

RESCISION Y RESOLUCION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Al emprender el estudio de las causas de ineficacia de los contratos administrativos, se advierte enseguida que el punto relativo a la diferencia entre la rescisión y resolución es quizá la parte más oscura e inextricable de toda esta materia. Por ello queremos en este ensayo penetrar en el análisis de la delimitación de ambas nociones, y consideraremos cumplida nuestra misión si este esbozo puede servir de punto de partida para que personas más autorizadas delíneen claramente la silueta de ambas figuras jurídicas de la contratación administrativa.

La doctrina general de los contratos administrativos se ha elaborado siguiendo las pautas trazadas por el Derecho civil, marcándose en cada punto concreto las diferencias exigidas por la peculiar manera de ser del sujeto y, especialmente, por la distinta finalidad perseguida, que motivaba igualmente una diferenciación formal o extrínseca. Por ello, es indudable que la teoría de los contratos administrativos supone el perfecto conocimiento y solución de los problemas planteados en la contratación civil; y si, como veremos, la diferencia entre rescisión y resolución no se muestra clara por lo que se refiere a los contratos y negocios civiles en general, esta dificultad

sube de punto cuando se trata de delimitar ambos conceptos en el ámbito de la contratación administrativa.

A pesar de que no siempre nuestra Jurisprudencia ha manejado con toda pulcritud los conceptos de anulabilidad y rescisión (1), lo cierto es que se encuentran bien acusados los rasgos diferenciales entre ambos supuestos de ineficacia. El Código civil se refiere a la rescisión en el artículo 1.290 y a la anulabilidad en el 1300. Explica Planiol que la distinción procede del antiguo derecho consuetudinario francés ya que cuando se alegaban causas de anulación no basadas en las Ordenanzas o costumbres francesas, sino en el derecho romano, como el *Corpus juris civilis*, no podía ser invocado de pleno derecho ante los tribunales, era necesario que el Rey expidiera cartas especiales rompiendo o rescindiendo los contratos. Al abolirse las cartas reales, a raíz de la revolución de 1789, se borró esa distinción, pero se mantuvo la dualidad entre rescisión y anulación, dándose el nombre de rescisión a las causas de nulidad que se fundaban en lesión o perjuicio inferido a los contratantes o a terceros.

La diferencia, pues, es notoria, toda vez que la rescindibilidad implica lesión o, al menos, perjuicio, mientras que la anulabilidad se produce sin necesidad de lesión; la rescisión puede hacerse valer, no sólo por los contratantes, sino también por terceros, mientras que la

(1) La Sentencia de 12 de febrero de 1912 utiliza como sinónimos las palabras rescisión y anulación al establecer que puede haber rescisión por acuerdo de las partes, si ambos contratantes han convenido expresamente en anular el contrato; y la misma criticable sinonimia se advierte en el Real decreto de 26 de octubre de 1891, que al pretender trazar los límites entre contrato y concesión afirmaba que "los contratos en Derecho sólo pueden rescindirse o anularse, mientras que las concesiones administrativas caducan o se dejan sin efecto".

anulabilidad sólo es aducible por los interesados contratantes; en el caso de rescisión, es menester restituir los mismos bienes, mientras que en la hipótesis de anulabilidad basta la prestación del valor de los mismos (*id quod interest*); la acción rescisoria es subsidiaria, mientras que la de nulidad pueda ejercerse con carácter principal; los negocios anulables son susceptibles de confirmación, lo que no es hacedero respecto de los negocios rescindibles. En el campo administrativo no puede invocarse este último matiz distintivo, por la circunstancia de que los contratos administrativos no suelen ser sanados por la confirmación, pero todas las demás diferencias tienen en la esfera del Derecho administrativo la misma virtualidad que despliegan en el ámbito del derecho privado.

Más difícil que señalar las fronteras entre rescisión y anulación, es acotar el campo propio de la rescisión y la resolución, que tan frecuentemente se utilizan como intercambiables. Ni el Código Civil, ni la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (2), ni la doctrina científica de los autores españoles y extranjeros, nos brindan una diversificación clara y unánime de los dos conceptos, cuyo análisis nos interesa, y ello es así porque no siempre se ha atendido a un mismo criterio para establecer esta distinción. Así, antiguamente se pretendía separar los conceptos de rescisión y resolución fijándose en la causa que los originaba, y se decía que la resolución era la ineficacia de un negocio jurídico producida por el incumplimiento de una condición impuesta por las partes, mientras que la rescisión tomaba su origen en un hecho so-

(2) Como muestra de la vacilación de nuestra jurisprudencia en este punto, pueden ser invocadas las sentencias de 12-XI-1907, 12-X-1912, 13-III-1924 y 5-XII-1940.

