el Capítulo V a los «Casos de rescisión», entre los que se incluían la muerte del contratista, la modificación del presupuesto, la suspensión indefinida de las obras, el aumento notable de los precios y el incumplimiento de los plazos por parte del contratista (arts. 49 a 60). En un sentido similar se mantuvo un Capítulo dedicado a los «Casos de rescisión» en el Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas aprobado por Real Decreto de 11 de junio de 1886.

De igual forma, en el Capítulo V (también denominado «Casos de rescisión») del Pliego de Condiciones Generales aprobado por Decreto de 13 de marzo de 1903, se incluían diversos supuestos de extinción del contrato. De esta manera, se preveía la «rescisión por fallecimiento o quiebra del contratista» (art. 50), «por no resultar conformidad entre el replanteo previo y su comprobación» (art. 51), «por variaciones hechas en las obras antes o después de comenzadas» (art. 52), «por no ser posible comenzar las obras» (art. 53), «por tener que suspender las obras después de principiadas» (art. 54) o «por no ejecutar las obras en el plazo estipulado» (art. 55).

El término «rescisión» era utilizado normalmente también por la jurisprudencia (fundamentalmente anterior a la vigente Ley de Contratos del Estado) (1) al abordar supuestos de extinción de contratos administrativos por mutuo acuerdo (respecto de los que no existía previsión alguna) (2).

Dicho término «rescisión» se ve, sin embargo, posteriormente sustituido por la utilización uniforme del vocablo «resolución», para referirlo en general a los casos de extinción de los contratos. En este sentido, el artículo 52 de la vigente Ley de Contratos del Estado se refiere a las «causas de resolución del contrato de obras», e incluye los diversos supuestos de extinción del mismo (3).

Como ha señalado VILLAR PALASÍ (4), las apuntadas vacilaciones en la terminología utilizada en el ámbito de la contratación administrativa son fruto de la servidumbre terminológica con que siempre se ha trabajado a partir del contenido específico que los conceptos

(1) Texto Articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril.

(2) Aunque, como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1965 (Ar. 4103), se habían venido empleando en ocasiones como sinónimos por el propio Tribunal ambos términos (rescisión y resolución) en el ámbito de la contratación administrativa.

(3) Concretamente, incumplimiento de las cláusulas, modificaciones del proyecto en los términos previstos en la Ley, suspensión definitiva, suspensión temporal por plazo superior a un año, muerte del contratista individual, extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, declaración de quiebra o de suspensión de pagos del contratista, mutuo acuerdo de la Administración y el contratista y aquellas otras previstas en el contrato o en la Ley.

(4) *Lecciones sobre contratación administrativa*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, págs. 283 y ss.

tienen en la doctrina civil. Señala el citado autor que «la rescisión administrativa no tiene por qué coincidir con la civil, y, dada su raigambre en nuestro Derecho, quizá no debió ser abandonada en la terminología legal» (5). En el ámbito civil el término «resolución» es utilizado en el Código Civil para referirlo, en las obligaciones recíprocas, a la extinción de la relación obligacional como consecuencia del incumplimiento de una de las partes (art. 1124). Los casos de rescisión están configurados legalmente en los artículos 1290 y siguientes del Código Civil.

Actualmente el citado problema terminológico (6) no constituye un aspecto, al menos en el ámbito del derecho administrativo, al que se le preste especial atención, debido fundamentalmente al hecho de encontrarse firmemente acuñada la utilización del término «resolución», tanto en nuestra jurisprudencia como en los vigentes textos legales.

II. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR MUTUO ACUERDO CON ANTERIORIDAD A LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 1965

Se impone ahora dilucidar si efectivamente la resolución de los contratos administrativos por mutuo acuerdo era o no posible antes de la Ley de Contratos del Estado de 1965. Debe observarse que, previamente a dicha Ley, no existía una regulación o previsión general del mutuo acuerdo como causa específica de extinción de los contratos en el ámbito administrativo.

A pesar de dicha ausencia de regulación, la jurisprudencia se mostró favorable a la posibilidad de que, por voluntad concurrente de las partes contratantes, pudieran extinguirse los contratos administrativos, aunque, según se verá más adelante, se debe al Consejo de Estado la elaboración más acabada de la doctrina del mutuo disenso como causa específica de extinción.

La jurisprudencia mantuvo también en el ámbito administrativo que lo estipulado en los contratos «es Ley especial para los contratantes y que debe cumplirse en el modo y forma en que por los mismos se haya establecido» (Sentencias de 7 de junio de 1869, 10 de marzo de 1871, 27 de marzo de 1871, 23 de mayo de 1871, 31 de mayo de 1871, 7 de mayo de 1892 y 4 de diciembre de 1897, entre

(5) *Ob. cit.*, pág. 284.

(6) En ocasiones se ha sostenido que, frente a la «rescisión» y a la «resolución», es más acertado hablar en estos casos de «revocación» (así, dictamen del Consejo de Estado de 5 de julio de 1962, expte. núm. 28900).

otras muchas). El consentimiento se erigía, por tanto, en «Ley suprema en la materia», de tal forma que se reconocía a las partes la posibilidad de prorrogar, modificar y variar los contratos por medio de nuevas condiciones no contrarias al Derecho y a las buenas costumbres (Sentencia de 17 de noviembre de 1873).

