

**SOBRE LA CONCURRENCIA DE CAUSAS DE RESOLUCIÓN EN UN MISMO
CONTRATO ADMINISTRATIVO¹**

Ernesto García-Trevijano Garnica

Co-director de GTA Villamagna abogados

Letrado del Consejo de Estado español (excedente)

I.- Como tuve ocasión de exponer recientemente, la prolongada y profunda crisis económica que ha sufrido España, ha puesto a prueba determinadas figuras jurídicas. Su sometimiento a “pruebas de estrés” ha permitido percibir determinadas deficiencias en su configuración, cuando no han supuesto dinamitar lo que hasta entonces se consideraban posiciones pacíficas generalmente aceptadas. Los cambios de determinados hábitos también han ayudado a cuestionar y someter a profunda revisión posturas doctrinales hasta entonces no cuestionadas o incluso para abordar situaciones poco tratadas por la doctrina.

Un ámbito en el que se ha plasmado un radical cambio de hábitos es el de la contratación administrativa. Es fácil percibirlo si se atiende al escaso número de sentencias que existían antes de la crisis en comparación con la abundante actividad de contratación administrativa. La percepción general entonces era la de que no era buen negocio pleitear con el cliente, con la Administración Pública, aunque el contratista llevara aparentemente la razón. Esta conducta de no impugnar o cuestionar las decisiones de la Administración en el marco de los contratos, obedecía más a razones comerciales que jurídicas.

Esto ha cambiado como consecuencia de la crisis económica y de la regulación menos permisiva en materia de contratación administrativa, en particular en lo que se refiere al régimen de modificación de los contratos. La falta de disponibilidad de fondos públicos, la dificultad de arreglar las desavenencias mediante la aprobación de modificados y la situación económica muchas veces límite de las empresas del sector, han llevado a una proliferación de los conflictos entre contratista y cliente (la Administración), superándose en gran medida el miedo hasta entonces existente a molestar al cliente y a que ello pudiera repercutir, entre otros aspectos, en futuras licitaciones.

Actualmente en España proliferan todo tipo de pleitos relativos a la modificación, reequilibrio o resolución de los contratos administrativos. Pero obsérvese que este tipo de conflictos no solo surge porque el contratista tenga dificultades para ejecutar el contrato, sino también porque la Administración, ante la falta de disponibilidad de fondos e imposibilidad de mantener el ritmo de pagos, impone una mayor estancia en el emplazamiento o una alteración, a veces sustancial, de lo inicialmente pactado.

II.- En este clima de mayor conflicto, se producen entre las partes en el contrato (la Administración y el contratista) imputaciones recíprocas de incumplimiento. El contratista considera que la Administración ha incumplido y ésta considera lo mismo de aquél, y es ciertamente posible que ambos hayan incumplido el contrato. Es decir, pueden producirse situaciones de concurrencia de causas de resolución del contrato administrativo y que no todas

¹ Se trata del estudio publicado en la Revista peruana Derecho y Sociedad, edición Nº 44, año 2015, denominada “Derecho Administrativo: Contratación y Regulación”.

ellas lleven aparejadas los mismos efectos. Ello obliga a delimitar cuál es la causa de resolución a la que habrá que atender de forma prioritaria, aspecto esencial si se tiene en cuenta que de ello dependerá determinar cuál es la parte incumplidora así como los efectos derivados de la resolución del contrato.

El análisis de esta cuestión debe partir de las dos siguientes consideraciones preliminares:

- (i) No existe en la legislación española de contratación del sector público una regulación específica sobre la concurrencia de causas de resolución en la contratación administrativa.
- (ii) El Consejo de Estado ha establecido una consolidada doctrina –seguida por Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas– favorable a considerar de aplicación prioritaria la causa de resolución que aparezca antes en el tiempo, es decir, prioridad cronológica.

Atendiendo a estas dos consideraciones preliminares, podría inicialmente concluirse que la cuestión está ya resuelta, como tantas otras, por la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado. Pero si se profundiza podrá observarse inmediatamente que el problema es más complejo, y que sin demérito del principio de la prioridad temporal en la aparición de la causa de resolución del contrato a que se refiere el Consejo de Estado (paso importante en un ámbito huérfano de regulación específica), sin embargo la adecuada respuesta al problema requiere tener en cuenta otros aspectos. Me refiero esencialmente a la “activación” de la causa de resolución del contrato, elemento adicional, en mi opinión determinante, para decidir sobre la preferencia de la causa de resolución del contrato.

Para entender adecuadamente su importancia, es preciso aludir previamente a la citada doctrina de la prioridad temporal auspiciada por el Consejo de Estado.