brevemente y, consiguientemente, imprevisto, que implicaba lesión o perjuicio para uno de los contratantes. Además, la resolución podía provenir no sólo de una condición expresa, sino que se admitía también la condición resolutoria tácita o *condictio juris*, prevista y regulada en el artículo 1,124 de nuestro Código civil, que ha sido la piedra de toque de la distinción entre rescisión y resolución, ya que, según la doctrina tradicional, conforme con el léxico utilizado por el Código civil (defendida hoy por diversos autores, entre ellos alguno tan ilustre como Castán), se estima que este artículo se refiere a un caso propio de resolución, mientras que otros autores, fijándose en el párrafo 4.º del mismo, estiman que se trata en verdad de una rescisión, pensamiento recogido por el Tribunal Supremo en algunas sentencias, tales como las de 24 de noviembre de 1901, 12 de noviembre de 1907 y 12 de octubre de 1912, aunque ello no quiera decir que ésta constituya unánime doctrina legal, ya que no sería difícil invocar pluralidad de sentencias pronunciadas en sentido opuesto.

Con arreglo a la doctrina más reciente, para discriminar la rescisión de la resolución hay que contemplar, no tanto el motivo que las da vida como los efectos que producen. Y se dice que la resolución surte efectos *ex tunc*, ya que, como afirma la sentencia de 23 de junio de 1925, equivale a invalidar y deshacer el vínculo jurídico, dejando las cosas en el estado que tenían antes de celebrarse el contrato. En cambio, la rescisión produce sus efectos "desde ahora", y nunca puede perjudicar a terceros. Siguiendo esta última tendencia, es indudable que el juego rescisorio, previsto en el apartado 4.º del artículo 1,124, determina que la ineficacia contenida en dicho

artículo deba ser filiada como rescisión y no como verdadera resolución.

Si quisiéramos mostrar de un modo palpable la diferencia entre rescisión y resolución, siguiendo la pauta marcada por los civilistas más modernos, podríamos trazar el siguiente cuadro:

RESOLUCIÓN.	RESCISIÓN.
<p>Da origen a acción real y de carácter imprescriptible. (Sentencias de 14-X-1914 y 14-XI-1927.)</p>	<p>Produce acción personal y prescribe en plazo determinado. (Cuatro años, según el artículo 1.299 de nuestro Código Civil.)</p>
<p>Surte efectos retroactivos y valederos <i>erga omnes</i>.</p>	<p>No tiene efectos retroactivos y no puede perjudicar a terceros.</p>
<p>Tiene carácter principal y puede ser esgrimida sólo por los contratantes.</p>	<p>Es de carácter subsidiario y puede ser interpuesta, no sólo por los contratantes, sino también por los terceros acreedores. (Según se desprende, por ejemplo, del artículo 1.291, párr. 3.º del Código Civil.)</p>

Establecido de este modo el deslinde entre rescisión y resolución, puede trasladarse esta doctrina al campo de los contratos administrativos, no sólo por el juego del artículo 16 del Código civil, y el artículo 60, 3.º de la Ley 1.º julio 1911, sino concretamente porque el Tribunal Supremo considera aplicables a los contratos administrativos las normas relativas a la ineficacia de los contratos civiles, y así vemos que la Sentencia de 3 de abril de 1907 subsume un contrato administrativo en la regla del artículo 1.299, que fija en cuatro años el plazo prescriptivo de la acción rescisoria.

En el Derecho administrativo no se encuentra construída una doctrina de la resolución de los contratos,

sino sólo de la rescisión, y como veremos, tanto la legislación como la jurisprudencia y la mayor parte de los autores, barajan como sinónimos ambos conceptos. Fernández de Velasco, en la página 197 de sus *Contratos Administrativos*, se refiere a la necesidad de distinguir los conceptos de resolución y rescisión, recordando la diferencia esencial que los separa, y afirma que la rescisión es un contrato derogatorio y tácito (4). Sostiene, asimismo, que en el artículo 1.124 se contiene la hipótesis típica de resolución de las obligaciones. Conforme a la terminología utilizada en esta clásica monografía, parece que resolución es término genérico que conviene a diversas causas de ineficacia, ya que se afirma que “la nulidad resuelve el contrato”, y asimismo “las concesiones administrativas se resuelven también por caducidad”.

Debemos en rigor estimar la resolución como aquella declaración dirigida a la otra parte, de que el contrato concluido con eficacia plena ha de ser considerado como no concluido. Según Enneccerus, procede distinguirse la resolución de la denuncia en cuanto ésta sólo extingue la relación contractual para lo futuro, y de la revocación, ya que esta última sólo se refiere a las declaraciones de voluntad que no han llegado todavía a consumar la conclusión del negocio. La resolución puede provenir de la ley o del convenio, y debe tenerse presente que el derecho legal de resolución no puede calificarse de *condictio*, ya que no es una determinación accesoria de la voluntad de las partes, sino que es la ley la que le da origen.