También se reconocía, en virtud del mutuo consentimiento, la posibilidad de extinguir la relación contractual misma. Cabe destacar en este sentido el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1910, en cuanto señalaba que «... se conceptúa novada o rescindida una obligación y, por tanto, sin efecto o anulada por otra segunda, cuando se varían las condiciones principales de la primera, o cuando por voluntad expresa de ambas partes contratantes, se declara terminantemente que el primitivo convenio queda sin efecto». De esta forma —prosigue la Sentencia—, «celebrado un contrato legalmente entre una Corporación Municipal y un particular, aun cuando se hubiese ajustado en un todo su otorgamiento a los preceptos establecidos por las Leyes Administrativas, y obtenida la aprobación de la Superioridad, ello no obstante, si ambas partes contratantes de común acuerdo convienen expresamente en anularle y dejarse sin efecto, queda la obligación extinguida, toda vez que la voluntad de las partes contratantes libremente concertada como requisito esencial de todo contrato tiene fuerza de Ley para los contratantes, principio que rige todo el Derecho contractual, lo mismo en el orden civil que en el administrativo» (7).

En definitiva, la admisibilidad de la extinción de los contratos, fruto del mutuo acuerdo, no es sino el resultado de concebir el consentimiento de las partes como «Ley suprema» en el ámbito contractual. Así, se admitía que por mutuo consentimiento de las partes contratantes pudieran establecerse cualesquiera condiciones en el contrato, siempre que no fueran opuestas a la moral y a las leyes (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1909), pudiendo celebrarse por mutuo acuerdo, con base en dicho principio, un «contrato de rescisión» (resolución).

No obstante, debe destacarse que tal admisibilidad de la resolución por mutuo disenso se veía ya entonces matizada —tal y como se prevé expresamente en la vigente legislación— por las características propias de los contratos administrativos, inspirados en el «bien público». De igual forma que la Administración no podía contratar arbitrariamente, sino que tenía que someterse a las reglas legalmente fijadas al efecto (Sentencias de 4 de diciembre de 1897 y 7 de

(7) Posición posteriormente reiterada, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1965 (Ar. 4103).

diciembre de 1910), no le era factible tampoco extinguir el contrato prestando su consentimiento sin más, sino que ello era posible siempre mediando el interés público, aspecto éste que se abordará más adelante por referencia concreta a la legislación vigente, en la que —se reitera— se plasma de manera expresa dicha exigencia de que el interés público aconseje la resolución por mutuo acuerdo.

Pero, como se dijo, ha sido el Consejo de Estado el que, con anterioridad a la Ley de Contratos del Estado citada, elaboró una doctrina más acabada sobre la admisibilidad (y requisitos exigibles) del mutuo disenso como causa de resolución de los contratos administrativos, doctrina que tuvo una indudable influencia en la redacción definitiva de los textos legales vigentes.

En efecto, en su dictamen de 15 de marzo de 1946 (expte. número 1642) sostuvo el Consejo de Estado que «... unánimemente se admite, desde luego, en caso de rescisión de un contrato administrativo y por ende de extinción del mismo el mutuo disenso de la Administración y del contratista en cuanto a la continuación de las obras, pues esta clase de contrato, como los restantes, pueden dejarse sin efecto por la voluntad conjunta de ambas partes...». Tras recordar en el dictamen el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1910, afirmaba que el mutuo disenso no estaba sujeto a ningún requisito que la Ley o la jurisprudencia hubieran establecido, siendo admisible siempre que concurrieran las voluntades de la Administración y el contratista.

No obstante lo anterior, a continuación el Consejo de Estado examinaba en el citado dictamen la conveniencia, en el caso concreto de que se trataba, de llegar a la «rescisión» por mutuo acuerdo, pues no existían razones de hecho que aconsejaran la continuación de las obras por ser «más conveniente para la Administración» (8), sino al contrario, dados los derechos que podía ejercitar el contratista de no llegarse a la «rescisión» por mutuo acuerdo (se trataba de modificaciones superiores al 20 por 100).

Esta doctrina fue posteriormente reiterada en el dictamen de 19 de enero de 1949 (expte. núm. 4298), en el que se señalaba que el contrato administrativo no pierde en esta esfera su específica naturaleza, y de acuerdo con ella, nace y se extingue por la voluntad conjunta de las partes.

Se observa, por tanto, cómo el Alto Organismo Consultivo, además de reconocer la admisibilidad de la «rescisión» por mutuo acuerdo, viene a establecer ciertas limitaciones, aun indirectamente, al entrar

(8) Resaltándose ya, por tanto, la prosecución del interés público como legitimador para la prestación del consentimiento por la Administración.

precisamente en el examen de la *conveniencia* —desde el punto de vista del interés público— de llegar a la extinción contractual por mutuo acuerdo (requisito que, como se dice, se encuentra expresamente exigido en la actualidad).

En cualquier caso, cabe destacar que, con independencia del avance que en este ámbito supusieron los citados dictámenes números 1642 y 4298, es en el dictamen de 5 de julio de 1962 (expte. número 28900), en el que se recoge de una manera más desarrollada la posición sustentada por el Consejo de Estado. En efecto, en la Comunicación solicitando el citado dictamen se resaltaba que el mutuo disenso entre la Administración y el contratista no se hallaba explícitamente admitido por norma alguna y, sin embargo, se estimaba como muy conveniente en los contratos si la rescisión resultaba beneficiosa para los intereses generales. Con tal planteamiento, y teniendo en cuenta la posibilidad de aplicación del derecho común al ámbito administrativo (arts. 60 de la Ley de Administración y Contabilidad y 16 del Código Civil), se solicitaba la emisión del dictamen del Consejo de Estado acerca de si, en los casos en que los contratistas se hallen dispuestos y convenga al Ministerio por el interés público, pueden rescindirse los contratos por mutuo disenso.