En efecto, en su dictamen 47.892, de 4 de julio de 1985, sostuvo el Consejo de Estado que *"cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo"*. Y en la misma línea se expresan, entre otros, los dictámenes más recientes 681/2009 de 21 de marzo de 2009, 404/2010 de 29 de abril de 2010 y 408/2013, de 6 de junio de 2013. También los Tribunales de justicia la han asumido, como se refleja, por ejemplo, en la Sentencia núm. 45/2001 de 18 enero, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), cuando sostiene que *"Es cierto, como se afirma en la demanda, que la eventual concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo exige su decisión individualizada y en orden cronológico a su producción. De esta reiterada doctrina jurisprudencial (...)"*.

Ahora bien, esta doctrina, con ser importante, no resuelve todos los problemas, especialmente si se tiene en cuenta que las causas de resolución en el ámbito de la contratación administrativa no son, como regla general, de aplicación automática, sino que solo surtirán efectos si la parte perjudicada las “activa”, esto es, hace uso de ellas. Este es precisamente el *quid* de la cuestión: a mi juicio, es la prioridad en el tiempo de la “activación” (y no de la simple “aparición”) la que determina la causa de resolución del contrato que deberá aplicarse prioritariamente cuando concurren varias causas de resolución.

Obviamente, si se tratara de una causa de resolución de aplicación automática, entendida como aquella que despliega sus efectos por ministerio de la ley (con independencia de la voluntad de las partes) cuando se produce una determinada circunstancia, se entenderá “activada” en el

momento en el que se produzca dicha circunstancia que genera su aplicación. Si, como ocurre bajo derecho español, la entrada en la fase de liquidación del contratista declarado en situación de concurso de acreedores provoca *ex lege* la extinción del contrato administrativo, esta causa de resolución del contrato se habrá activado por ministerio de la ley en el mismo instante en el que se abra la mencionada fase de liquidación. Habrá que determinar entonces si se ha activado o no con carácter previo alguna otra causa de resolución distinta, con el fin concretar la causa que extingue el contrato y sus efectos asociados.

III.- En efecto, dispone el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) en su artículo 224.2 que *“La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato. En los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7”* (el apartado 7 establece que *“El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquél solo en los casos previstos en esta Ley”*)².

Por tanto, la regla general es que las causas de resolución no desplieguen sus efectos automáticamente, sino solo cuando se activa por aquella parte en el contrato a la que no le sea imputable dicha causa. Varios aspectos deben tenerse presentes:

1- Este régimen se aplica a ambas partes en el contrato (la Administración y el contratista), en el sentido de que ninguna de las dos podrá hacer uso de la causa de resolución que le sea imputable como instrumento para extinguir anticipadamente el contrato.

2- Ahora bien, si fuera el contratista el que quisiera activar la causa de resolución imputable a la Administración, deberá “instar” (como correctamente se refiere el precepto antes transcrito) la resolución del contrato con el fin de que sea el órgano de contratación el que lo acuerde si procede. Y si quien quiere activar la causa de resolución imputable al contratista es la Administración, deberá así declararlo tras la tramitación del oportuno procedimiento administrativo. Establece el artículo 224.1 del TRLCSPP que *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*.

Por tanto, sea quien fuere el que active la causa de resolución, siempre habrá que pasar, tratándose de contratos administrativos, por la fase previa del órgano de contratación, y si el contratista no

² El artículo 223 del TRLCSPP enumera las causas de resolución del contrato en los siguientes términos:

“a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85.

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112.

e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.

f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.

h) Las establecidas expresamente en el contrato.

i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley”.

está conforme con la decisión que éste adopte al respecto, podrá acceder ante los Tribunales de justicia.

3- La activación de las causas de resolución varía en la contratación administrativa respecto del derecho privado, en cuanto ahora interesa, en un doble aspecto:

- En la contratación administrativa no rige, o al menos no lo hace en toda su extensión, el principio *exceptio non adimpleti contractus*, en el sentido de que puede una de las partes en el contrato excusar su cumplimiento ante el incumplimiento de la otra parte. Esta matización se manifiesta especialmente del lado de la Administración, ya que el contratista no puede tomarse la justicia por su mano; es decir, un incumplimiento de la Administración, aunque sea palmario, no legitima al contratista para abandonar la ejecución del contrato o a adoptar otras medidas de presión que no estén expresamente previstas en la normativa, y si las adopta, la Administración podrá acordar la resolución del contrato por culpa del contratista a pesar de que la Administración también es incumplidora.