En el Derecho francés nos encontramos con que no se distingue claramente la resolución de la revocación, toda

(4) La sentencia de 5 diciembre 1940 viene a establecer ese mismo concepto con referencia a la resolución, estimando ambas nociones como equivalentes.

vez que el artículo 1.183 del Código civil napoleónico, al definir la condición resolutoria, dice que es aquella que opera la revocación de la obligación, utilizando, por lo tanto, como nociones equivalentes, las de resolución y revocación. En el mismo artículo 1.183 se pone claramente de relieve la retroacción característica de la resolución. En el artículo 1.184 se expresa una norma que constituye el antecedente inmediato de nuestro artículo 1.124, con las únicas diferencias apreciables de que no se emplea la expresión "obligaciones recíprocas", sino "contratos sinalagmáticos", y de que no se contiene el dispositivo rescisorio del apartado 4.º de nuestro artículo 1.124. En el artículo 1.304 del Código napoleónico se halla una referencia a la acción anulativa o rescisoria, marcándose una diferencia que habría de ser posteriormente desarrollada con mayor especificación.

Si analizamos la doctrina francesa, en punto a la rescisión y resolución de contratos administrativos, no hallamos empleadas las voces "rescisión" ni "resolution", sino la de *resiliation* (5), que etimológicamente (de *resilire*, saltar atrás), nos evoca la idea de la resolución, visto el juego retroactivo característico de este motivo de ineficacia, pero que, sin embargo, debe traducirse más propiamente como anulación o rescisión.

Gaston Jèze, en su *Théorie générale des contrats de l'Administration* (6), afirma que conviene abstenerse de presentar una teoría general de la *resiliation*, dado que dicha palabra puede tener significados múltiples. No

(5) En el Derecho civil francés, *resiliation* se utiliza a menudo para designar el instituto jurídico de la anulación.

(6) *Revue de Droit public*, 1935, pág. 486 y siguientes. Incluido también en la misma Revista, año 1936, pág. 527 y siguientes, que repite la parte del trabajo dedicado a "Sanctions et mesures de coercion dans le marché de travaux publics".

puede—dice—construirse una teoría científica sobre una terminología inexacta. El hecho de que existan algunas consecuencias idénticas en todas las clases de *resiliation*, no permite llegar a la conclusión de que exista un régimen general de la misma. Sostiene que el criterio fundamental en todos los casos de *resiliation* es que el Código civil no es aplicable, ni ninguno de sus artículos puede ser invocado *in terminis*, rechazando expresamente la aplicación de los artículos 1.184 y 1.794 del Código napoleónico.

Debe distinguirse la rescisión—*resiliation*—de instituciones afines, tales como el rescate y *la mise en regie*. Según sostiene Gaston Jèze (7), el rescate de una concesión de servicio público es la decisión unilateral, en cuya virtud el concedente, fuera del supuesto de decadencia, pone fin a la concesión antes de la fecha fijada para su expiración. El rescate es un acto unilateral en virtud de la potestad discrecional, y se distingue de la rescisión por culpa por la inexistencia de falta, y de la rescisión convenida por su carácter unilateral. *La mise en regie* se asemeja al secuestro de la concesión de servicio público, y consiste en el hecho de que la Administración, en el caso de que el contratista incumpla determinadas obligaciones que le han sido impuestas por el contrato, puede subrogarse en el lugar del empresario para asegurar la ejecución de los trabajos a expensas del contratista.

La rescisión puede ser sin culpa o por culpa de algunas de las partes. La rescisión sin culpa puede ser facultativa para la Administración, que muchas veces se reserva el derecho de rescindir el contrato sin expresión de

(7) V. "Rachat de la concession de service public", en *Rev. Droit public*, 1936, pág. 240.

causa, pudiendo también ser facultativa para el empresario cuando se haya convenido expresamente. Asimismo la rescisión sin culpa puede ser obligatoria cuando tiene lugar necesariamente por hechos ajenos a la voluntad de los contratantes, tales como, por ejemplo, la cesación absoluta de los trabajos o la muerte del contratista. La rescisión obligatoria opera de pleno derecho.

La rescisión por culpa—*resiliation aux torts*—puede serle imputada a la Administración o al contratista. La rescisión por culpa del empresario o contratista supone una falta grave del mismo, que constituye a la Administración en el deber de excluir al empresario definitivamente de la ejecución del trabajo, confiándolo a otro contratista. La rescisión por culpa del empresario se pronuncia por la Administración, a reserva de los recursos que puedan formularse por el contratista. Esta rescisión ha de ser siempre expresa, y no puede admitirse la tácita o presunta inferida de actos realizados por la Administración, tales, *verbi gratia*, la adjudicación del servicio o la obra a un nuevo contratista.

La rescisión por culpa de la Administración tiene carácter de derecho público, y debe ser solicitada en primer lugar de la propia Administración y luego del juez del contrato. En este supuesto rescisorio existirá siempre el derecho del contratista al resarcimiento.

Además de la rescisión sin falta y de la rescisión por culpa de la Administración o del empresario, habla Gaston Jèze de la *resiliation amiable*, que surge de un convenio entre la Administración y el contratista, sin que deba mediar resarcimiento o indemnización por ninguna de ambas partes.

En la doctrina francesa vemos, pues, que bajo el concepto de *resiliation* se engloban los supuestos de la rescisión

sión y la resolución, sin que se matice la diferencia entre ambas causas de ineficacia.

