

El régimen de las garantías en la contratación administrativa

Ernesto García-Trevijano Garnica

Editorial Civitas, 1997

¹ PARADA, R., "El origen, desarrollo y situación actual de la contratación administrativa", conferencia pronunciada por PARADA, R., nas "Xornadas sobre a nova Lei de contratos das administracións públicas", organizadas polo Consorcio da Zona Franca de Vigo, Vigo, 17 de novembro de 1995.

A esencia dos contratos administrativos, como sinala Parada¹, encóntrase en que a Administración fai e desfai, á súa vontade, o que quere nese contrato, pero que o contratista, en todo caso, ten dereito a saír indemne economicamente. A cualificación administrativa dun contrato produce basicamente unha serie de efectos que poden sintetizarse na submisión a un réxime público ou administrativo, o que implica a aplicación dunhas fontes específicas, a atribución á Administración dunha serie de potestades exorbitantes e a atribución do coñecemento e resolución das cuestións litixiosas que poidan xurdir do contrato á xurisdicción contencioso administrativa.

Por iso estes contratos presentan unha serie de modificacións respecto dos contratos privados como son a tipicidade do contido, as particulares vantaxes para o contratista, unha maior limitación do lícito contractual e a existencia de "cláusulas exorbitantes" (a posibilidade de interpretar e resolver pola propia Administración as

dúbidas que ofrezca o seu cumprimento, o *ius variandi*, a posibilidade de producir efectos respecto de terceiros, etc.)

A figura do contrato tivo unha importancia esencial no desenvolvemento do dereito público. Así a Idade Media non se pode explicar sen o contrato, xa que o dereito público era un dereito pactado. Na época da monarquía absolutista cumpre, o contrato, dúas importantes funcións. Por un lado, utilízase como instrumento de xestión administrativa e política, e por outro, oponse ó principio monárquico do poder absoluto. Pero é no Estado liberal, como sinala Parada², cando se apaga a figura contractual e aparece o señorío do acto administrativo. Por último, neste século entra en crise o acto administrativo como figura central do dereito administrativo, e é desprazado polo contrato administrativo, xa que o Estado busca unha maior lexitimidade nas súas decisións e acode, por iso, á figura contractual. A orixe desta figura do contrato administrativo ten a súa razón histórica na existencia da xustiza administrativa, é unha consecuencia da xurisdicción. Como afirma García de Enterría “la distinción de contratos administrativos-contratos privados comienza siendo una distinción que juega exclusivamente en el plano procesal y carece de toda trascendencia en el plano material o sustantivo”³. Así en Francia, no século XVIII, introdúcese nestes contratos, nos que está implicada a Administración, unha cláusula pola que se dispón que a resolución do contrato se suxeitará á xurisdicción do Intendente e o recurso ó Consello do Reino. Non se quere que os tribunais civís coñezan a actuación da Administración. A xustiza administrativa non nace como medio para controlalo poder público senón coa finalidade de evitar que a xurisdicción civil coñeza eses contratos. En España o liberalismo extremo da Constitución de Cádiz de 1812 plásmase, nesta materia, no Decreto constitucional do 13 de decembro de 1813 que remite tódolos contratos nos que intervén a Administración ós tribunais civís. Posteriormente coas reformas de Bravo Murillo de 1845, cópiase o sistema francés e recóllese, nun real decreto de febreiro de 1845 e no Regulamento do Consello Real do 30 de decembro de 1846, a suxeición destes contratos á xustiza administrativa.

A Lei de contratos do Estado, aprobada polo Decreto 923/1965, do 8 de abril, aínda cando sinalaba que o seu obxecto era o de “regularlos contratos que realice a Administración do Estado con persoa natural ou xurídica”, do texto da lei soamente se deducía que os contratos que esta regulaba eran os de obras, servicios públicos e subministracións, co fin de esquecer toda outra clase de contratos⁴. Por iso un dos obxectivos da nova Lei de contratos das administracións públicas é o de recoller, nun único corpo legal e de forma sistemática, a lexislación sobre contratación pública. A apa-

² *Ibidem*.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, volume I, cuarta edición, Civitas, Madrid, 1986, páx. 628.