Pues bien, el Consejo de Estado, tras recordar en su citado dictamen 28900 que dicha figura jurídica (rescisión por mutuo acuerdo) fue admitida ya en el Derecho Romano, al amparo del principio *unde consensus oblitatio, contrario consensu dissolvitur*, y que en el Derecho común ha sido admitido por vía jurisprudencial (aunque no aparezca relacionado específicamente en el art. 1156 del Código Civil), sostuvo la admisibilidad, en principio, de la rescisión del contrato administrativo por consentimiento mutuo (aplicando de manera supletoria el derecho común al ámbito administrativo).

No obstante, sostuvo el Consejo de Estado que tal vía de rescindir los contratos administrativos tenía las siguientes limitaciones:

— Los *sujetos* deben ser los mismos que los que dieron vida al contrato primitivo. En concreto, en cuanto a la Administración, ha de proceder del mismo órgano administrativo competente para adjudicar definitivamente el contrato objeto de «revocación» (así se califica en el dictamen).

— En cuanto al *acto* «revocatorio», en aplicación del principio de identidad o correspondencia del *contrarius actus*, debe quedar sujeto a iguales requisitos de forma que para la formalización del contrato administrativo original; al menos es indispensable que conste la conformidad por escrito del contratista en los términos en que se pacte la rescisión.

— Es *constitutivo* el acto «revocatorio» que produzca el *contrarius consensus* de la Administración y del contratista.

— En cuanto al *tiempo*, hay dos límites teóricos claves: uno inicial, constituido por la formalización del contrato, si es ésta necesaria en razón a su cuantía, o por la adjudicación definitiva, en otro caso; y otro final, que se concreta en la total ejecución de las obras contraídas por el contratista: terminación de la obra o del suministro pactados.

Ahora bien, la operatividad de estos límites —señala el Consejo de Estado— a los fines de la admisibilidad de la rescisión por mutuo acuerdo, en los casos concretos que puedan plantearse, no es absoluta, sino que ha de ponerse en relación necesariamente con los fundamentos invocados para la rescisión y con los efectos pretendidos para el acto revocatorio. En este sentido, en cuanto a los fundamentos invocados, sostiene el Consejo de Estado que la causa última de la rescisión por mutuo acuerdo debe ser siempre el interés público, debidamente justificado en el expediente. No es admisible, sin embargo, la rescisión convenida, salvo en supuestos muy excepcionales de interés público, cuando el fundamento concreto invocado para aquélla sea el incumplimiento del contrato por el contratista, puesto que, de otro modo, el interés público padecería mucho más con la solución que se pretende que con los inconvenientes de lentitud operativa que pueden existir en la adjudicación de los contratos administrativos.

— Por lo que se refiere a los *efectos* de la rescisión por mutuo acuerdo, afirma el Consejo de Estado que el objeto del acto revocatorio no es sólo la extinción del contrato original, sino que se extiende a la regulación pactada de la eficacia del mismo; y que estos efectos pactados para la admisibilidad de la rescisión convenida han de ser favorables para el interés público, considerada en su conjunto la causa o función económico-social del acto revocatorio que se contemple en concreto.

— Respecto al *procedimiento*, sostenía el Consejo de Estado la procedencia de oírsele, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 17.5 de la entonces vigente Ley Orgánica (9).

Esta doctrina fue sustancialmente reiterada en los dictámenes de 18 de junio de 1964 (expte. núm. 32753), 10 de junio de 1965 (expte.

(9) La Ley Orgánica de 25 de noviembre de 1944, del Consejo de Estado, disponía en su artículo 17.5 que la Comisión Permanente sería oída en los asuntos relativos a la «interpretación, resolución y rescisión de los contratos administrativos, salvo aquellos que por su trascendencia juzguen el Jefe del Gobierno o el Presidente del Consejo de Estado conveniente oír el informe del Consejo de Estado en Pleno».

núm. 33965), 4 de noviembre de 1965 (expte. núm. 34536), 9 de diciembre de 1965 (exptes. núms. 34574, 34575 y 34576), 10 de marzo de 1966 (expte. núm. 34701) y 16 de octubre de 1969 (expte. núm. 36619), entre otros.

III. LA RESOLUCIÓN POR MUTUO ACUERDO EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS DEL ESTADO

La situación actual viene dada por el contenido de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975. La Ley contiene previsiones explícitas respecto al mutuo acuerdo de la Administración y el contratista como causa de resolución de los contratos. Concretamente, en los artículos 52.7 y 53, párrafo 4 (contratos de obras), y 75.7 (contratos de gestión de servicios públicos). En el Reglamento General de Contratación del Estado se refieren a la resolución por mutuo acuerdo los artículos 157.7 y 166 (contratos de obras), 223.7 (contratos de gestión de servicios públicos) y 273.7 (contrato de suministro).

a) *Desistimiento unilateral, resolución contractual potestativa y resolución por mutuo acuerdo*

Previamente al examen de los requisitos actualmente exigibles para hacer operativa la resolución por mutuo acuerdo, se impone distinguir entre el desistimiento unilateral, la resolución contractual potestativa y la resolución por mutuo acuerdo. Estas categorías se confunden a veces en la práctica.