El Derecho alemán, con la palabra *Auflösung*, designa así los motivos de rescisión como los de resolución.

La *Rücktritt* regulada en los artículos 346 al 361 del B. G. B. es una institución que coincide en muchos puntos con la resolución, aunque propiamente *Rücktritt* deba traducirse en muchos casos por retracto, y ofrezca la misma construcción terminológica que "resiliation".

Al estudiar la doctrina de los autores italianos, advertimos que algunos autores, como Cammeo, utilizan indiferentemente las expresiones rescisión y resolución. Zanobini (8) estima como resolución aquella causa de revocación determinada por hechos sobrevénidos, dando el nombre de decadencia cuando los hechos han sido previstos como causa de resolución, desde el momento del origen del acto. Forti considera que existe resolución cuando faltan algunos de los presupuestos del acto. Romanelli (9) dice que "la rescisión, entendida sobre las mismas bases que el Derecho privado (es decir, como causa prevista en la ley que invalida el acto desde el momento del nacimiento), no asume en el Derecho público una figura jurídica autónoma, sino que va incluida dentro de la noción de anulación. A veces—dice—, la legislación italiana habla de rescisión en el caso de falta sobrevénida de alguno de los presupuestos del acto, pero la expresión—agrega— está utilizada entonces de un modo impropio, ya que se trata de un verdadero fenómeno de resolución". Como se advierte, Romanelli utiliza un tecnicismo diametralmente opuesto al que nosotros hemos aceptado en

(8) *Corso Diritto Amministrativo*, pág. 333 y siguientes.

(9) *L'annullamento degli atti amministrativi 1939*, pág. 25 y siguientes.

este trabajo, toda vez que él estima como verdadero fenómeno de resolución lo que característicamente considera la doctrina dominante como genuino y propio caso de rescisión.

Resta (10) distingue claramente la revocación de la anulación referida a los actos administrativos, afirmando que la revocación se produce por motivos de oportunidad y opera *ex nunc*, mientras que la anulación se produce por motivos de legalidad y opera *ex tunc*. Si nos fijáramos en la retroacción común a ambas, podríamos llegar a afirmar que la resolución es un supuesto de anulación, mientras que la rescisión lo sería de la revocación; pero, sin embargo, no estimamos acertada esta conclusión.

Renato Alessi (11) sostiene que no pueden encajarse en el concepto de revocación aquellas formas de rescisión unilateralmente consentidas a la Administración pública, en virtud de leyes administrativas, siempre que aparezcan en oposición a la disciplina jurídica de los contratos privados.

El capítulo V de la Ley de Contabilidad, de 1 de julio de 1911, alude a la rescisión en los artículos 58 y 59, sin que en ninguno de sus preceptos se contenga una referencia a la resolución, aunque dicha ineficacia esté implícita y supuesta en las normas contenidas en el artículo 60, que se refiere a los casos de falta de cumplimiento por parte de los contratistas. Con carácter general, el artículo 13 de esta ley sienta que los actos y contratos realizados en perjuicio de la Hacienda pública por los funcionarios particulares que resulten deudores de aquélla,

(10) *La revoca degli atti amministrativi*, 1939.

(11) *La revocabilità dell'atto amministrativo*, 1936, pág. 48 y siguientes.

serán rescindibles con arreglo a las prescripciones generales del Derecho (12).

El Pliego de Condiciones generales para la contratación de las obras públicas aprobado por Real decreto de 13 de marzo de 1903, dedica el capítulo V a los casos de rescisión que comprende los artículos 55 y 57. Sus preceptos no han variado sustancialmente desde el primitivo Pliego de Condiciones generales de 10 de julio de 1861, pasando por los de 11 de junio de 1886 y 7 de diciembre de 1900.

En el artículo 50 se prevé la rescisión por muerte o quiebra del contratista, salvo que los herederos o síndicos

(12) Guarda íntima conexión con el tema examinado en este ensayo, el problema de si el Estado debe abonar intereses de demora. La Ley de Administración y Contabilidad, de 1.º de julio de 1911 no contiene norma expresa sobre este punto, aunque ciertamente pueda derivarse la solución negativa de lo dispuesto en el artículo 29, ya que al referirse en el párrafo segundo a los intereses a favor del Estado, fijando el plazo prescriptivo de cinco años y no aludir para nada a los intereses en contra del Estado, podría derivarse en lógica ilación que el Estado no viene obligado a satisfacer intereses de demora. Los preceptos contenidos en los Reales decretos de 1.º de octubre de 1823, 3 de septiembre de 1835 y las Reales órdenes de 31 de mayo de 1843 y 2 de julio de 1861, sentaron ya la doctrina de que la Administración no abona, por regla general, intereses de demora. Por Real decreto-sentencia de 9 de noviembre de 1881, el Consejo de Estado declaró que la Administración no debe intereses de demora mientras no hayan sido expresamente pactados o establecidos por precepto administrativo. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de junio de 1869, y a partir de entonces son innumerables las resoluciones de este Alto Tribunal, en el que se ha consagrado reiteradamente esta doctrina, citando entre las más típicas e interesantes la de 26 de septiembre de 1903, 6 de febrero de 1918, 18 de abril de 1916 y 11 de octubre de 1919.