⁴ MIRANDA GONZÁLEZ, J., *La contratación de las Administraciones Públicas*, Celeste Ediciones, Madrid, 1995, páx. 10.

rición de diversas disposicións sobre a materia (como os R.D. 1005/1974, R.D. 1465/1985 e R.D. 2357/1985) “esixen que se integren na nova (lei) que se promulga, para conseguila continuidade no propósito daquela (LCE) e que informa a redacción desta” (Exposición de motivos da Lei de contratos das administracións públicas). Como sinalaba o R.D. 1465/1985, a forma de actuación da Administración cando foi necesario regular novas figuras xurídicas, non consideradas expresamente na LCE ou no Regulamento consistiu en dicta-la adecuada norma que os regulase. Desta maneira, a regulación da contratación pública estaba espaxada en diversas disposicións, o que evidentemente, non era nin a finalidade prevista pola LCE nin o máis axeitado desde un punto de vista práctico.

Pero non é este o único dos motivos que xustifica a nova Lei de contratos das administracións públicas do 19 de maio de 1995. Podemos sinalar tamén os seguintes. En primeiro lugar trátase coa mesma de lle dar cumprimento a un mandato constitucional, xa que o art. 149.1.18ª da Constitución lle atribúe ó Estado competencia exclusiva para promulga-la lexislación básica sobre contratos administrativos. Ademais a adhesión de España á Comunidade Europea esixía a adaptación da nosa lexislación interna ó ordenamento xurídico comunitario, recollido en materia de contratación pública en diversas directivas. En terceiro lugar, trátase de acentua-la publicidade e a transparencia na contratación administrativa cunha serie de medidas para logra-la obxectividade da actuación administrativa e o respecto ós principios de igualdade e non discriminación que teñen o seu adecuado reflexo no principio de libre concorrencia, básico na contratación administrativa.

Aínda no caso de que a nova lei non poida substraerse ás modificacións filosóficas que a doutrina administrativista foi introducindo, segue mantendo o principio do *ius imperium*. Pero tamén hai que ter en conta que se trata dunha lei moderna que quere recolle-las novas correntes doutrinarias que tanto en dereito administrativo como no dereito en xeral propugnan unha menor rixidez da norma e un certo liberalismo no seu cumprimento⁵.

O libro que se comenta céntrase, dentro da materia dos contratos administrativos, no réxime de garantías. Como sinala o seu autor, unha das maiores preocupacións na contratación administrativa é a de asegurar que quen contrata coa Administración vai cumprilas obrigacións que legal ou contractualmente asumise. Pero, ¿cal é a regulación actual das garantías trala Lei de 1995? O libro obxecto desta recensión ocúpase diso.

A nova lei introduciu certas novidades na materia que tiveron como finalidade lograr unha maior flexibilidade nas garantías, para destaca-la incorporación á mesma dalgúns preceptos contidos no

⁵ *Ibidem*, páx. 12.


Regulamento Xeral de Contratación do Estado, o que se xustifica, na exposición de motivos, polo obxecto substantivo de que tratan ou pola súa importancia obxectiva.

O libro divídese en tres capítulos. No primeiro realízase unha reflexión sobre o tema das garantías na contratación administrativa, un estudio histórico destas, desde a Real orde do 16 de abril de 1846, polo que se aproban o prego de condicións xerais para as contratas de obras públicas de camiños, canles e portos e na que se esixía para poder ser admitido na poxa, afianza-la seguridade da súa boa construción, ata os nosos días. Así destaca o rigor técnico da Lei 13/1995, do 18 de maio, ó substituí-lo termo *fianzas* polo de *garantías*, máis correcto, xa que baixo a denominación de fianzas se incluían unha serie de instrumentos de garantías, que xuridicamente non se poden cualificar como tales.

