

Informe 27/04, de 7 de junio de 2004. «Defectos subsanables e insubsanables en materia de acreditación de poderes de los representantes que concurren a la adjudicación de un contrato».

Clasificación de los informes: 16.2. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. Subsanación de defectos o errores.

ANTECEDENTES

Por el Presidente de la Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional (SEOPAN) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito en el que solicita informe en el sentido de "si la falta de aportación en la documentación administrativa entregada del poder del apoderado que ha suscrito la oferta económica es defecto subsanable o, por el contrario es causa de exclusión".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En numerosos informes esta Junta Consultiva tanto en relación con el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado, como en relación con el vigente artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, ha venido sosteniendo que, sin ser posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, "ha de considerarse que reúnen tal carácter los que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate pero no a su cumplimiento, entre otros, como más recientes, informes de 30 de junio de 1999, 11 de abril y 30 e octubre de 2000, 17 de diciembre de 2002 y de 28 de febrero de 2003-expedientes 22/99, 6/00, 31/00, 35/02 y 48/02).

Por referirse a un supuesto muy similar al presente –poderes en garantías provisionales- y a la doctrina del Tribunal Supremo sobre subsanación, debemos remitirnos a nuestro informe de 18 de octubre de 1996 (expediente 56/96) que, dejando aparte los razonamientos referentes al seguro de caución realizaba las siguientes consideraciones:

"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 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".

Lo expuesto anteriormente es perfectamente aplicable al supuesto de hecho de la presente consulta -, la falta de poder o falta de acreditación del poder existente -, debiendo considerarse insubsanable el primer extremo de la alternativa y subsanable el segundo.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa reiterando criterios anteriormente expuestos entiende que, la falta de poder en el momento de presentar la documentación es defecto insubsanable y, por el contrario, la falta de acreditación de un poder existente es defecto subsanable.