

LEGITIMACIÓN DE LAS ASEGURADORAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Especial énfasis a su rol de avalista en la contratación pública

Lic. Adán Lemus

Abogado de IUSPUBLIK, la red de especialistas de Derecho Público de la Región

En El Salvador el régimen de las adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública está esencialmente regulado por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública –en adelante LACAP-. En ella se regulan las acciones relativas a la planificación, adjudicación, contratación, seguimiento y liquidación de las adquisiciones de obras, bienes y servicios de cualquier naturaleza que la Administración Pública deba celebrar para la consecución de sus fines (Art. 1 LACAP). Dentro de las referidas normas se establece además la necesidad de otorgar garantías en las etapas precontractuales, contractuales y pos contractuales (Art. 31 LACAP). Todas ellas se otorgan con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contratista. Cuando el contratista incumple, la Administración Pública tiene la potestad de dar por caducado el contrato y con ello también ordena hacer efectivas las garantías que correspondan (Art. 100 LACAP). Pero, en todo ese procedimiento administrativo debemos cuestionarnos sobre quiénes tienen interés y por ende, tienen el derecho a ser oídos antes de la emisión del acto administrativo aludido.

En el procedimiento de extinción del contrato, el contratista es el primer interesado y hará valer sus medios de defensa en el momento oportuno. Pero además, también tiene interés el garante o avalista de sus obligaciones. Ello porque responde frente a la Administración Pública en los mismos términos que el contratista del importe de las obligaciones incumplidas. Es decir, sin poder oponer beneficio de excusión. Por ello, sus derechos e intereses están afectados en forma directa y de inmediato por el acto de la Administración que decreta, entre otros, hacer efectiva la garantía. Así lo ha entendido la Sala Tercera del Tribunal Supremo español – en adelante TS-, en sentencia dictada el 11 de junio de 2002 en el recurso de casación número 4081/97, entre otras.

El avalista, que normalmente es una sociedad de seguros, debe ser oído en el procedimiento administrativo de extinción del contrato al menos por dos razones normativas: i) porque el artículo 11 de la Constitución –en adelante Cn.- lo exige; y (ii) porque el artículo 81 del Reglamento de la LACAP –en adelante RELACAP- así lo establece.

El contenido básico del derecho de audiencia está regulado por el art. 11 Cn. esta garantía exige que antes de procederse a limitar o privar de un derecho u otra situación protegible jurídicamente a toda persona, ésta debe ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes. Ello tiene íntima relación con la estructura básica de un procedimiento constitucionalmente configurado el cual requiere a) un inicio conforme a derecho, b) audiencia a todos los interesados, c) efectividad del principio de contradicción y defensa, y d) emisión de una resolución fundada en derecho. Entonces, siendo el avalista un interesado conforme lo hemos expuesto debe ser oído en el procedimiento en aplicación directa del art. 11 Cn.

Asimismo, el artículo 81 RELACAP regula el procedimiento de extinción de los contratos. La disposición citada establece las formas para instruir el procedimiento de caducidad. El legislador del RELACAP prevé expresamente la legitimación de los intervinientes a través de un vínculo de “interés” en el objeto del procedimiento. Es decir, que los participantes en el procedimiento no están limitados a la institución contratante y el contratista. Lo anterior se reafirma de la lectura del inciso 3º del artículo 81 RELACAP, cuando expresa “en dicho auto se otorgará audiencia al interesado para que comparezca a manifestar su defensa en el término de cinco días hábiles”. En el derecho comparado, podemos observar que el carácter de interesado del avalista está expresamente regulado en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España, emitido mediante Real Decreto 1098/2001, ya que requiere en el procedimiento de la “Audiencia, también por plazo de diez días naturales, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía”.

Por todo ello, el avalista es interesado en el procedimiento de extinción del contrato y debe respetársele el derecho de audiencia. Pero ¿Qué sucede si la Administración Pública extingue el contrato y ordena hacer efectiva la garantía sin respetarle el derecho de audiencia? El avalista puede demandar la declaración de ilegalidad del acto administrativo de extinción del contrato por ser titular del derecho de audiencia que se violó en el procedimiento, ello en aplicación del art. 9 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Y es que, el acto mediante el cual finaliza el procedimiento de extinción del contrato es un acto típicamente administrativo. Asimismo, la exigencia de la garantía que se realiza como consecuencia de la extinción del contrato también tiene naturaleza administrativa. Su referencia al contrato administrativo, la operatividad de la misma y el hecho que se halle en juego el interés público determinan su naturaleza típicamente administrativa. Así lo reconoció el TS en la sentencia antes citada y en sentencia dictada el 30 de enero de 2015, en recurso de casación número 1825/2012, entre otras. Cabe aclarar que las sentencias citadas del TS corresponden a procesos iniciados por aseguradoras, quienes recurrieron al contencioso administrativo para hacer valer sus derechos.

Por todo ello concluimos, que las aseguradoras que otorgan garantías a favor del Estado para garantizar las obligaciones del contratista en la contratación pública, están legitimadas para demandar en la jurisdicción contenciosa administrativa por la violación a su derecho de audiencia cuando la institución contratante no les de intervención en el procedimiento de caducidad del contrato.