

Informe 6/00, de 11 de abril de 2000. "Interpretación del artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado en lo relativo a la facultad de la Mesa de contratación de conceder un plazo no superior a tres días para que los licitadores subsanen defectos consistentes en la falta de bastanteo de poderes".

ANTECEDENTES.

Por el Director General de Tráfico del Ministerio de Interior se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Le ruego sea atendida la presente consulta sobre la interpretación del artículo 101, párrafo segundo, del Reglamento General de Contratación del Estado, en lo relativo a la facultad de la Mesa de contratación de conceder un plazo no superior a tres días para que los licitadores subsanen los defectos materiales observados en la documentación presentada.

Nuestra consulta se centra en el caso del aval bancario aportado como garantía provisional para tomar parte en un concurso o subasta. En ocasiones este aval carece de la referencia a haberse cumplido el requisito del bastanteo, referencia obligatoria según el artículo 377, párrafo tercero, del citado Reglamento. Nuestra pregunta concreta es si tal deficiencia, la carencia de referencia expresa al cumplimiento del requisito de bastanteo, debe considerarse como un defecto material, para cuya subsanación la Mesa puede conceder al licitador un plazo no superior a tres días, o por el contrario se trata de un defecto insubsanable que lleva consigo automáticamente la exclusión sin que quepa conceder el mencionado plazo de subsanación.

La presente petición de informe se basa en el artículo 17 del R.D. 30/1991 de 18 de enero y su necesidad está justificada porque en la Mesa de contratación de este Organismo autónomo se debaten los dos criterios expuestos. Una parte de la Mesa es partidaria de la exclusión automática porque entiende que la carencia de referencia expresa al cumplimiento del requisito de bastanteo no es un simple defecto material. Otros componentes de la Mesa son partidarios de ofrecer la posibilidad de subsanación del citado artículo 101, porque entienden que en los procedimientos abiertos la

interpretación de la norma debe hacerse con criterio finalista, esto es, el que conduzca a la mayor concurrencia de ofertas, y entender que el concursante puede dar cumplimiento a la declaración omitida sin merma de la garantía que representa el aval.

Todos los componentes de la Mesa han convenido en que se formule la presente consulta."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La consulta formulada por el Director General de Tráfico se centra en si, al amparo del artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado, puede considerarse o no defecto subsanable la falta de bastanteo de poderes en avales constituidos como garantías, evidentemente provisionales, y puede ser resuelta reiterando simplemente criterios ya expuestos por esta Junta Consultiva.

2. Con carácter general, en dos informes de 10 de noviembre de 1997 (expedientes 37/97 y 44/97) se declaraba lo siguiente:

El artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado es uno de aquellos preceptos que, no mencionado expresamente en la disposición derogatoria única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puede considerarse subsistente sólo en cuanto no se oponga a su contenido, por lo que la primera tarea que se impone es proceder a una interpretación conjunta del precepto reglamentario con el artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que es el que regula la presentación de la documentación que debe acompañar a las proposiciones económicas, para concluir en qué términos el precepto reglamentario, sin contradecirlo, puede desarrollar el precepto legal.

El artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala que las proposiciones -y hay que entender que se refiere a todas las presentadas al no realizar distinción alguno- deberán ir acompañadas en sobre aparte de los documentos que acrediten la personalidad y, en su caso, la representación, la clasificación o solvencia de los empresarios, de una declaración responsable sobre no estar incurso la empresa en prohibición de contratar, del resguardo acreditativo de la garantía provisional, de los documentos acreditativos de hallarse al corriente el empresario de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social y, para las empresas

extranjeras, de una declaración de sumisión a los Juzgados y Tribunales españoles y de renuncia al propio fuero.

Fácilmente se comprende que la interpretación conjunta del artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado no puede conducir a la conclusión de que el segundo pueda servir para eludir el cumplimiento del primero, pues en este caso se opondría a su contenido y habría que considerarlo derogado tácitamente, por lo que la primera conclusión que debe sostenerse es la de que el artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe ser cumplido y, por tanto, descartar la alternativa que se consigna en el escrito de consulta de que la falta de cualquier documento exigido pueda calificarse de defecto material y ser objeto de subsanación.