El desistimiento unilateral de las obras por parte de la Administración tiene los mismos efectos que la suspensión definitiva de las mismas (art. 162, párrafo 4, del Reglamento de Contratación del Estado), es decir, el contratista tendrá derecho en tales casos al valor de las obras efectivamente realizadas y al beneficio industrial de las dejadas de realizar (10).

(10) Me refiero, como se ve, al desistimiento unilateral de la Administración, no al del contratista, pues el desistimiento unilateral de éste tendría, en principio, el tratamiento del incumplimiento por culpa suya, con los efectos anejos de pérdida de la fianza y abono de daños y perjuicios.

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina del Consejo de Estado sostienen que no le es dable al contratista paralizar unilateralmente las obras (menos aún desistir, lo que supondría una paralización unilateral definitiva), ni aunque existan discrepancias en la ejecución del contrato, pues tales discrepancias deben solventarse a

La resolución potestativa concurre cuando la legislación permite a la Administración, al contratista o a ambos indistintamente, instar la extinción del contrato. Así acaece, por ejemplo, en casos de modificaciones del proyecto, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial (art. 161 del Reglamento mencionado). En estos casos, cualquiera de las partes contratantes, si se cumplen los requisitos citados, «deberá allanarse a la resolución cuando la otra parte reclame su derecho a la misma».

La resolución por mutuo acuerdo, en cambio, comporta la confluencia del consentimiento de ambas partes contratantes, para dejar sin efecto el contrato vigente.

Sin perjuicio de la obligada adherencia al fin público que en los tres casos (en realidad en cualquier situación administrativa) debe presidir la prestación del consentimiento por parte de la Administración, destacan las diferencias existentes entre las tres categorías jurídicas citadas. Así, frente al carácter eminentemente bilateral de la resolución por mutuo acuerdo (11), el desistimiento de las obras por la Administración es, en cambio, unilateral, dependiendo, por tanto, exclusivamente de la voluntad de ésta (ello sin perjuicio —se insiste— del interés público que deba salvaguardarse, en definitiva, al acordarse tal desistimiento, y a salvo también de los derechos económicos reconocidos al contratista en tales casos).

Por su parte, frente a la resolución potestativa se diferencia porque en ésta, además de que la decisión de resolver es adoptada exclusivamente por una de las partes contratantes (aunque se establezca expresamente en algún caso —art. 161 del Reglamento— el obligado «allanamiento» de la otra), únicamente es posible cuando concurren las circunstancias previstas al efecto, como son, por ejemplo, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del importe inicial, alteración sustancial del proyecto inicial (considerándose como tal, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten al 50 por 100 del importe del presupuesto) o la suspensión temporal superior a un año.

través de los procedimientos y vías legalmente existentes. En otras palabras, se niega legitimidad al contratista para paralizar unilateralmente las obras —como ocurre de hecho en ocasiones— como medida de presión para solventar tales discrepancias.

(11) Como se abordará más adelante, constituiría una *contraditio in terminis* sostener la posibilidad de que una de las partes contratantes imponga a la otra el mutuo acuerdo.

Como digo, no siempre son distinguidas dichas categorías jurídicas en la práctica, tildándose indebidamente como resolución por mutuo acuerdo lo que en realidad es una resolución potestativa ejercitada por una de las partes contratantes a la que se allana la otra, o lo que constituye propiamente un desistimiento unilateral de la Administración —una vez el contratista ha «asumido» (12) tal desistimiento y sus efectos—.

b) *Requisitos para la resolución por mutuo acuerdo*

El requisito fundamental para que sea operativo el mutuo acuerdo como causa de resolución contractual (también en el ámbito administrativo) consiste en la imprescindible convergencia de la voluntad del contratista y de la Administración (13).

De igual forma que se perfecciona el contrato administrativo por la concurrencia de las voluntades de las partes contratantes, también será tal concurrencia precisa para dar vida a un contrato de signo contrario, como es el dirigido a extinguir el contrato inicial u originario (14). Sin embargo, el consentimiento, al menos del lado

(12) Cuando me refiero a que el contratista ha «asumido» el desistimiento unilateral de la Administración, quiero significar que no ha dependido de él tal desistimiento (que, como se dice, es unilateral de la Administración), si bien, una vez acordado por ésta, el contratista lo asume y conviene con ella el montante concreto de la indemnización procedente (en los términos previstos en el art. 162 del Reglamento General de Contratación del Estado). Dicha asunción no varía el carácter unilateral del desistimiento y, por ende, no permite calificar el supuesto —como en ocasiones indebidamente se pretende— como una resolución por mutuo acuerdo.

No obstante, hay que reconocer que a veces en la práctica no es fácil deslindar ambas categorías, que se confunden o, en ocasiones, se transforman. En efecto, es posible que la Administración desista unilateralmente de las obras y que el contratista, ante tal desistimiento, no sólo lo «asuma» en el sentido expuesto, sino que incluso renuncie a las indemnizaciones que pudieran corresponderle como consecuencia de tal desistimiento unilateral de la Administración. En tal caso, se podría estar produciendo en realidad una transformación de lo que era causa inicial de la resolución (el aducido desistimiento unilateral) en una resolución convenida (por mutuo acuerdo). Así acaeció, por ejemplo, en el asunto resuelto por el dictamen del Consejo de Estado de 1 de junio de 1989 (expte. núm. 53357).

(13) Debe destacarse, no obstante, que suele ser concebido el mutuo acuerdo como causa de resolución con un cierto carácter de excepcionalidad (así, dictamen del Consejo de Estado 35823). Afirmó en este sentido el Consejo de Estado en su dictamen de 10 de marzo de 1989 (exptes. núms. 52451/52181/51522) que no cabe dar al mutuo acuerdo, como causa resolutoria, prioridad de aplicación, «preferencia a la que no es proclive la doctrina de este Consejo ni el artículo 166 del Reglamento de Contratos del Estado».

Por su parte, en el dictamen de 7 de diciembre de 1967 (expte. 35299) sostuvo el Consejo que el mutuo disenso debe ser aplicado con criterio restrictivo y con gran cautela, cuando no exista otro motivo de rescisión expresamente regulado (cabría matizar que cuando no exista otro motivo *imputable* al contratista).

(14) La doctrina científica viene manteniendo, efectivamente, que se trata de un contrato nuevo, cuyo objetivo es precisamente extinguir el originario. Así, HEDEMANN

de la Administración, no podrá prestarse libremente, sino que será necesario que se den determinadas circunstancias. El principio de autonomía de la voluntad se ve matizado por las especiales características de los contratos administrativos, de tal forma que, por disposición legal (15), se exige la concurrencia de otros requisitos, aparte de la voluntad, para que pueda operar el mutuo acuerdo como causa de resolución (dictámenes del Consejo de Estado de 22 de julio de 1982, expte. 44383, y 21 de mayo de 1987, expte. 50571). Conviene, por ello, hacer la siguiente distinción:

— Declaración de voluntad del contratista. Como ya se ha apuntado, la diferencia fundamental entre la causa de extinción contractual que examinamos y el desistimiento unilateral o la resolución potestativa radica precisamente en la necesaria concurrencia de la voluntad de ambas partes contratantes.

Es inadmisibles, y así se apuntó, pretender justificar la extinción de vínculos contractuales por «mutuo acuerdo» cuando en realidad viene impuesta tal extinción por una de las partes a la otra; el mutuo acuerdo no puede imponerse, lógicamente, por una parte a la otra (16). No es por ello adecuado encuadrar dentro de los casos de resolución «por mutuo disenso» aquellos de rescisión recíproca potestativa (17). Como señaló el Consejo de Estado en su dictamen de 18 de junio de 1964 (expte. 32753), el «acto revocatorio» en estos casos tiene carácter esencialmente bilateral. Se basa en el principio de autonomía de la voluntad, y si ésta no existe, no cabe imponerlo (el mutuo acuerdo) por vía legal (dictamen de 22 de julio de 1982, expte. 44383).

(*Tratado de Derecho Civil*, vol. III, Edersa, 1958, pág. 143) sostiene que se trata de un contrato nuevo independiente del anterior, de un contrato de resolución; ALBALADEJO (*Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, 3.ª ed., 1975) afirma que el mutuo disenso consiste en un nuevo contrato —atípico— de efectos contrarios al anterior; MONEDERO GIL habla de «contracontrato» (*Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, 1977); PUIG BRUTAU, recogiendo la opinión de SANCHO REBULLIDA, sostiene que el mutuo disenso implica un nuevo contrato de contenido contradictorio con el anterior, que supone la extinción del contrato (*Fundamentos de Derecho Civil*, tomo I, 2.ª ed., vol II, pág. 434). En un sentido similar se pronuncian, entre otros, MESSINEO (*Dottrina Generale del contratto*, 3.ª ed., Giuffrè, 1948, pág. 472) y DíEZ PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 1986, pág. 852).

(15) Aunque se reitera que antes de la Ley de Contratos del Estado de 1965 también se exigían, especialmente por el Consejo de Estado, determinados requisitos para que pudiera ser prestado válidamente el consentimiento por la Administración.

(16) Así se pronuncia, por ejemplo, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de septiembre de 1985 (Ar. 4294) y el Consejo de Estado en el dictamen de 17 de marzo de 1988 (expte. núm. 51627).

(17) Así lo hacía, por ejemplo, R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*, 2.ª ed., Madrid, 1945, pág. 196.

Debe destacarse que la autonomía de la voluntad del contratista es plena, de tal forma que en cualquier momento (dentro de la vigencia del contrato), y sin necesidad de mediar causa justificativa alguna, puede prestar su consentimiento para la resolución por mutuo acuerdo del vínculo contractual. Quiero resaltar con ello que, frente a lo que acontece con la Administración, el contratista puede renunciar (expresa o tácitamente) a los derechos que pueda reconocerle la legislación para el caso de incumplimiento de la Administración (art. 6.2 del Código Civil). Nada impide que si, efectivamente, la Administración no hubiera cumplido las cláusulas del contrato, el contratista, sin hacer uso de los derechos que le vienen reconocidos para tales casos, pueda prestar su consentimiento y resolver el contrato de común acuerdo con la Administración. Cuestión distinta —y se verá más adelante— son los límites materiales dentro de los cuales deben enmarcarse los pactos en los que se plasme dicha resolución por mutuo acuerdo.

