

Informe 56/96, de 18 de octubre de 1996. 'Subsanación de la acreditación de poderes en las garantías provisionales prestadas en forma de certificado de seguros de caución.

8.14. Otros informes. Régimen de las garantías en los contratos.

ANTECEDENTES.

Por el Subsecretario del Ministerio de Fomento se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"La Asociación de empresas constructoras de ámbito nacional, SEOPAN, se ha dirigido al Secretario de Estado de Infraestructuras y Transportes exponiendo que, según manifestación de algunas de las empresas afiliadas a la Asociación, éstas habrían visto rechazadas sus ofertas contractuales en determinadas licitaciones por cuanto a criterio de la Mesa de contratación, los correspondientes certificados de seguros de caución aportados no serían válidos a los efectos previstos en los artículos 36.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 17 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo. Según la Mesa, los apoderados de las entidades aseguradoras firmantes de los certificados no tendrían debidamente acreditada su representación al haber sido bastanteados sus poderes notariales con fecha anterior a la de entrada en vigor del nuevo modelo de certificado incluido, como Anexo V, en el citado Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo.

De acuerdo con la información facilitada por la Dirección General de Carreteras, los pasados 3 y 10 de septiembre han sido rechazadas por la razón expuesta 67 ofertas en 12 licitaciones, siendo de esperar que los interesados presenten la oportuna reclamación.

Ante esta situación procede formular, a juicio de esta Subsecretaría, las consideraciones siguientes:

En primer lugar, resulta evidente que la exclusión de tan alto número de licitadores daña sensiblemente el principio de concurrencia, sacrificándose, por razones ajenas a lo que es el contenido real de la oferta, la posibilidad de acceder a la mejor si estuviera entre las rechazadas.

En segundo lugar, el derecho que asiste a los titulares de las ofertas rechazadas de recurrir la decisión de la Mesa de contratación plantea cuál debe ser al respecto la decisión última del órgano de contratación.

Si nos atenemos a la primera consideración realizada, debe subrayarse que el defecto advertido por la Mesa de contratación, dado los numerosos casos en que en él se ha incurrido, parece explicable y excusable por la novedad que ha supuesto la introducción de la figura del seguro de caución y del modelo de certificado aprobado por el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, así como por el criterio de la propia Caja General de Depósitos, criterio que se recoge en algún escrito de la misma, aceptando hasta la fecha límite del 31 de mayo certificados no ajustados a las exigencias del modelo.

En función de lo anterior cabría concluir que existe un error generalizado que aconseja, por razones antiformalistas y de interés público, y en todo caso sin detrimento de las garantías procedimentales que establece la legislación de contratos, interpretar que el mencionado defecto resulta subsanable en los términos que prevé el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado vigente en este punto.

Esta interpretación no lesiva, como se ha indicado, para las garantías impuestas por el ordenamiento contractual, permitiría conjugar las exigencias del interés público, ya que se tendría acceso para su selección a las eventuales mejores ofertas que ahora quedan enervadas, con los intereses de los propios contratistas que podrían subsanar el defecto advertido manteniendo vivas sus opciones a la adjudicación.

Es consciente esta Subsecretaría de que el tratamiento del problema suscitado no puede hacerse con carácter singular, resultando obligado, en consecuencia, establecer unos criterios generales y homogéneos para toda la Administración del Estado. En este sentido las pautas interpretativas, de prosperar las consideraciones más arriba formuladas, habrían de referirse a un horizonte temporal límite que podría ser definido por las correspondientes instrucciones que emanaran de la Intervención General y del Servicio Jurídico del Estado.

Por lo expuesto, esta Subsecretaría interesa de esa Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, regulador de su Régimen Orgánico y Funcional, la emisión del correspondiente informe sobre la cuestión suscitada que permita sustentar fundadamente las decisiones que se adopten tanto por las Mesas de contratación como en las reclamaciones que contra las decisiones ya adoptadas por las mismas pudieran deducirse".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como expresamente se consigna en el escrito en el que se formula la consulta, la cuestión a dilucidar en el presente informe consiste en determinar si procede interpretar que existe un defecto subsanable en el supuesto de hecho a que hace referencia y que consiste en el rechazo por las Mesas de contratación de certificados de seguros de caución al considerar que los firmantes de los certificados no tenían debidamente acreditada su representación al haber sido bastanteados sus poderes con fecha anterior a la de entrada en vigor del nuevo modelo de certificado incluido, como Anexo V, en el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo.

Como el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado, que debe considerarse vigente al amparo de lo dispuesto en la disposición derogatoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece la posibilidad de subsanar defectos materiales en la documentación presentada, la cuestión a resolver se centra en determinar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, puede apreciarse la existencia de defectos subsanables, los que, a su vez, requiere realizar determinadas consideraciones sobre la regulación del seguro de caución como forma de garantía en los contratos administrativo, en particular, sobre el requisito del bastateo de poderes y sobre alcance y significado de las garantías provisionales.

2. El seguro de caución es una modalidad del seguro contra daños que aparece definido en el artículo 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, en el sentido de que por el seguro de caución el asegurador se obliga en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato, añadiendo, como es propio de la fianza, que todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro.

La inclusión del seguro de caución como una de las modalidades de garantías, tanto provisionales como definitivas, en la contratación administrativa, es una novedad de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, posteriormente confirmada por la disposición adicional segunda de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, si bien esta última no se refiere exclusivamente a la contratación administrativa, sino, con carácter general a las distintas esferas de la actuación administrativa.

Ciñéndonos al campo de la contratación administrativa los artículos 36 1 c) y 37 1 c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecen, respectivamente, que las garantías provisionales y definitivas podrán constituirse por contrato de seguro de caución celebrado en la forma y condiciones que reglamentariamente se establezcan, con entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de caución. Por su parte, el artículo 47.3 de la propia Ley establece ciertas reglas del seguro de caución carentes de interés a los efectos del presente informe.

La remisión a normas reglamentarias que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas realiza en cuanto a la constitución de garantías mediante seguro de caución ha motivado que el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley, dedique el Capítulo III a la regulación de las garantías y entre ellos específicamente el artículo 17 a la garantía constituida mediante seguro de caución, de cuyo contenido, a efectos del presente informe, conviene destacar el primer párrafo de su apartado 4 expresivo de que a efectos de constitución de garantías la consistente en seguro de caución deberá constituirse en forma de certificado individual de seguro, con la misma extensión y garantías que las resultantes de la póliza, precepto que se completa con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 18 expresivo de que la constitución de garantías se ajustará a los modelos que se indican en los respectivos anexos, de los cuales el V corresponde al modelo de certificado de seguro de caución cuya parte inferior se refiere a la "verificación de la representación por la Asesoría Jurídica o Abogacía del Estado".

De esta regulación del seguro de caución se pueden extraer una serie de conclusiones que constituyen un primer argumento para mantener una respuesta afirmativa un orden a la posibilidad de considerar la existencia de defecto subsanable en la hipótesis a que se refiere la consulta.

En primer lugar y, ante todo, debe resaltarse, como se ha indicado, que la modalidad de seguro de caución no es creada por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni por la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, que lo único que hacen es admitirla como una garantía específica en la contratación administrativa, en particular, según la Ley citada en primer lugar o, en general, en actuaciones ante las Administraciones Públicas, según la segunda. Consecuencia de lo anterior es que en cuanto al requisito de la suficiencia del poder para celebrar en nombre de la compañía aseguradora un contrato de seguro de caución, que es lo que ahora procede examinar, no resulta procedente su regulación en la legislación de contrato de las Administraciones Públicas, que efectivamente no la contiene, ni puede descartarse la existencia de poder suficiente, como al parecer se ha hecho, por la sola circunstancia de que el bastanteo o verificación del poder se haya producido con anterioridad a la entrada en vigor del anexo V del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, pues resulta evidente que, con anterioridad a dicha fecha, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, podían existir apoderamientos suficientes, de hecho existirían, para poder constituir seguros de caución con plena eficacia y con independencia de que los mismos hubieran de surtir efectos ante la Administración en materia de contratación, pues lo contrario equivaldría exigir un poder tan específico - para celebrar contratos de seguros de caución con la finalidad específica de servir de garantías en la contratación administrativa-, cuya exigencia no tendría fundamento en precepto concreto del ordenamiento jurídico sino que, por el contrario contradeciría los principios generales y las reglas concretas que incluye el ordenamiento jurídico español en materia de representación.