Partiendo, por tanto, de que el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado debe tener un alcance más restringido, evitando que, mediante el mismo, pueda eludirse el cumplimiento del artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, hay que proceder a la interpretación de la expresión "defectos materiales en la documentación presentada" y subsanación de "error", que utiliza el citado artículo 101 del Reglamento, partiendo de que, con dichas expresiones se está empleando la técnica de los "conceptos jurídicos indeterminados" que, por tanto, no pueden ser sustituidos por una enumeración exhaustiva de los posibles errores o defectos materiales que se pueden apreciar en la compleja documentación que, según el artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debe acompañarse a las proposiciones, sino que su concurrencia o no debe apreciarse por el órgano de contratación sobre la base precisamente de lo dispuesto en el artículo 101 del Reglamento en el sentido de que se trate de errores o defectos materiales de la documentación presentada.

En este sentido -y por vía de informe- sólo pueden sentarse criterios generales que sirvan para considerar el error o defecto material como subsanable debiendo señalarse que tal carácter revestirán cuando no afecten al cumplimiento del requisito en sí, sino a su acreditación, criterio del que ha hecho aplicación esta Junta Consultiva en su informe de 18 de octubre de 1996 (expediente 56/96).

En relación con estos informes hay que señalar que la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, da nueva redacción al artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el sentido de limitar al adjudicatario la obligación de acreditar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, modificación que, obviamente, para nada afecta a la cuestión suscitada.

3. El último informe citado de 18 de octubre de 1996, con carácter más específico para la subsanación del defecto consistente en la falta de acreditación de la representación de entidades aseguradoras en la constitución de seguros de caución, mostraba un criterio favorable a la consideración como defecto subsanable con fundamento en la normativa aplicable al seguro de caución y a la doctrina jurisprudencial interpretativa de la posible subsanación de defectos en la contratación administrativa.

Se planteaba, como supuesto de hecho, la falta de acreditación de la representación al haberse bastantado los poderes con fecha anterior a la entrada en vigor del nuevo modelo de certificado incluido como Anexo V en el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo y, después de determinadas consideraciones sobre la regulación del seguro de caución como forma de garantía en la contratación administrativa se razonaba lo siguiente:

"La conclusión sentada se ve notablemente reforzada por las consideraciones que, acerca del significado y alcance de las garantías provisionales han de realizarse y por el carácter flexible que ha seguido la unánime y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo producida en el extremo concreto de constitución de garantías provisionales en la contratación administrativa.

Desde el punto de vista del interés público que la contratación administrativa representa resulta muy distinto el significado de las garantías provisionales y de las garantías definitivas, puesto que las primeras responden a la finalidad de garantizar la seriedad de las ofertas, evitando que su retirada injustificada impida la adjudicación del contrato o determine la adjudicación a ofertas menos ventajosas a las retiradas, mientras que las garantías definitivas aseguran la correcta ejecución de un contrato ya adjudicado, por lo que la mayor importancia de esta últimas significa un tratamiento más riguroso de la constitución de garantías definitivas en la normativa contractual y en la doctrina jurisprudencial, teniendo en cuenta, además, que, como se pone de relieve en el escrito de consulta, un criterio excesivamente riguroso en la exigencia de los requisitos de constitución de las garantías provisionales, sin permitir su subsanación, daña sensiblemente el principio de concurrencia,

criterio expresamente admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que más adelante examinaremos.

La normativa vigente, ciñéndonos al contrato de obras, acoge este distinto significado, puesto que, con arreglo a ella, mientras la constitución de garantías definitivas no es dispensable en ningún caso, el artículo 36.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas admite que el órgano de contratación pueda dispensar en el pliego de cláusulas administrativas particulares de la prestación de la garantía provisional a aquellas empresas que acrediten la clasificación requerida para concurrir a la licitación en los contratos de obras de cuantía inferior a la señalada en el artículo 135.1, sin que esta última limitación derive de un argumento inherente a la propia esencia de la garantía, sino que es consecuencia de las Directivas comunitarias en el sentido de que, al no ser exigible la clasificación a empresarios comunitarios no españoles se produciría una discriminación negativa para éstos comparativamente con los empresarios españoles, si se dispensase de la prestación de garantías provisionales a los clasificados sin limitación de cuantía (lo que sucedía en la legislación anterior). En definitiva lo que se quiere resaltar es que la menor importancia de la garantía provisional, en relación con el interés público representado por la ejecución del contrato, determina un criterio más flexible en la exigencia de requisitos que se traduce incluso en el trámite específico de subsanación de defectos, existente en la garantía provisional previsto en el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado.