- Adicionalmente, debe observarse que el artículo 224.2 del TRLCSP dispone que “*la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma*”; no dice que la parte incumplidora no pueda instar la resolución del contrato, sino que no podrá instar dicha resolución por la concreta causa que le sea a él imputable, lo que es cualitativamente distinto. Ateniéndonos a la literalidad de la Ley, el incumplidor podrá instar (activar) una causa de resolución que no le sea imputable, y ello podrá hacerlo aunque se encuentre en incumplimiento y haya provocado otra causa de resolución a él imputable (y como tal, susceptible de ser activada por la otra parte en el contrato). Es aquí donde adquiere relevancia la activación y la prioridad en el tiempo, es decir, cuando existen causas de resolución cruzadas, imputables unas a una parte en el contrato y las otras a la otra parte en el contrato.

IV.- De lo hasta ahora expuesto se desprende un aspecto que considero relevante para sostener la prioridad de la “activación” (no de la simple “aparición”) en caso de concurrencia de causas de resolución del contrato administrativo: la existencia del incumplimiento o la circunstancia que genera la existencia de la causa de resolución, es requisito imprescindible pero no suficiente para decidir sobre la prioridad de la causa de resolución contractual.

En efecto, para que el contrato se extinga anticipadamente, deberá existir una causa de resolución, que deberá ser convenientemente probada por quien pretenda utilizarla³. Es imprescindible, pues, que exista materialmente la causa de resolución anticipada del contrato (incumplimiento del plazo por el contratista, prolongada demora en pago por la Administración etc), pero no suficiente, ya que su mera existencia no genera automáticamente la extinción del contrato. Y ello porque al tratarse de causas de resolución de utilización potestativa “*por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma*”, es perfectamente posible que la parte que podía activarla renuncie (expresa o tácitamente) a su activación o que decida activarla cuando ya se ha activado previamente otra causa de resolución, perdiendo la prioridad en el tiempo de la que en otro caso hubiera disfrutado. No procede en mi opinión, por tanto, atender a la “aparición” de la causa de resolución si por tal se entiende el momento en el que materialmente la parte en el

³ Con un matiz: si es la Administración la que quiere hacer uso de la causa de resolución imputable al contratista, además del privilegio de la potestad de resolución del contrato, juega con dos instrumentos a su favor nada desdeñables: la presunción de legalidad y la ejecutividad de sus decisiones. Por tato, también en este ámbito contractual operan dichos privilegios, que obligan al contratista a demostrar (inversión de la carga de la prueba) que la extinción del contrato que le imputa la Administración no se adecua a la legalidad. Y, además, salvo que consiga una medida cautelar en el marco de la impugnación, habrá de cumplir la decisión de la Administración de extinguir anticipadamente el contrato por culpa del contratista. Todo ello sin perjuicio de lo que resulte del pleito que pueda entablar el contratista contra la Administración.

contrato podría hacer uso de la causa de resolución por concurrir las circunstancias que la generan, sino al instante en que efectivamente la parte en el contrato la activa, hace uso de ella y, en consecuencia, insta (en términos del TRLCSP) la resolución del contrato.

Considero que no ofrece discusión que el hecho de que materialmente exista una causa de resolución que no despliegue sus efectos automáticamente (que, como se ha visto, bajo derecho español es la regla general), no afecta *per se* a la continuidad del contrato. Cuando el contratista incumple los plazos parciales de forma que haga presumir la imposibilidad de cumplir el plazo final o incumple éste, no por ello se extingue sin más el contrato, pues la Administración contratante podrá optar, como vías alternativas a la extinción del contrato por causa imputable al contratista, por imponer penalidades (lo que implicará la continuidad del contrato) o incluso podrá adoptar lo que ha venido denominándose como “mera tolerancia”, en el sentido de que el contrato concluye fuera de plazo sin que la Administración haya acordado ni la resolución del contrato ni la imposición de penalidades. En este escenario la causa de resolución pudo desplegar sus efectos pero no lo hizo porque la parte que podía activarla (la Administración) no lo quiso.

Otro tanto ocurre cuando, por ejemplo, la Administración se demora en el pago al contratista durante un periodo que supera el plazo previsto en la normativa para permitir al contratista desligarse del contrato por causa imputable a la Administración. Es totalmente habitual que el contratista aguarde paciente el pago tardío sin activar esta causa de resolución, por interesarle más el cobro aunque sea tardío que la pérdida del contrato. Si más adelante la Administración se pone al día en el pago, ¿sinceramente podría sostenerse que el contratista tiene una especie de “comodín” para activar la que fue causa de resolución aunque haya desaparecido cuando quiere activarse?

A similar conclusión se llega cuando se trata de causas de resolución no imputables a ninguna de las partes y, en consecuencia, activables por cualquiera de ellas. Aunque luego me referiré con más detenimiento a este ejemplo, cuando el contratista es declarado en situación de concurso de acreedores, según el derecho español, ello no es causa automática de resolución del contrato; solo lo es cuando, dentro del concurso, entra en la fase de liquidación. Por ello, no basta con atender a la “aparición” de la causa de resolución (la declaración judicial en situación de concurso de acreedores), pues la ejecución del contrato podrá proseguir, y no resultaría admisible que para evitar los efectos de eventuales incumplimientos posteriores del contratista, éste pueda hacer uso (con una suerte de efecto retroactivo) de la declaración concursal argumentando que apareció cronológicamente antes que su incumplimiento posterior. Esto no es admisible, pues no son aceptables “comodines” ni en favor del contratista ni de la Administración. Hace falta algo más que la mera “aparición” (salvo que se trate de una causa de resolución del contrato de aplicación automática).

V.- Pues bien, ese algo más es lo que vengo denominando como “activación” de la causa de resolución. Para determinar la prioridad cronológica, habrá que atender al momento en el que se activa, lo que obliga a concretar cuándo se activa una causa de resolución (dejo a un lado las causas de resolución de aplicación automática, a las que me referiré más adelante). Para ello, habrá que distinguir dos situaciones:

- Causas de resolución del contrato que se agotan en sí mismas. Me refiero con ello a las causas que existieron pero que se agotaron al no persistir en el tiempo. La demora prolongada en el pago por parte de la Administración que luego se pone al día, es un buen ejemplo. La causa existió mientras la Administración mantuvo una situación de demora durante un periodo igual al menos al exigido por la Ley para que exista esta causa de resolución. El contratista pudo activarla mientras se mantuvo la demora, pero no lo hizo. En este caso, en mi opinión, una vez que la

Administración se ha puesto al día en el pago, no podrá ya el contratista activar la causa de resolución que fue pero que ya no es cuando se pretende ponerla en funcionamiento. Podrá apelarse a que el contratista renunció tácitamente a dicha causa o simplemente a que la causa puede ponerse en uso mientras materialmente perviva, pero lo que resultaría de todo punto inadmisibles es que se le reconozca al contratista el aludido “comodín” contra la Administración para poder utilizarlo en cualquier momento si le conviene y neutralizar de esta manera incumplimientos suyos posteriores.

- Causas “continuadas” de resolución del contrato. Congruentemente con lo anterior, la causa de resolución podrá activarse mientras materialmente persista la circunstancia que justifica la existencia de dicha causa de resolución. Cuando aludo a causas “continuadas” de resolución del contrato, me refiero a esta situación, en la que persiste en el tiempo el incumplimiento de la Administración, del contratista o la situación no imputable a ninguna de las partes en el contrato pero que ha sido configurada como causa potestativa de resolución del contrato. Mientras persista esta situación, podrá activarse la causa de resolución, sin merma, eso sí, de instituciones como el abuso de derecho o la obligada actuación objetiva y con adherencia al fin público de la Administración, que limitan las decisiones que las partes puedan adoptar al respecto.

VI.- Llegados a este punto, cabría preguntarse qué se entiende por “activación”; cuál es el momento en el que una causa de resolución se entiende activada. Esto sin duda tiene sus dificultades en el ámbito de la contratación administrativa, por la sencilla razón de que desde que el contratista “insta” la resolución (si se produce a iniciativa suya) o la Administración incoa de oficio el oportuno procedimiento para declarar la resolución del contrato (cuando la iniciativa es de la Administración), hasta que se declara efectivamente la extinción del contrato por la Administración o por los Tribunales de justicia, puede pasar un largo periodo de tiempo, durante el que pueden aparecer nuevas causas de resolución con efectos asociados diversos.

En mi opinión, la “activación” debe entenderse que se produce, cuando la iniciativa es del contratista, cuando “insta” la resolución del contrato. Es cierto que “instar” no significa, obviamente, que el contrato vaya necesariamente a extinguirse, puesto que es posible que no lleve razón el contratista y que no concurra la causa de resolución que él pensaba que existía. Ahora bien, es en el momento de “instar” la resolución cuando manifiesta su voluntad de desligarse del contrato por la causa de resolución de que se trate (y que, como se ha visto, no puede serle imputable).

Si no se aceptara esta postura, quedaría enteramente en manos de la Administración decidir cuándo se “activa” la causa de resolución, ya que habría que esperar a que tenga a bien tramitar y resolver el correspondiente procedimiento, y si no lo hace (por muy obligada que esté legalmente a ello), habrá que esperar años hasta que los Tribunales se pronuncien al respecto. No sería lógico que una causa de resolución que el contratista hizo valer años atrás, solo se considere “activada” cuando el Tribunal se ha pronunciado sobre el fondo, pues esto equivaldría a hacer en la mayoría de los casos totalmente inoperativo el sistema y, en particular, el derecho que el Legislador ha reconocido al contratista para desligarse del contrato cuando concurre la causa de resolución hecha valer por él.