Si del nivel de preceptos de rango legal se desciende a los de carácter reglamentario se llega a idénticas conclusiones pues basta observar que los artículos 17, 19, 18 y el anexo V del Real Decreto 390/1996 de 1, de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el aspecto que aquí interesa, se limitan a establecer que la garantía mediante seguro de caución deberá constituirse en forma de certificado individual de seguro, ajustado al modelo incluido en el anexo V, el cual, como anteriormente se ha indicado, se limita a consignar, por lo que respecta al dato de la representación, la

necesidad de verificar la misma por la Asesoría Jurídica o Abogacía del Estado, sin que de la regulación reglamentaria se deduzca otro requisito que el de esta verificación, con la finalidad de acreditar su suficiencia, independientemente de la fecha en que el apoderamiento haya sido otorgado o bastantado.

En este punto del examen de la normativa reglamentaria relativa a las garantías en la contratación administrativa hay que destacar la diferencia sustancial existente entre el aval y el seguro de caución. El aval constituye una modalidad de garantía admitida en la anterior legislación de contratos del Estado a la que el Reglamento General de Contratación del Estado dedicaba diversas normas que han quedado, en gran parte subsistentes, como resultado de las disposiciones derogatorias de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del Real Decreto 390/1996, en particular el artículo 377 referente al requisito del bastantado de los poderes del avalista, siendo esta circunstancia de la existencia de una regulación anterior del aval la que ha motivado que las disposiciones transitorias primera y segunda del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, permitan durante el plazo de un año y seis meses, respectivamente, la aplicación de la normativa anterior, modificada por la vigente en determinados aspectos de la constitución de avales. Por el contrario, el seguro de caución, como hemos resaltado suficientemente, constituye en su aplicación a la contratación administrativa, una novedad de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, lo que determina que, respecto del mismo, no exista normativa a nivel reglamentario, que pueda considerarse subsistente después de la entrada en vigor de la legislación actual; que su constitución no haya motivado disposiciones transitorias para conciliar la aplicación de la normativa anterior y la vigente y, en definitiva, y esto es lo que interesa resaltar, que las dudas y dificultades que la aplicación del seguro de caución pueden suscitar en su aplicación a la contratación administrativa pueden derivar en múltiples ocasiones de la novedad de su regulación, lo que justificaría un tratamiento adecuado por la vía de subsanación de defectos para corregir las deficiencias que por los órganos de contratación, por las entidades aseguradoras o por lo propios contratistas hayan podido producirse por este motivo.

Precisamente esa inexistencia de normas reglamentarias, distintas de las del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, aplicables al seguro de caución es lo que determina que deba descartarse la argumentación de la Sentencia de 9 de mayo de 1994 del Tribunal Supremo, que debe quedar circunscrita al aval, en cuanto que el precepto esencial que cita para justificar la exclusión del aval por defectos del apoderamiento es precisamente el artículo 377 del Reglamento General de Contratación del Estado.

A modo de resumen de este apartado puede afirmarse que el seguro de caución como modalidad de garantía en la contratación administrativa es una novedad de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, si bien su realidad anterior en el ámbito mercantil impide el rechazo automático de poderes por la exclusiva razón de la fecha en que hayan sido bastantados, lo que unido a la circunstancia de la inexistencia de normas reglamentarias anteriores a la entrada en vigor de la normativa vigente determina la conveniencia de considerar defecto subsanable, al amparo del artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado, las deficiencias que en la acreditación de la vigencia y suficiencia de los apoderamientos otorgados por entidades aseguradoras hayan podido producirse en el caso sometido a consulta de esta Junta.

3. 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 los 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 estrategias 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. Para finalizar el presente informe conviene destacar que los razonamientos últimamente expuestos resultan de plena aplicación al supuesto de hecho al que se refiere la consulta pues si como informa la Dirección General de Carreteras, los pasados 3 y 10 de septiembre han sido rechazadas, por razones de la fecha de bastanteo de poderes, 67 ofertas en 12 licitaciones, es evidente que se conculca el principio de libre concurrencia en la contratación administrativa. Si a ello se une, la posibilidad de que prosperen reclamaciones de los interesados por los argumentos expuestos a lo largo del presente informe, fácilmente se comprende que el criterio de esta Junta sea favorable, en este caso concreto, a la subsanación de los defectos que hayan podido concurrir en los de acreditación de los poderes otorgados por entidades aseguradoras para la constitución de garantías provisionales mediante seguro de caución.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho que se somete a su informe permite aplicar el trámite de la subsanación de defectos previsto en el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado para la acreditación de la representación de entidades aseguradoras en la constitución de seguros de caución, como modalidades de garantías provisionales, 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.