Es a través de este trámite de subsanación de defectos, donde la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto su doctrina en orden a los defectos de apoderamiento en la constitución de garantías provisionales en la contratación administrativa (fianzas en la terminología de la legislación anterior) basándose en el criterio de que los defectos de apoderamiento son, en términos generales, subsanables y ligando esta posibilidad a la necesidad de no infringir el principio básico de la contratación administrativa de libre concurrencia a través del rechazo de proposiciones por defectos formales de apoderamiento lo que puede ser evitado con aplicación de los trámites de subsanación.

De las diversas sentencias del Tribunal Supremo que han abordado la cuestión de la suficiencia o insuficiencia de poderes, en el primer aspecto reseñado, -la posibilidad de subsanación- deben citarse la sentencia de 22 de noviembre de 1973, que con cita de otra anterior de 3 de enero de 1949

declara que si bien las formas de contratación administrativa constituyen obligaciones indeclinables y los vicios de procedimiento originan la nulidad del mismo, "de tales doctrinas no puede hacerse un dogma jurídico de tal rigidez, que la contratación administrativa se transforme en una actuación de estilo obligado, hasta el extremo de que la más mínima infracción u omisión representa la inexistencia o la nulidad absoluta y radical del contrato" y la sentencia de 17 de febrero de 1984 expresiva e que "en principio, la representación se presume y, de existir dudas..... la solución no debió ser la de eliminar como licitadora a tal empresa, en perjuicio de los intereses públicos, sino la de procurar la clarificación del problema, ya que, como regla, los defectos de representación son subsanables" añadiendo el razonamiento de que "la preclusión de aportaciones documentales tienden a evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, más no la de aclarar dudas que los Agentes de la Administración tengan en ese momento, pero en las que pudo honestamente no pensar el concursante afectado por ellas ". En cuanto al segundo aspecto aludido -el quebranto del principio de concurrencia por eliminación de contratistas con defectos subsanables de apoderamiento-, aparte de las alusiones al perjuicio a los intereses públicos de la citada sentencia de 17 de febrero de 1984 y la que la sentencia de 19 de enero de 1995 hace a que la interpretación restrictiva y aislada del artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado puede afectar al principio de libertad de concurrencia, su expresión más concreta se incorpora a la sentencia de 22 de junio de 1972, expresiva de que el principio de concurrencia "prohíbe limitar la concurrencia de licitadores a pretexto de una interpretación literalista que conduzca a una conclusión absurda por ser contraria al sistema legal que rige la contratación administrativa" y a la sentencia de 29 de abril de 1981 que declara que el rechazo de proposiciones por defectos en el modo de acreditar la constitución de la fianza provisional "ha supuesto lesión para los intereses económicos de la Administración, intereses a cuya satisfacción tiende el principio de libertad de concurrencia en la contratación administrativa, enderezado a conseguir la máxima competencia posible y a garantizar la igualdad de acceso a la contratación pública".

4. A la vista de los anteriores criterios y salvando también las modificaciones que la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, establece en la regulación de las garantías provisionales que para nada afectan a la cuestión suscitada, fácilmente se puede llegar a la conclusión de que la falta de bastanteo de un poder constituye un defecto subsanable, al amparo del artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado, si se tiene en cuenta que tal falta no afecta a la existencia del poder y a su suficiencia, pues el poder puede existir y ser

suficiente aunque le falte el requisito meramente formal de su bastanteo, por lo que, subsanado éste, el poder puede y debe desplegar los efectos inherentes al mismo que ya existían desde el momento de su otorgamiento.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la falta de bastanteo de poderes en la constitución de garantías provisionales constituye un defecto subsanable debiendo aplicarse, para su subsanación, la tramitación prevista en el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado.