

Informe 35/02, de 17 de diciembre de 2002. "Régimen y alcance de la subsanación de defectos u omisiones en la documentación que tienen que aportar las empresas e inviabilidad de la aplicación en tales supuestos del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

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

ANTECEDENTES

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Castellón de la Plana se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"En los expedientes de contratación que tramita este Excmo. Ayuntamiento se ha planteado con frecuencia la cuestión relativa a si los defectos u omisiones de la documentación administrativa requerida legalmente y detallada en los pliegos son o no subsanables.

Las Mesas de Contratación municipales han seguido el criterio, luego asumido por los órganos de contratación, de considerar como no subsanable la omisión de cualquiera de los documentos de obligada presentación conforme a las disposiciones legales aplicables. En cambio, siempre han considerado subsanable la acreditación fehaciente de los documentos presentados mediante fotocopia simple y la falta de algunos datos necesarios en los documentos presentados. La falta de constitución de garantía provisional dentro del plazo de presentación de proposiciones siempre se ha considerado insubsanable.

Con la entrada en vigor del nuevo Reglamento General. de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, el Ayuntamiento se cuestiona si debe modificar estos criterios de subsanabilidad documental. Y ello porque en el artículo 81.2 del nuevo reglamento se habla, sin ninguna limitación, de "defectos u omisiones subsanables", frente a la redacción del artículo 101.2 del Reglamento de 1975 que se refería únicamente a la posibilidad de subsanar "el error" cuando se observaran "defectos materiales".

Por el carácter supletorio de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, expresamente reconocido en la Disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, parece que los preceptos reglamentarios sobre subsanabilidad de documentación administrativa presentada por los licitadores hay que aplicarlos de acuerdo con el artículo 71 de la ley procedimental común, que

establece la obligación de requerir a los solicitantes para que subsanen cualquier omisión documental, antes de inadmitir su instancia. Únicamente sería peculiar en los procedimientos de contratación el órgano competente para tal requerimiento (la Mesa de Contratación), la forma de comunicarlo (verbalmente y con publicación en el Tablón de Anuncios del Ayuntamiento) y el plazo de subsanación (tres días hábiles, que habría que entender como improrrogables conforme a lo dispuesto en el núm. 2 del artículo 71 citado).

Si bien, teniendo en cuenta que se trata de requisitos necesarios para concurrir a un procedimiento competitivo en el que existe un plazo perentorio legal para presentar las proposiciones, parece que sería necesario que la documentación justificativa de tales requisitos, se presentara en el sobre o en el plazo de subsanación documental, acredite suficientemente que se reúnen tales requisitos durante ese plazo pero no con posterioridad, pues en caso contrario no podrían haber concurrido a la licitación.

Si esos son los criterios de aplicación de las normas, y todos los defectos y omisiones de los documentos que deben incluirse en el sobre de documentación administrativa son subsanables siempre que en el plazo de subsanación se acredite fehacientemente que dentro del plazo de presentación de proposiciones se cumplen los requisitos legales, parece que deberían aplicarse también a la acreditación de la garantía provisional, en el caso de que el pliego la exigiera. Aunque ello plantea el problema de que, cuando la garantía provisional se constituya mediante aval o seguro de caución, no habrá constancia fehaciente de la fecha del documento, lo que no parece corresponderse con el rigor con el que la ley trata la perentoriedad de los plazos de presentación de proposiciones y la exigencia de los requisitos de las empresas para concurrir a las licitaciones. Esta dificultad podría resolverse si los pliegos exigen, tal como se ha venido haciendo en los aprobados por este Ayuntamiento, que tales documentos estén intervenidos notarialmente. Ante las dudas planteadas y su trascendencia para la admisión o no de licitadores, al amparo de lo establecido en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, solicito informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre los siguientes extremos:

- 1. Si, de acuerdo con lo establecido en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; las Mesas de Contratación deben considerar subsanable cualquier omisión u error en la documentación administrativa del artículo 79.2 de dicha Ley, incluso la omisión global de documentación administrativa.*
- 2. Si las Mesas sólo pueden considerar subsanada la falta de documentación acreditativa de requisitos legales cuando la que se presente en el trámite de subsanación acredite de forma fehaciente que el requisito se reúne en la fecha en que termina*

el plazo de presentación de proposiciones.

3. *Si existe alguna peculiaridad del régimen de subsanación de la garantía provisional y si los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueden exigir que los avales o certificados de seguro de caución en que pueden instrumentarse se encuentren intervenido notarialmente*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como claramente se expresa en el escrito de consulta son tres las cuestiones que somete a consideración de esta Junta y que, aunque íntimamente enlazadas entre sí, deben examinarse y resolverse por separado.

2. La primera cuestión que se plantea consiste en determinar si, de acuerdo con lo establecido en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debe considerarse subsanable cualquier omisión o error en la documentación administrativa a que se refiere el artículo 79.2 de dicha Ley, incluso la omisión global de la documentación administrativa.

En el escrito de consulta este planteamiento –la omisión de toda la documentación debe considerarse subsanable- pretende fundamentarse en la nueva redacción del artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, comparativamente con la del artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado y en la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, concretamente de su artículo 71.