En el caso de que se deban intereses de demora, no existe doctrina legal unánime en punto al plazo para reclamarlos, ya que la sentencia de 17 de marzo de 1908 afirma que debe aplicarse el artículo 1.964 del Código civil, que fija la duración de quince años para las acciones personales, carácter que tiene la conducente al pago de los intereses de demora. En contra de ello, la sentencia de 15 de noviembre de 1918 sostiene que es de aplicación el artículo 24 de la ley de 1.º de julio de 1911, que fija el plazo de un año.

de la quiebra ofrezcan llevar a cabo el contrato en las mismas condiciones estipuladas.

En el artículo 51 se establece la rescisión en el supuesto de no resultar conformidad entre el replanteo previo y su comprobación. El artículo 52 regula la rescisión por variaciones hechas en las obras, antes o después de comenzadas, en el caso de que impliquen una alteración del presupuesto de la contrata, por exceso o defecto, en un 10 por 100 a lo menos o cuando se altere el presupuesto en una quinta parte por exceso o defecto. Este artículo 52 fué modificado por el R. D.-Ley de 16 de mayo de 1925, en el sentido de declarar potestativo para la Administración y para el contratista la rescisión de la contrata en todos los casos, sin necesidad de indicación expresa para cada contrata. El artículo 53 alude a la hipótesis de rescisión, por no haber sido posible comenzar las obras, supuesto que estimamos más propiamente encajado en el tipo de la resolución. El artículo 54 se refiere al caso en que se produzca la rescisión, por tener que suspender las obras después de principiadas, y en el artículo 55 se prevé el supuesto rescisorio motivado por no ejecutar las obras en el plazo estipulado, que estimamos más propio reputarlo como resolución.

Además de estas causas rescisorias contenidas en el capítulo V, el artículo 40 del pliego de condiciones (incluido en el capítulo III, que trata de las condiciones económicas) prevé otro caso de rescisión instado por el contratista, en el supuesto de que el Gobierno no hiciere el pago a los seis meses de concluidas las obras. Como se trata de una ineficacia surgida ante el incumplimiento por una de las partes, es obvio que, conforme a la doctrina que hemos consignado, este supuesto es de índole resolutive y no rescisoria. También en el artículo 59,

incluído en el capítulo VI, se denomina rescisión a un caso que propiamente es de resolución, ya que establece que si el contratista no hubiera cumplido lo que le incumbe, se declarará rescindida la contrata por no terminar la obra en el plazo estipulado, a no ser que la Administración crea procedente conceder un nuevo plazo, que será improrrogable.

Los Reales decretos de 23 y 27 de julio de 1918, autorizaron a los contratistas y destajistas para que rescindieran los contratos sin pérdida de fianza, siempre que hubieren ejecutado, por lo menos, el 60 por 100 de la parte proporcional de obras correspondientes al plazo que lleven en ejecución. Dichos preceptos fueron dictados con carácter transitorio ante las circunstancias impuestas como consecuencia de la guerra mundial, y dejaron de tener vigor en virtud de Real decreto de 7 de noviembre de 1923.

El Nuevo Estado ha dictado diversas normas concediendo derecho a aumentar en un 13 por 100 los precios unitarios vigentes en obras que hubieran sido contratadas con anterioridad a la Cruzada de Liberación, siendo las disposiciones más importantes los Decretos de 26 de octubre de 1939, 7 de mayo de 1940 y 30 de julio del mismo año. Este último disponía que en las valoraciones de las obras ejecutadas con posterioridad al día 13 de julio de 1940 (fecha de promulgación de la ley en cuya virtud los productores adquieren el derecho a percibir íntegro el salario de los domingos y días festivos), contratada por subastas o concurso, y cuyo presupuesto hubiera sido aprobado con anterioridad a la fecha indicada, se aplicarán los precios unitarios del proyecto, después de corregido o no, en su 13 por 100, según sea o no

aplicable el Decreto de 26 de octubre de 1939, y aumentándose en su 17 y medio por 100.

Fernández de Velasco, al estudiar en la página 200 de su monografía las causas de rescisión de los contratos administrativos, analiza las contenidas en el capítulo V del Pliego de Condiciones, y sitúa en primer lugar, como caso rescisorio, el mutuo disenso. Si seguimos el criterio que parece predominar el mutuo disenso (13), no podemos reputarlo como una causa propia de rescisión, ya que ni en todo los supuestos rescisorios hay coincidencia de ambas voluntades para desatar el vínculo contractual, ni puede considerarse como caso genuino y particular de rescisión el elemento común que yace en todos los casos de rescisión convenida (*resiliation amiable*, en el léxico de Gaston Jèze).