Que no pueda el contratista desligarse sin más y que, en consecuencia, haga falta la existencia de un acto administrativo que formalmente declare extinguido el contrato administrativo (o resolución judicial que no supla), no está reñido con que, una vez declarado, se reconozca que la causa de resolución existía y se “activó” (a los concretos efectos de determinar la prioridad en el tiempo) cuando se “instó” la resolución del contrato por el contratista.

Cuando la iniciativa lo es de la Administración, a mi juicio debe atenderse al momento en el que se incoa el procedimiento y se comunica al contratista. Es cierto que la voluntad resolutoria de la Administración se plasma en el acto administrativo que pone fin al procedimiento administrativo incoado para resolver el contrato. Sin embargo, aunque ello es formalmente así, sin embargo desde la concreta perspectiva de determinar la prioridad en el tiempo, cuando la Administración incoa el procedimiento administrativo ya plasma (aunque no sea aún su decisión final) su voluntad de extinguir el contrato administrativo por la causa que se identifica en el propio acuerdo de incoación. Es a la fecha de comunicación al contratista del acuerdo de incoación con referencia a la causa concreta de resolución, a la que habrá que atender a los efectos que ahora interesan, esto es, la determinación de la “activación” a efectos de delimitar la causa de resolución de aplicación prioritaria.

Es cierto que mientras se tramita el procedimiento o se dirime la cuestión ante los Tribunales, y salvo que se haya suspendido cautelarmente, seguirá la ejecución del contrato, lo que podrá provocar que sobrevengan con posterioridad otras causas de resolución. Y precisamente esto es algo relativamente habitual en situaciones de conflictividad como la que provocan crisis económicas generalizadas. En estos casos, se producirán activaciones cruzadas entre las partes de causas de resolución del contrato, no siendo raro que lleguen a tramitarse en paralelo procedimientos administrativos por causas diametralmente opuestas: el procedimiento instado por el contratista con fundamento en el incumplimiento de la Administración, y el procedimiento incoado de oficio por la Administración por incumplimiento del contratista.

Será preciso entonces determinar cuál es la causa que tiene prioridad, momento en el que entra en juego la doctrina de la prioridad en el tiempo, doctrina a la que hay que añadir que la prioridad cronológica no lo es respecto de la “aparición” de la causa de resolución (en el sentido de existencia material de la circunstancia que justifica la causa de resolución), sino respecto de la “activación” en el sentido señalado, es decir, la manifestación de la voluntad de la parte en el contrato dirigida a hacer valer la causa de resolución.

Creo importante formular las siguientes precisiones:

1.- El hecho de que se haya “activado” una causa de resolución, no significa que ésta prospere necesariamente, ni en el caso de que la iniciativa lo haya sido del contratista (que ha “instado” la causa de resolución del contrato), ni cuando la iniciativa lo es de la Administración (cuando incoa de oficio el procedimiento de resolución del contrato). Y ello porque la decisión final de los Tribunales, si hubiera conflicto, será incierta y no se conocerá hasta pasados varios años. Ahora bien, si finalmente se le da la razón a quien activó la causa de resolución, deberá actuarse en consecuencia, debiendo aplicarse los efectos asociados a dicha causa de resolución, que debieron producirse cuando se activó, pues el Tribunal habrá reconocido que entonces ya existía la causa de resolución y que la parte que hizo uso de ella actuó legítimamente. Obviamente, dado que en el periodo intermedio entre el momento en que se insta la resolución del contrato y aquel en el que el Tribunal adopta su decisión final habrán podido ocurrir muchas cosas, pues el contrato habrá seguido ejecutándose, procederá entonces realizar los ajustes económicos que procedan en función de las circunstancias que existan cuando pretenda darse cumplimiento a la resolución judicial.

2.- De la misma manera que he criticado los “comodines” que a veces las partes en el contrato pretenden guardarse en relación con causas de resolución ya fenecidas, habrá también que tener muy presente los posibles abusos de derecho. Y ello porque la activación de una causa de resolución en los términos señalados no permitiría, por ejemplo al contratista, abandonar la ejecución del contrato. El contratista no puede decidir por sí mismo, y de hecho cuando licita en

el marco de la contratación administrativa, libre y voluntariamente se somete al régimen legal y contractual (en los Pliegos) previsto. Y una de las características del sistema legal español, según se expuso antes, consiste en que el contratista puede “instar” (no decidir por sí) la resolución del contrato cuando considere que concurre una causa de resolución.