— Declaración de voluntad de la Administración. Frente a lo que acontece con el contratista, la Administración únicamente podrá prestar su consentimiento (que deberá proceder del mismo órgano que acordó la adjudicación) para la resolución por mutuo acuerdo cuando concurren conjuntamente las dos circunstancias siguientes:

1. Inexistencia de causa de resolución imputable al contratista. En efecto, el artículo 166 del Reglamento General de Contratación del Estado dispone que la Administración sólo deberá prestar su consentimiento para la resolución del contrato por mutuo acuerdo cuando, «sin existir causas para la misma por culpa del contratista, razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato».

La Administración se ve compelida, en principio, por tanto, a resolver el vínculo contractual, cuando haya incumplido el contratista las cláusulas del contrato, exigiéndole la indemnización por daños y perjuicios procedente y con incautación de la fianza. Frente a la amplia libertad del contratista, la Administración no puede renunciar a los efectos previstos para el caso de resolución del vínculo contractual por culpa del contratista. La razón estriba en que, si así se actuara, se estaría perjudicando el interés público, ínsito en todo contrato administrativo. Constituye, en definitiva, una garantía de que la Administración no renunciará (indirectamente) a los derechos que le reconoce la legislación, quedando, por ende, salvaguardado dicho interés público.

No obstante, cabe resaltar que tal aseveración (imposibilidad de resolver el contrato por mutuo acuerdo cuando concurre una causa de resolución imputable al contratista) sirve de principio, que puede en la práctica llegar a verse moderado en sus efectos. Como tuve ocasión de abordar en otro lugar al referirme a las prórrogas tácitas en los contratos administrativos (18), es digna de elogio la labor realizada por el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado, que, a través de su jurisprudencia y doctrina, respectivamente, han ido matizando los efectos derivados de la aplicación rígida, formalista, de los principios reguladores de la contratación administrativa, pues un excesivo rigorismo formal podría desembocar en situaciones absurdas (y no siempre justas). De ahí la necesaria flexibilidad con que debe interpretarse la legislación sobre contratos, de tal forma que permita atemperar, cuando así lo requieran las circunstancias, los efectos derivados de una aplicación rígida y literal de las normas.

Esta flexibilidad, que obviamente no debe traducirse en un simple desconocimiento sin más de las normas, es también operativa en el ámbito que ahora interesa, es decir, en la resolución de los contratos por mutuo acuerdo. De esta manera, si en ocasiones el incumplimiento del contratista, aunque constatado, puede dar lugar a la resolución del contrato sin incautación de la fianza (o con una incautación parcial de la misma) atendiendo a las circunstancias particulares del caso (19), también cuando se trate de prestar el consentimiento por parte de la Administración para resolver por mutuo acuerdo el vínculo contractual, cabría atemperar la rigidez que significaría negar la posibilidad de prestar dicho consentimiento cuando concurriera, en cualesquiera circunstancias, un incumplimiento del contratista. Habría que ponderar el grado de incumplimiento y sus efectos, así como, en su caso, la posible concurrencia de culpas del contratista y de la Administración en el incumplimiento de las condiciones del contrato.

Ante todo, debe destacarse que no cualquier incumplimiento del contratista, por nimio que fuera, tendrá un efecto (potencial) de tanta trascendencia como para dar lugar a la resolución del contrato por culpa del mismo, con sus perniciosas consecuencias anejas. Y si el incumplimiento de éste no fuera de suficiente entidad como para

(18) Consideraciones sobre el plazo en los contratos administrativos de obras en el núm. 60 de esta REVISTA, 1988.

(19) Vid. en este sentido, entre otros, los dictámenes del Consejo de Estado de 19 de octubre de 1989 (expte. núm. 52254) y 7 de noviembre de 1991 (expte. 1363/91). En este último se estimó procedente moderar la pérdida de la fianza, ya que el contratista había ejecutado el 98,5 por 100 de la obra (alrededor de 271 millones de pesetas), quedando únicamente por ejecutar obra por valor aproximado de 4 millones de pesetas.

justificar la resolución del contrato, nada impediría, a mi juicio, llegar a la resolución del vínculo contractual por mutuo acuerdo en tal caso.

Cabe traer a colación a este respecto la Sentencia de 23 de noviembre de 1988 (Ar. 9199), en la que el Tribunal Supremo, tras recordar el contenido de sus Sentencias de 16 de octubre de 1984 (Ar. 5655) y 9 de octubre de 1987 (Ar. 8324), mantuvo que no todo incumplimiento puede generar la resolución contractual, sino que ello debe contemplarse en cada caso, atendidas las circunstancias de toda índole que concurran, para dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos, haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista, y en qué casos se trata de meros retrasos, de desfases o desajustes en modo alguno reveladores de tal voluntad de no cumplir lo pactado.

En un sentido similar se pronuncia el Consejo de Estado. En efecto, en su dictamen de 26 de abril de 1984 (expte. núm. 46236) señaló que «el mutuo acuerdo puede operar cuando no existe incumplimiento del contratista, al menos en las *prestaciones esenciales...*». Y en su dictamen de 5 de julio del mismo año (expte. número 46597) afirmó que para enervar el mutuo disenso como causa de resolución del contrato, con arreglo al artículo 166 del Reglamento, no basta con localizar cualquier incumplimiento del contratista, sino que ha de tratarse de un incumplimiento que justifique la resolución de acuerdo con la legislación de contratos.