El Reglamento de Contratación Municipal de 2 de julio de 1924, menciona la rescisión en el artículo 6.º, apartado 6.º, en el cual se contempla un caso verdadero y propio de rescisión, y también emplea la palabra rescisión en los artículos 30 y 31, que en realidad regulan un típico supuesto de resolución, ya que se trata de que la entidad municipal acuerde, o el contratista pida la "rescisión" (debería decir "resolución"), por contravenir a alguna de las normas estipuladas. Claro es que esta resolución puede tener juego rescisorio, de forma similar a como ocurre con el artículo 1.124 de la ley civil.

El artículo 21 del reglamento citado previene que cuando el rematante no cumplierse las condiciones que debe llenar para la celebración del contrato, o impidiese que aquélla tenga efecto en el término señalado, se anu-

(13) La sentencia de 5 diciembre de 1940 estima que el mutuo disenso puede jugar como un contrato resolutivo de otro anterior.

lará el remate a costa del mismo rematante. El tecnicismo de este artículo es de una impropiedad manifiesta, ya que se trata en rigor, no de un supuesto de anulación, sino de rescisión, conceptos que casi siempre han aparecido bien perfilados, no existiendo razón para involucrar ambas nociones, toda vez que, como muy bien dice la sentencia de 20 de diciembre de 1912, rescisión y nulidad son distintas por sus causas, por sus fines y por las disposiciones legales que las rigen.

En el reglamento para la contratación en el ramo de Marina de 4 de noviembre de 1904, hallamos en el artículo 31, párrafo 11, la referencia a una hipótesis de rescisión por faltas cometidas en el cumplimiento del contrato, estableciendo que se responde únicamente con la fianza, sin que proceda averiguar si hubo o no perjuicios para el Estado. Se trata de un caso de rescisión como sanción (*resiliation aux torts* en la terminología de Gaston Jèze).

En el reglamento del ramo del Ejército de 10 de enero de 1931 se contienen algunas reglas aisladas sobre la rescisión, y así vemos que en el artículo 6 se dispone que cuando por causas previstas sea necesario rescindir o modificar un contrato para cuya estipulación hubiera sido oído el Consejo de Estado, será menester solicitar nuevamente la audiencia de ese Cuerpo consultivo. En el artículo 24, apartado 31, se hace referencia a un caso de resolución al prescribir que, cuando el rematante no cumple las condiciones que debe llenar para la celebración del contrato, se anulará el remate a su costa. Es evidente que, a pesar de emplear el reglamento la expresión "anulará", este precepto alude a uno de los supuestos más típicos y característicos de la resolución. En las condiciones 35 y 36 del artículo 24, se establece la rescisión

en caso de muerte o quiebra, e igualmente cuando se deje de consignar en presupuestos el crédito o se establezca un monopolio sobre los efectos o materias objeto del contrato.

El Real decreto de 4 de septiembre de 1908, relativo a la contratación en materia de construcciones escolares, contiene acaso la más completa disciplina de la rescisión que hemos encontrado en los reglamentos especiales de contratación, dedicando a ella el capítulo V, que comprende los artículos 55 a 62. Fuera de los preceptos agrupados en este capítulo, se encuentran también algunos artículos aislados que hablan de la rescisión, entre ellos el artículo 45, párrafo 2.º, en el que se emplea la voz "rescisión" impropia, ya que se trata de una hipótesis clara de resolución, puesto que depende la ineficacia de la voluntad de una de las partes ante la inejecución por parte de la otra. Los artículos 55 y siguientes del capítulo V prevén los casos típicos de rescisión que hemos visto ya enumerados en el Pliego de Condiciones. El artículo 58, que se refiere al caso de que transcurra el plazo de un año sin que pueda el contratista comenzar las obras ni desarrollarlas en la escala debida, debemos estimar que regula más bien una causa de resolución, y lo mismo cabe decir de la ineficacia regulada en el artículo 60, que se refiere a que, cuando llegue el término de algunos de los plazos sin que el contratista hubiera concluido a obra, se rescindirá la contrata con pérdida de fianza. En este caso, es claro que mejor que en la rescisión deberíamos encuadrar este supuesto en el marco de la resolución.

En el Reglamento de contratación vigente en el ramo de Prisiones de 22 de noviembre de 1924, no se contiene norma alguna respecto a la rescisión ni a la resolución.

Como vemos, nuestra legislación relativa a los contratos administrativos no utiliza nunca la voz "resolución", sino que siempre se habla de rescisión, tanto si se trata de una verdadera rescisión como de una propia y genuina resolución de los contratos.