Con ello quiero decir que aun cuando la causa de resolución del contrato de aplicación prioritaria es la que se ha activado antes cronológicamente, ello no permite al contratista desnaturalizar lo que constituye “instar” la resolución del contrato, reservándose nuevamente un “comodín” para hacer a partir de la activación de la causa de resolución lo que le venga en gana. El abuso de derecho por su parte puede alterar el resultado natural derivado de la prioridad en la activación de las causas de resolución.

3.- El escenario descrito en el apartado 2 anterior es difícil que se dé cuando la iniciativa la tome la Administración, y no porque ésta no pueda cometer abuso de derecho o desviación de poder, sino porque los privilegios que suponen la presunción de legalidad y ejecutividad de sus decisiones, provoca que lo que diga la Administración deba necesariamente cumplirlo el contratista, esté o no conforme con ello. Cuestión distinta es que pueda solicitar medidas cautelares de suspensión o del tipo que fuera y que pueda discutir ante los Tribunales de justicia la legalidad o no de la decisión administrativa.

VII.- Es evidente que el debate sobre la prioridad en la causa de extinción del contrato se produce cuando (i) concurren varias causas de resolución a las que se asocian efectos distintos (aunque todas ellas puedan imputarse a la misma parte en el contrato) o (ii) cuando concurren causas de resolución imputables unas al contratista y otras a la Administración.

Cuando concurren causas de resolución imputables todas ellas a la misma parte contractual y que, además, lleven asociadas cada una de ellas los mismos efectos, la discusión sobre la prioridad de la causa de resolución se convierte en gran parte en inútil. Igualmente, en este escenario pierde fuerza el principio de que un contrato administrativo no puede extinguirse por varias causas simultáneamente, principio con el que mantiene una correlación la doctrina relativa a la determinación de la prevalencia de la causa de resolución cuando concurren varias. Si existen varias causas de resolución todas ellas imputables a la misma parte contractual y con los mismos efectos, no veo inconveniente en que la resolución del contrato pueda fundamentarse en todas ellas, evitando el derroche de energía que implica normalmente delimitar cuál es la causa de aplicación prioritaria.

VIII.- Cuando la causa de resolución, como excepción, sea de aplicación automática (como ocurre bajo derecho español con la entrada del contratista en la fase de liquidación en el seno del concurso de acreedores), seguirá aplicándose la doctrina de la prioridad temporal, debiendo entenderse “activada” la causa de resolución en la fecha en la que, por ministerio de la ley, deba entenderse producida la extinción del contrato.

En estos casos (resolución automática del contrato si concurre la circunstancia prevista en la Ley) se produce una sustitución de la voluntad de los contratantes por la “voluntad de la ley”, de forma que no hará falta que medie un acto administrativo previo que declare la resolución del contrato para que dicha resolución sea efectiva. Cuestión distinta es que la Administración debe tomar razón de la extinción producida por ministerio de la ley y plasmarlo en el oportuno acto administrativo, pero dicho acto no será “constitutivo” de la extinción del contrato. A partir de la extinción del contrato por ministerio de la ley ya no existirá jurídicamente contrato, sin perjuicio

de los mecanismos que el ordenamiento jurídico pueda establecer para evitar daños al interés público, permitiendo incluso situaciones transitorias⁴.

En el marco de las causas automáticas de extinción del contrato hay dos aspectos que considero conveniente resaltar:

1.- El hecho de que la causa de resolución automática del contrato pueda activarse (por ministerio de la ley) con posterioridad a otra causa de resolución (no automática) activada antes, no excluye que el contrato deba considerarse a todos los efectos extinguido una vez que se produce la circunstancia a la que la Ley anuda dicha extinción. Si el contratista insta antes cronológicamente la extinción del contrato por culpa de la Administración, y mientras se está tramitando el procedimiento administrativo o judicial el contratista entra en concurso de acreedores y se inicia la fase de liquidación, la entrada en fase de liquidación extinguirá el contrato, sin perjuicio de los efectos que finalmente produzca la extinción del contrato en función del resultado de dicho procedimiento administrativo o judicial, esto es, en función de la causa que finalmente se considere prioritaria.

Es decir, dado que la activación de una causa (voluntaria, no automática) de extinción del contrato no provoca que deje de surtir efectos el contrato, que, por tanto, debe seguir ejecutándose, la aparición posterior en el tiempo de una causa de extinción automática del contrato provocará efectivamente su extinción; los efectos de esta extinción serán los que finalmente correspondan a la causa de resolución prioritaria en el tiempo: en el ejemplo antes expuesto, si le dan la razón al contratista y se reconoce que existía la causa de resolución por él activada (incumplimiento de la Administración), los efectos serán los asociados a dicha causa de resolución; y si no se le diera la razón, los efectos serán los asociados a la entrada en liquidación del contratista como causa de resolución contractual.