En cualquier caso, la apuntada moderación —y consiguiente admisibilidad de la resolución por mutuo acuerdo— deberá aplicarse caso por caso, de manera excepcional, evitando generalizaciones y partiendo siempre del principio de que únicamente le está permitido a la Administración prestar su consentimiento para la resolución por mutuo acuerdo cuando el contratista haya sido fiel cumplidor de las cláusulas contractuales pactadas (20) (salvo que, en el

(20) Como señaló el Consejo de Estado en su Memoria correspondiente al año 1986, en ocasiones se percibe que la propuesta resolutoria (en los expedientes administrativos) hace abstracción de la eventual concurrencia de causa resolutoria imputable al contratista, bien porque se prescinda de verificar la situación para comprobar la existencia o no de tal causa, bien porque se arguya la fuerza del interés público invocado para propiciar la extinción del contrato en la forma más rápida y menos problemática. La valoración del interés público —señala el Consejo— en forma alguna legitima la tolerante admisión de una propuesta administrativa así formulada.

En realidad, podría decirse que una cosa es aceptar una cierta flexibilidad en la aplicación concreta del artículo 166 del Reglamento (tal y como se ha expuesto), y otra distinta hacer abstracción sin más de una posible causa de resolución imputable al contratista.

sentido expuesto, el incumplimiento no fuera de suficiente entidad como para ocasionar la resolución contractual por culpa del contratista).

2. El segundo requisito consiste en que razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. La prosecución del interés público es, por ello, el que fundamentalmente justifica que la Administración preste su consentimiento para dejar sin efecto el contrato. No sirven razones distintas, o intenciones más o menos inconfesables.

El Consejo de Estado realiza a este respecto una importante labor fiscalizadora, oponiéndose al emitir su dictamen (21) a la viabilidad de resoluciones por mutuo acuerdo cuando no exista una justificación objetiva suficiente para llegar a tal efecto (22). No cabe invocar pura y simplemente el artículo 166 del Reglamento General de Contratación del Estado como pretendida justificación para la resolución por mutuo acuerdo, pues, como se dice, es preciso invocar las razones de interés público que justifiquen tal resolución (dictámenes del Consejo de Estado de 17 de marzo de 1966, expte. núm. 34714; 6 de mayo de 1982, expte. núm. 44145, y 21 de mayo de 1987, expte. núm. 50571), sin que sea admisible encubrir a través de tal vía «transacciones solapadas» (ditamen de 4 de diciembre de 1975, expte. núm. 40100). El Consejo de Estado, en su Memoria citada correspondiente al año 1986 (pág. 108), recordó que la convicción positiva de la Administración contratante acerca de que el mantenimiento del vínculo contractual, considerado en sí mismo y en sus efectos, resulta innecesario o inconveniente, ha de asentarse en una rigurosa valoración del interés público o de las circunstancias de excepción que puedan concurrir.

(21) El dictamen del Consejo de Estado no está previsto con carácter preceptivo específicamente para los supuestos de resolución por mutuo acuerdo. Por tanto, deberá emitirlo (con independencia de que facultativamente pueda solicitarse en cualquier caso por órgano legitimado) en los casos previstos en el artículo 22.11 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, puesto en relación con el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado.

(22) Debe destacarse que la exigencia de una justificación objetiva suficiente no es sólo predicable de los casos en que se pretenda una resolución por mutuo acuerdo, sino también, por ejemplo, en aquellos otros en los que la propia legislación reconozca el derecho de las partes contratantes (por tanto, también de la Administración) para instar la resolución del contrato. En estos casos, aunque el contratista goce de total libertad, la Administración se encuentra compelida también por la adherencia al fin público que caracteriza su actuación, especialmente cuando se trata de contratos administrativos, de tal forma que, aunque, *verbi gratia*, se produjeran alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del importe inicial, la Administración no podría sin más optar por la resolución del contrato, sino que tal decisión debería ineludiblemente fundamentarse en razones de interés público.

Obviamente, las causas que pretendan justificar, desde el punto de vista del interés público, el carácter innecesario o inconveniente de la permanencia del contrato podrán ser diversas, y su suficiencia dependerá en cada caso. No obstante, puede afirmarse que, al menos en principio, constituiría suficiente justificación —y así viene reconociéndose en numerosos casos en los que se ha planteado— para que la Administración pueda prestar su consentimiento el hecho de que se produzca un ahorro económico para ésta. De esta forma, por ejemplo, concurrirían razones de interés público para la resolución de mutuo acuerdo cuando el contratista, a través de dicha vía específica de resolución, estuviera renunciando (expresa o tácitamente) a su derecho a solicitar ser indemnizado por daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento por la Administración de las cláusulas contractuales. Así lo ha entendido el Consejo de Estado en numerosos dictámenes, entre los que cabe destacar los siguientes: de 4 de diciembre de 1975, expte. núm. 40100 («... habiendo transcurrido ya con exceso el plazo para la resolución con indemnización. De ahí que sea de interés público el ahorro de tal indemnización al Tesoro Público»); de 14 de enero de 1988, expte. núm. 51308 (la conveniencia de interés público resulta de modo evidente ante el contraste de las cifras a que tendría derecho eventualmente la contrata —indemnización del 3 por 100 del precio de adjudicación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 127 del Reglamento General de Contratación del Estado— y la cantidad a que se ha llegado por mutuo acuerdo), y de 23 de mayo de 1989, expte. núm. 53345 («el interés público es evidente en este supuesto dada la ausencia de la indemnización que correspondería por incumplimiento de la Administración») (23).