O capítulo segundo estudia de maneira sistemática e moi detallada a garantía provisional: o momento en que debe prestarse, o lugar e a forma de constitución, a súa contía, a posible substitución da garantía provisional e os medios para presta-la mesma, as dispensas da prestación de garantía, excepcións á súa constitución, devolución e retención, etc. O tema dos medios para presta-la garantía (art. 36.1 da lei) é o que de maneira máis extensa trata o profesor García-Trevijano. Neste sentido examina a constitución en metálico da garantía, os valores, o aval e as entidades avalistas e o contrato de seguro de caución, instrumento de nova utilización no ámbito das garantías da contratación administrativa. Nesta materia é esencial o Real decreto 390/1996, do 1 de marzo. ¿Sería viable a hipoteca para constituí-la garantía provisional? A resposta do autor é negativa, xa que considera que na actualidade a hipoteca non é un medio idóneo para constituí-la garantía provisional ou definitiva.

No terceiro capítulo analízase a garantía definitiva: contía, momento e lugar de constitución, medios de prestación da mesma, reposición, garantías globais, complementarias e especiais, dispensas e excepcións, etc. Novidade fundamental da nova lei é a posibilidade dunha garantía global que cubra a totalidade dos contratos que un mesmo empresario manteña cunha mesma Administración ou cun mesmo órgano de contratación, sen especificación singular para cada contrato, e que responderá, xenérica e permanentemente, do cumprimento por parte do adxudicatario das obrigas de tódolos contratos establecidos coa mesma Administración pública. O autor, que insiste en que a Lei de contratos das administracións públicas neste aspecto esta falto do necesario desenvolvemento regulamentario, realiza unha configuración do que debería ser a forma de presta-las garantías globais. Polo que se refire ás garantías com-

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

plementarias, non se introducen especiais cambios con respecto á nova lei. O lugar idóneo, sinala García-Tevijano, para impoñe-la prestación da garantía complementaria é o prego de cláusulas administrativas particulares, xa que non cabe esixir *ex novo* a garantía complementaria mediante actos singulares da Administración contratante. 

Ignacio López-Chaves Castro

Profesor de dereito da Universidade de Vigo

Normas para a presentación de orixinais

1. Os traballos serán orixinais non publicados total ou parcialmente, nin enviados a outros medios de publicación.
2. Presentaranse en follas DIN-A4 mecanografadas a dobre espacio nunha soa cara e numeradas, incluíndo, de se-lo caso, e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folla á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterà abreviaturas nin notas.
5. Inclúiranse co título do artigo catro ou cinco descritores polos que se poida clasifica-lo artigo.
6. Baixo o título colocárase o nome do autor ou autores, incluíndose ó pé da páxina a profesión ou cargo principal co que desexan ser presentados.
7. O traballo irá precedido obrigatoriamente dun sumario ou resumo inferior a 150 palabras, sobre o contido e conclusións, sen notas ó pé. Acompañaranse á versión inglesa do sumario.
8. Os traballos completos enviaranse por triplicado.
9. A numeración dos apartados farase só con caracteres arábigos ata tres díxitos.
10. As notas a pé de páxina recolleranse ó final do manuscrito en folla á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas no-

tas) situaranse ó final do traballo e en orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:

Libros:

AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.

Artigos:

AUTOR (ano): Título do artigo, en título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar.

Nos casos de máis dun traballo do mesmo autor e ano, a este engadiráselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).

As citas, nas notas de páxina, remítanse á bibliografía final indicando o autor, ano (con a, b, etc.), volume e páxinas interesadas.

12. Se se utilizan abreviaturas ou siglas (organismo, revistas, etcétera), incluírase o seu listado detrás da bibliografía.
13. Achegarase o enderezo postal e teléfono dos autores e a data de remisión do orixinal.
14. Os traballos asinados expresan a opinión dos autores e son da súa exclusiva responsabilidade, para tódolos efectos.
15. Os autores comprométese a corrixi-las probas de imprenta nun prazo de sete días, e enténdese que, noutro caso, se outorga a conformidade co texto que aparece nelas. Non se poderá modificar substancialmente o texto orixinal a través desta corrección de probas.
16. Os traballos enviaranse a:

*Revista Galega de
Administración Pública*

EGAP

Pol. das Fontiñas, Rúa Madrid, 2-4
15707 Santiago de Compostela.
Galicia. España.