2.- No veo razón para negar que puedan existir causas de resolución automáticas de origen contractual. Me he referido en todo momento a las causas de resolución automáticas por ministerio de la Ley, es decir, porque el Legislador las contempla como tales y con carácter imperativo, no dispositivo. Ahora bien, las causas de resolución de un contrato no son solo las previstas en la Ley, sino también las que las partes puedan acordar en el marco del contrato; o mejor dicho, dado que los contratos administrativos se configuran esencialmente como contratos de adhesión, las causas de resolución que la Administración haya contemplado en los Pliegos que rijan dicho contrato y a los que los licitadores se someterán incondicionadamente al formular sus ofertas.

En el ámbito de la contratación administrativa también rige el principio de libertad de pactos, aunque frente a la igualdad de las partes en la contratación privada (con matices, pues el Legislador también tiene a veces que intervenir en el ámbito privado para reequilibrar de alguna manera la asimetría al menos fáctica de las partes), en la contratación administrativa (i) la libertad de pactos se traduce en la mayoría de los casos en que la Administración puede incluir lo que quiera –con limitaciones– en los Pliegos, no que las partes puedan negociar propiamente su contenido y (ii) la Administración no goza de la autonomía de la voluntad propia de los particulares, ya que su actuación siempre debe ir dirigida a la realización del interés público

⁴ Por ejemplo, bajo derecho español se permite la pervivencia de la ejecución de contratos incluso en el caso de que hayan sido declarados nulos, por el tiempo estrictamente imprescindible para evitar daños al interés público. Es decir, un contrato que jurídicamente nunca ha existido (no ha llegado a nacer) sin embargo se reconoce que no solo ha desplegado efectos cuando al menos existía una apariencia de contrato, sino incluso cuando ya no hay ni apariencia. Una demostración más, como tantas otras, de la relatividad de principios clásicos, como el que anuda efectos *ex tunc* a la nulidad radical o de pleno derecho. La realidad se impone aun a riesgo de dinamitar en parte determinados principios jurídicos.

(adherencia al fin público). Dos importantes matizaciones frente a lo que constituye el principio de libertad de pactos en el derecho privado.

Pues bien, no veo inconveniente en que contractualmente pueda pactarse que, en el momento en el que concurra una determinada circunstancia (por ejemplo, si se alcanza un porcentaje determinado de imposición de penalidades al contratista), el contrato quede automáticamente extinguido sin necesidad de declaración formal alguna. La existencia de un acto administrativo posterior lo que estaría haciendo propiamente es “tomar razón” de la extinción ya producida. La voluntad de las partes de extinguir el contrato existirá, si bien se habrá plasmado con antelación al formular la oferta en el marco de la licitación y al ser aceptada por la Administración. Cuestión distinta es la no conveniencia de incluir cláusulas de este estilo en los contratos administrativos, fundamentalmente si luego se olvida su existencia, pues ello puede dar lugar a situaciones no esperadas por las partes.

IX.- Finalmente, no quiero dejar de abordar una cuestión que considero relevante: cuando el contratista insta la resolución del contrato por una causa cuya apreciación por la Administración exige la pertinente valoración de las circunstancias, la Administración no gozará de libertad absoluta para apreciar o no dicha causa de resolución. Y aunque es cierto que la Administración nunca tiene libertad absoluta para hacer lo que quiera (el aludido principio de adherencia al fin público, además de aspectos de competencia y procedimiento constituyen siempre limitaciones), lo que quiero expresar es que esa limitación será mayor cuando, como es el caso, puede existir un claro conflicto de intereses, al ser la Administración y el contratista las partes en el contrato.

El planteamiento que hago tiene su particular manifestación en la causa de resolución contractual consistente en que se declare al contratista en situación de concurso de acreedores (insolvencia). En la legislación española, como ya se ha destacado, la resolución judicial por la que se declare al contratista en situación de concurso es causa de resolución (no automática) del contrato administrativo en el que dicho contratista sea parte; la Administración deberá valorar las garantías que el contratista concursado le ofrece para poder seguir ejecutando el contrato, y en función de ello, decidirá si se extingue o no el contrato⁵. Solo la entrada en fase de liquidación es causa automática de resolución del contrato.