También se ha considerado que concurría el interés público para la resolución por mutuo acuerdo cuando la prosecución de la obra supondría un mayor gasto para la Administración (dictamen de 12 de mayo de 1988, expte. núm. 51070), cuando razones técnicas apoyaban la extinción del contrato (dictamen de 27 de julio de 1987, expte. núm. 53655) o ante la imposibilidad sobrevenida o incluso por variación sustancial de las circunstancias bajo las cuales se adjudicó en su día el contrato, de tal forma que, aunque exista evidentemente una causa específica objetiva de extinción contractual, cabe dar paralelamente salida al problema a través de una

(23) En un sentido similar se pronuncian los dictámenes de 10 de abril de 1975 (expte. núm. 39725), 22 de mayo de 1975 (expte. núm. 39733), 10 de julio de 1975 (expte. núm. 39917), 13 de abril de 1989 (exptes. núms. 53253, 53254, 53255 y 53256) y 1 de junio de 1989 (expte. núm. 53357).

extinción paccionada (así lo sostuvo el Consejo de Estado en su dictamen de 23 de julio de 1987, expte. núm. 50438).

c) *Efectos y límites de la resolución por mutuo acuerdo*

A tenor de lo establecido en los artículos 53 de la Ley de Contratos del Estado y 166 de su Reglamento, cuando la resolución obedezca al mutuo acuerdo de las partes, «se estará principalmente a lo válidamente estipulado al efecto entre la Administración y el contratista».

Tal previsión es congruente con la propia naturaleza de la resolución por mutuo acuerdo, que, como se ha señalado, se instrumenta a través de otro contrato de signo contrario dirigido a dejar sin efecto el contrato inicial. Los pactos que a tal efecto establezcan la Administración y el contratista obviamente irán dirigidos a zanjar sus relaciones, existiendo una amplia libertad —constatada ya la viabilidad de que la Administración pueda prestar su consentimiento, es decir, que no concurren causas de incumplimiento imputable al contratista y que la prosecución del interés público aconseje la extinción del contrato— para fijar el alcance mismo de dichos pactos.

Ante todo, debe destacarse que el consentimiento preciso de las partes debe referirse precisamente a los términos concretos en los que se pacte la resolución, y no simplemente a una voluntad abstracta manifestada, favorable a la resolución por mutuo acuerdo (24).

Normalmente, en los mismos se contendrá el importe que la Administración deberá abonar por las obras realizadas, así como aquellas otras cuestiones relacionadas con materiales, maquinaria, fianza, etc. (25), entre los cuales podrán incluirse —y esto es importante resaltarlo— partidas indemnizatorias en favor del contratista o de la Administración.

(24) El Consejo de Estado mantuvo a este respecto en su dictamen de 18 de junio de 1964 (expte. núm. 32753) que tal requisito (que el consentimiento se refiera precisa y expresamente a los términos en que se pacte la resolución) viene exigido por la naturaleza misma del «acto revocatorio», dado que el *contrarius dissensus* ha de versar sobre los mismos términos que cualquier otro asentimiento bilateral destinado a crear, modificar o extinguir cualesquiera negocios jurídicos; por tanto, ha de referirse no sólo a la naturaleza misma del asenso en sí, sino también al objeto, causa y condiciones concretas y precisas sobre las que aquél haya de versar.

(25) Lo normal será que se pacte la devolución de la fianza al contratista. La resolución, por lo demás, tendrá efecto *ex nunc* (propio de los contratos de tracto sucesivo). Así, lo habitual, por ejemplo en los contratos administrativos de obras, consiste en pactar la devolución de la fianza y el abono al contratista de la obra efectivamente realizada, sin exigirse mutuamente indemnización por daños y perjuicios.

Efectivamente, la resolución por mutuo acuerdo en modo alguno es incompatible con que pueda reconocérsele a la Administración o al contratista, dentro de los pactos que regulen dicha resolución, el derecho a cobrar una indemnización por daños y perjuicios.

No obstante, la libertad de pactos en lo que al reconocimiento de indemnizaciones se refiere es de diversa intensidad, según se establezcan en favor de la Administración o del contratista. De esta manera, si la indemnización se acuerda en favor de la Administración, no existirá en principio límite alguno a la libertad de pactos (26). Sin embargo, la Administración no podrá reconocerle al contratista indemnizaciones superiores a las que derivarían de la resolución del contrato por incumplimiento de la propia Administración. El interés público que pretende salvaguardarse con las especiales cautelas y requisitos previstos en el artículo 166 del Reglamento General de Contratación del Estado, se vería sensiblemente perjudicado si, a través de la resolución por mutuo acuerdo, se produjeran efectos económicos más perniciosos para la Administración Pública que los que derivarían de su incumplimiento mismo. Es evidente que, al menos en principio, sería difícilmente sostenible que razones de interés público justifican la resolución por mutuo acuerdo cuando el coste final para la Administración va a ser superior al que derivaría de su incumplimiento contractual.

(26) Debe resaltarse que no es habitual que en las resoluciones contractuales por mutuo acuerdo se pacten partidas indemnizatorias en favor de la Administración, puesto que, aunque ello sea admisible, un requisito previo para llegar a tal resolución (con las matizaciones expuestas) será precisamente que el contratista no haya incumplido, de tal forma que normalmente no le interesará pactar indemnización alguna en favor de la Administración.