Igualmente en los contratos más importantes otorgados por el Estado para la explotación de servicios o monopolios, tampoco se habla nunca de resolución, sino siempre de rescisión. Así, en el contrato con la Compañía Transmediterránea celebrado el 8 de abril de 1931, se establece en la base 5.^a que la duración del contrato será de veinte años, y se entiende prorrogado si dos años antes de su terminación no se hubiera denunciado. La base 7.^a previene que el Estado se reserva el derecho de rescindir el contrato por causa de utilidad pública, debidamente justificada, y que acordada la rescisión no surtirá efectos hasta transcurrido un año desde la fecha de notificación al contratista. Asimismo, en la base II se estipula una causa de rescisión de carácter penal, para el caso de que, impuesta la multa, que habrá de hacerse efectiva tomándola de la fianza, no se repusiera la cantidad a que asciende en el plazo improrrogable de ocho días. Este contrato, que fué suspendido durante la Cruzada de Liberación y sustituido por el *modus vivendi* de 25 de octubre de 1937, ha sido restablecido en todo su vigor por Decreto de 1.^o de julio de 1939. Como se observa, en él no se alude a la resolución, y todas las causas rescisorias que previene y regula son de auténtica y verdadera rescisión.

Por lo que se refiere a la Compañía Transatlántica, el contrato suscrito en 1.^o de julio de 1910, con arreglo a las bases contenidas en el Real decreto de 8 de abril de 1910, prevenía en la base 14.^a que el Gobierno se reser-

vaba el derecho de rescindir el contrato en cualquier tiempo, sin obligación de declarar la causa y con arreglo a una serie de condiciones que se desarrollaban en ese precepto. Conocidas son la serie de vicisitudes por las que ha pasado este contrato, revisado en 14 de febrero de 1922, profundamente modificado por Real decreto de 6 de abril de 1925, rescindido por Real orden de 28 de abril y Real decreto de 29 de octubre de 1929, debiendo tenerse en cuenta el Decreto de 5 de mayo de 1932, que declaró nulo el Real decreto de 6 de abril de 1925, y la tramitación prolija y aún no definitivamente acabada que se ha seguido para la liquidación. La situación actual es que, con arreglo al Decreto de 23 de septiembre de 1939, la Compañía ha sido intervenida por el Estado, haciendo uso de la facultad concedida en los artículos 8 y 10 de la Ley de 1.º de septiembre de 1939, habiéndose dictado normas para la liquidación del contrato, entre las cuales, las más importantes son la Orden de 5 de diciembre de 1939 y la de 17 de septiembre de 1941.

En el contrato con la Compañía Arrendataria de Tabacos autorizado por Real decreto de 30 de julio de 1921, con arreglo a las bases de la Ley de 29 de junio, se prevé en la cláusula 44 que en todo tiempo el Gobierno se reserva el derecho de rescindir el contrato sin expresión de causa, con arreglo a las condiciones siguientes: si de la liquidación resulta que la Compañía no recobra su capital, el Gobierno abonará la diferencia, y si obtiene beneficios, el Gobierno se compromete a abonar la equivalencia de los beneficios probables durante un año. En la cláusula 47 se prevé un caso de rescisión por sanción, estipulándose que procederá la rescisión del contrato, a cargo y riesgo de la Compañía, cuando no se realicen con puntualidad los pagos, y si se llegara a im-

poner en un año, y quedaran firmes, tres multas de más de 20.000 pesetas. La rescisión será acordada por el Consejo de Ministros, y contra su acuerdo no podrá deducirse reclamación alguna.

Por lo que respecta a la Compañía Arrendataria de Fósforos, el Real decreto de 9 de noviembre de 1922, que aprobó el contrato de concesión, estipulaba en el apartado 2.º de la cláusula 23, que el ministro de Hacienda podría rescindir el contrato en todo tiempo sin expresión de causa, y en este supuesto, el contratista tendría que ser resarcido por los daños y perjuicios que se le irrogaran, sin que la indemnización pudiera exceder en ningún caso del 10 por 100 del beneficio industrial.

Con arreglo a la cláusula 25 del Pliego de Condiciones para el concurso relativo a la contratación de los servicios de transporte y venta de cerillas, encendedores y piedras de ignición, promulgado por Real decreto de 13 de abril de 1926, que fué otorgado a la Compañía Industrial Expendedora, se dispone que el ministro de Hacienda podrá rescindir el contrato en todo tiempo, sin expresión de causa, y que en este supuesto los contratistas tendrán derecho al abono del precio de las existencias que tengan satisfechas en sus almacenes. En esa misma cláusula se regula la rescisión en daño del arrendatario por incumplimiento de las condiciones estipuladas o por la imposición de más de tres multas consecutivas en un año, previéndose que el acuerdo de rescisión, en estos casos, podrá ser impugnado en vía contenciosa.

El contrato celebrado con la C. A. M. P. S. A., aprobado por Real decreto-ley de 10 de enero de 1928, de acuerdo con el Decreto-ley de 28 de junio de 1927, determina en la base 16 que el Gobierno se reserva el derecho de rescindir el contrato sin expresión de causa, y en tal

caso, si practicada la oportuna liquidación no recobrase su capital íntegro, el Estado abonará la diferencia. En este supuesto, la rescisión habrá de acordarse en Consejo de Ministros, y no cabe seguir recurso alguno contra la resolución que recaiga. La rescisión, a cargo y riesgo de la Compañía, con obligación por parte de ésta de indemnizar al Estado, tendrá lugar siempre que incumpla voluntariamente cualquiera de las obligaciones señaladas en el contrato. En este caso, el acuerdo rescisorio será adoptado por el ministro de Hacienda, previa audiencia de la Compañía y del Consejo de Estado, y contra la Real orden recaída procederá el recurso contencioso.