Pues bien, lo habitual hasta hace pocos años era que el contratista que era declarado en concurso, se apresurara a intentar convencer a la Administración de que era capaz de seguir con la ejecución del contrato a pesar de su situación. Sin embargo, como consecuencia de la profunda crisis económica, ahora muchas veces ocurre lo contrario, esto es, que el contratista concursado reconoce que no es capaz de seguir en condiciones con la ejecución del contrato y solicita que se extinga éste al amparo de la declaración de concurso; con ello legítimamente pretende que, constatado que no puede seguir con la ejecución, sea la declaración de concurso la causa de extinción del contrato, y no el seguro abandono en la ejecución del contrato al que se verá abocado si no se extingue el contrato, ante su falta de medios para pagar a proveedores, subcontratistas y trabajadores.

En el escenario descrito, el contratista concursado “instará” la resolución del contrato como consecuencia de la declaración judicial de su situación en concurso de acreedores. Pero dado que la aplicación de esta causa depende de la valoración que haga la Administración contratante sobre la situación del contratista y las posibilidades de que siga ejecutando correctamente el contrato, a la problemática ya señalada de la doctrina de la prioridad temporal de la causa de resolución del

⁵ Dispone el artículo 224.5 del TRLCSP que “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”.

contrato, se une ahora el margen de discrecionalidad que el Legislador ha otorgado a la Administración para valorar la situación del contratista.

Pues bien, la aplicación práctica de esta causa de resolución obliga, a mi juicio, a tener en cuenta los términos en los que la Administración debe adoptar sus decisiones. En efecto, la Administración debe actuar con objetividad y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, como impone el artículo 103 de la Constitución española. Esto se traduce en que no puede actuar como si de un particular se tratara. No valen las estrategias y argucias que pueden entenderse – sin perjuicio del reproche que puedan merecer- si quien se defiende es un particular. La conducta de la Administración debe moverse a otro nivel, analizando las situaciones con objetividad, sin ocultar datos, sin intentar sacar todo lo que se pueda al administrado y sin negar a éstos lo que proceda si es que procede. El interés público no se traduce en ahorrar dinero al erario público negando legítimos derechos a los administrados. Y, correlativamente, la adherencia al fin público que debe presidir la conducta de la Administración nada tiene que ver con tal modo de proceder.

Aplicando estos principios al caso objeto de análisis, es evidente que cuando el contratista concursado insta la resolución del contrato por haber sido declarada su situación concursal, la Administración deberá valorar objetivamente si el contratista, en atención al alcance del contrato en ejecución y su situación, está o no en condiciones de cumplirlo en los términos impuestos en la documentación contractual. Si no está en condiciones (pues no ofrece garantías para ello), la Administración debe (no simplemente puede) aceptar la extinción del contrato instada por el contratista concursado. Si está en condiciones, deberá rechazar la causa de resolución instada por el contratista concursado.

Lo que no es admisible es ninguna de las dos situaciones siguientes:

- La Administración no puede rechazar esta causa de resolución instada por el contratista concursado a sabiendas de que éste no podrá ejecutarlo, con el objetivo de que, una vez rechazada dicha causa, la primera causa de resolución que aparecerá cronológicamente sea el incumplimiento del contratista, pues su situación concursal le llevará a ralentizar el ritmo de ejecución cuando no al abandono de las obras. Por ello, constatada la imposibilidad de cumplir las obligaciones en el marco del concurso declarado, que la Administración, a pesar de ello, omita cualquier actuación (en este caso, declarar la resolución del contrato por tal circunstancia) a la espera de que el contratista incumpla, para inmediatamente incoar un procedimiento de resolución del contrato por culpa del contratista, constituiría un supuesto de desviación de poder y como tal jurídicamente reprochable.

- En el extremo opuesto, el contratista no puede pretender utilizar la declaración concursal como instrumento para desligarse del contrato. Con independencia de que en sede concursal (judicial) podrá calificarse el concurso como “culpable” (lo que equivale a un incumplimiento del contrato por el contratista), incluso en el caso de que no se llegue a ello, la Administración deberá valorar si el contratista se ha colocado artificialmente en situación concursal con el citado objetivo de desligarse del contrato. Y si constata que así ha sido, podrá intentar rechazar como causa de resolución del contrato la declaración de concurso, activando en su lugar la resolución del contrato por culpa del contratista, todo ello sin perjuicio de la revisión judicial final a que se someterá normalmente este debate. Ahora bien, por aplicación de la doctrina de la prioridad temporal en el sentido y con el alcance ya señalados, dicho rechazo por la Administración e iniciación del procedimiento de resolución del contrato por causa imputable al contratista, deberá producirse antes de que se abra la fase de liquidación en el seno del concurso, pues en dicho instante (apertura de la fase de liquidación) ya se habrá activado por ministerio de la ley esa causa automática de resolución, que deberá aplicarse por ser la primera cronológicamente activada.