La principal modificación que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas introduce en relación con su precedente el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado consiste en superar el carácter discrecional que la subsanación tenía en este último –podía conceder, si lo estima conveniente- convirtiéndolo en preceptivo dicho trámite en la redacción actual “si la mesa observase defectos u omisiones subsanables lo comunicara....”

Por el contrario, la sustitución de los términos “defectos materiales” y “error” utilizados por el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado por la expresión “defectos u omisiones subsanables” que utiliza el artículo 81.2 del Reglamento vigente, constituye una mejora técnica de redacción sin alcance práctico alguno pues lo único que trata es de desvincular del concepto restringido de error la posibilidad de subsanación y ajustar la terminología del precepto a la doctrina jurisprudencial sobre la materia.

En cuanto al carácter supletorio del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la supletoriedad solo debe entrar en juego ante una falta de

regulación específica de la norma suplida y es evidente que, tanto el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado contenía como el artículo 81.2 del vigente Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene una regulación suficiente de la subsanación de errores, omisiones y defectos, que impiden que por la vía de la disposición adicional séptima de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se produzcan consecuencias inadmisibles, cual es la señalada en el escrito de consulta de que la falta total de la documentación a presentar por los licitadores pueda ser subsanada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Conforme a lo indicado y con arreglo al artículo 81.2 del Reglamento habrá omisiones o defectos subsanables e insubsanables, por lo que no todo error será subsanable, lo que dependerá de su naturaleza conforme se señala en los apartados siguientes de este informe.

En particular, la cuestión de que el cumplimiento del artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (hoy, 79 del Texto refundido) pueda ser eludido por la vía del artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado (hoy, artículo 81.2 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) ya ha sido abordada para sentar una conclusión negativa en los informes de esta Junta de 10 de noviembre de 1997 (expedientes 37/97 y 44/97) y de 11 de abril de 2000 (expediente 6/00), basándose en el mayor rango de los preceptos legales sobre los reglamentarios. Como resumen de este apartado puede concluirse que la nueva terminología del artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no ha supuesto alteración en la regulación de la subsanación de errores, omisiones o defectos, de la documentación presentada, salvo la acentuación de su carácter preceptivo, frente al discrecional de la normativa reglamentaria anterior, sin que, por la vía del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pueda eludirse el cumplimiento del artículo 79 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. Enlazando con lo anterior, la segunda cuestión que se plantea es la de si sólo se puede considerar subsanado la falta de documentación acreditativa de requisitos legales cuando la que se presente en el trámite de subsanación acredite de forma fehaciente que el requisito se reúne en la fecha en que termina el plazo de presentación de proposiciones.

En este extremo hay que remitirse a informes anteriores de esta Junta que, aunque referidos al artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado, son perfectamente trasladables, por lo razonado, al artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (informes de 8 de octubre de 1996, 14 de julio y 10 de noviembre de 1997, 30 de junio de 1999 y 11 de abril de 2000 – expedientes 56/96, 26/97, 37/97, 44/97, 22/99 y 6/00).

En dichos informes esta Junta ha sostenido que las expresiones de “defectos materiales en la documentación presentada” y “error”, extensibles hoy a los de “defectos u omisiones subsanables”, utilizan la técnica de los “conceptos jurídicos indeterminados” que, por tanto, no pueden ser sustituidos, a nivel

interpretativo, por una enumeración exhaustiva de los posibles errores, defectos u omisiones que se pueden apreciar en la compleja documentación que, según el artículo 80 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (hoy artículo 79 del Texto refundido), debe acompañarse a las proposiciones, sino que su concurrencia o no debe apreciarse por el órgano de contratación sobre la base de lo dispuesto en el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado (hoy artículo 82.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), añadiéndose que “en este sentido – y por vía de informe - solo 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.”

4. La última cuestión que se plantea es la de si existe alguna peculiaridad del régimen de subsanación de la garantía provisional y si los pliegos pueden exigir que los avales o certificados de seguro de caución en que pueden instrumentarse se encuentren intervenidos notarialmente.

Dando una respuesta negativa a la existencia de especialidades o peculiaridades del régimen de subsanación de la garantía provisional, constituida mediante aval o seguro de caución, también debe señalarse que no se entiende la dificultad de apreciar la fecha de constitución de la garantía provisional, pues si dicha constitución se ajusta a los modelos de los Anexos V y VI del Reglamento de 12 de octubre de 2001, o a la que, en su caso, establezcan las Comunidades Autónomas de conformidad con la disposición final primera, apartado 2 del mismo Reglamento, siempre deberá constar fehacientemente la fecha de constitución de la garantía, sin que sea necesario añadir un requisito – la intervención notarial - que no es exigido por la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio, además, de que las falsedades que puedan apreciarse puedan ser corregidas por vía jurisdiccional, incluso penal.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no ha alterado sustancialmente, en cuanto la apreciación de defectos u omisiones subsanables, la regulación del artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado que se refería a defectos materiales o errores.

2. Que el artículo 79 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe primar sobre el contenido de las disposiciones reglamentarias, sin que pueda eludirse su cumplimiento por la vía de subsanación de defectos.

3. Que la apreciación de defectos subsanables o insubsanables corresponde al órgano de contratación, sin que por vía interpretativa, pueda establecerse una lista exhaustiva, sino criterios generales ya marcados con anterioridad por esta Junta.

4. Que en cuanto a la fecha de constitución de la garantía deberá estarse al contenido del apartado 4 de este informe.