El contrato concertado con la Compañía Telefónica Nacional en 29 de agosto de 1924, con arreglo a las bases contenidas en el Decreto de 25 de agosto del mismo año, y desarrolladas por el Reglamento de 21 de noviembre de 1929, disciplina en la base 23 un caso de rescate (14), al que se denomina incautación, afirmándose que el Estado podrá incautarse de la totalidad, pero no de parte del servicio telefónico, previa comunicación con dos años de antelación. El Estado deberá reembolsar la cantidad neta invertida y además un 15 por 100 en concepto de compensación (15). En la base 25 del apartado 3.º, desarrollada en el artículo 158, apartado 3.º, del Reglamento, se determina que, en caso de incumplimiento reiterado de cualquiera de las bases del contrato, el Estado

(14) La sentencia de 13 de enero de 1934 distingue claramente entre rescate e incautación.

(15) Hubiera sido preferible hablar de resarcimiento, ya que no se trata de una "compensatio lucri cum danno", ni mucho menos de una auténtica compensación en el sentido del artículo 1.195 del Código civil.

podrá declarar la incantación de toda la red. En el expediente administrativo que al efecto habrá de incoarse será oída la Compañía Telefónica Nacional, que podrá proponer y practicar cuantas pruebas estime conducentes a su defensa. El acuerdo que el Gobierno adopte, previo dictamen del Consejo de Estado, será sometido, a solicitud de la Compañía Telefónica Nacional, al fallo de un Tribunal arbitral, que estará constituido por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y con completa jurisdicción para fallar el asunto sometido al mismo. Mientras tal fallo se dicte, quedará en suspenso la ejecución del acuerdo emanado del Gobierno, pero éste podrá adoptar las medidas que juzgue precisas para defender los intereses públicos, siempre que, por la actitud de la Compañía Telefónica Nacional, se deriven perjuicios para los mismos.

Se observa, pues, que en todos estos contratos se insertan cláusulas rescisorias, motivadas unas por contravenciones efectuadas por las entidades concesionarias a las normas consignadas en los contratos de concesión y otras ante perjuicios del interés público predominante, visto el papel que al Estado incumbe en su defensa.

En ninguno de estos supuestos puede defenderse que nos hallemos en presencia de un supuesto de resolución, ya que aparece evidente el carácter genuinamente rescisorio de las cláusulas examinadas. Sin embargo, ello no quiere decir que en los contratos relativos a concesiones de servicios y monopolios no pueda tener lugar la resolución en determinadas circunstancias.

En resumen, la diferencia entre rescisión y resolución ofrece un interés, no sólo teórico, sino asimismo práctico. En el campo del derecho privado se estima hoy,

de modo casi unánime, que no pueden utilizarse como unívocas ambas expresiones, y que para su deslinde hay que atender sobre todo a los efectos que surten.

En la esfera del Derecho Administrativo, no se ha llegado aún a depurar la nomenclatura, y generalmente se desconoce el concepto de resolución aplicado al campo de los contratos de obras y servicios públicos. Los estudios de Gaston Jèze, que es sin duda alguna la máxima autoridad en materia de contratos administrativos, nos muestran que la técnica francesa no distingue en el Derecho administrativo la rescisión de la resolución, y que existe sólo la figura unitaria de la *resiliation*. La doctrina italiana no nos brinda una matización clara de ambos conceptos, y es más, Romanelli apunta una tendencia que es cabalmente la antítesis de la que informa el presente ensayo.

Nuestra legislación sobre contratos administrativos desconoce la voz resolución, aunque claramente se dibuja esa figura jurídica en algunos de sus preceptos. En ninguno de los contratos suscritos por la Administración, relativos a concesiones de servicios y monopolios, está previsto un supuesto propiamente resolutivo.

Queda abierto, pues, el problema de si en el Derecho Administrativo deben valer como figuras jurídicas idénticas la resolución y la rescisión. Si nos ciñéramos a nuestra legislación, a los contratos vigentes y a la jurisprudencia administrativa, esa habría de ser la respuesta; pero, sin embargo, creemos que se debe trabajar para separar ambos conceptos y ver hasta qué punto es útil y valedero en la contratación administrativa el deslinde entre rescisión y resolución aceptado en el campo de la contratación civil. No pretendemos haber desenmarañado la madeja de las causas de ineficacia de los contra-

tos administrativos, deshaciendo precisamente el más intrincado de todos sus nudos, pero no creemos tampoco que nuestra labor haya sido baldía y estéril, ya que quedan recogidos unos datos y señaladas unas orientaciones que deseamos sean fructuosas.

JUAN GASCÓN HERNÁNDEZ.