

Posibilidad de subsanar errores materiales en la documentación presentada por los licitadores. Informe 6/1998, de 24 de julio.

TIPO DE INFORME: *Facultativo*

DICTAMEN

ANTECEDENTES

Por la Ilma. Sr^a. Directora General de Política Social se dirige escrito al Sr. Presidente de esta Junta Regional de Contratación Administrativa con el siguiente contenido:

" De acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, se solicita por parte de la Directora General de Política Social que actúa a su vez como Órgano de Contratación de este ISSORM, se faciliten normas o medidas a seguir a la hora de valorar la documentación presentada por los licitadores en cada uno de los expedientes de contratación que se tramitan en este Organismo, y más concretamente en lo relativo a la calificación de errores materiales subsanables considerando si ello es aplicable solamente a errores en documentos presentados, o abarca también a la falta de algún documento que aún estando exigido en los pliegos no se considere de importancia como para dar lugar a la exclusión de la empresa, con indicación expresa de cuales serían estos documentos".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. En opinión de la Junta, la solución a los problemas que plantea la subsanabilidad de defectos consistentes en la omisión de documentos que preceptivamente han de acompañarse a la proposición económica- no a los defectos en la documentación presentada con aquella, supuestos a los que el artículo 101 RCE da una solución expresa (sin perjuicio de la mayor o menor flexibilidad interpretativa que la jurisprudencia viene manteniendo al respecto) -, pasa por determinar el alcance expansivo que la LRJPAC deba tener sobre una materia, la de contratación, que no fue excluida por la propia Ley 30/92 de la aplicación directa del régimen general que aquella instituyó -como sí lo fue la materia tributaria o, parcialmente, la de Seguridad Social, vid. sus DDAA 5^a a 7^a-.

2. En principio, pudiera parecer que el hecho de que la posterior Ley 13/95 se pronuncia al respecto, declarando que la LRJPAC es supletoria, no ya solo de la LCAP, sino también de sus normas de desarrollo (vid. su Disposición Adicional Séptima), dilucida la cuestión, si se entiende que tal declaración legal es tan admisible como lo pudieron ser las DD 5^a a 7^a antes mencionadas, por provenir ambas de normas del mismo rango.

Si así se aceptara, parece claro que, tras la LCAP, y antes de la LRJPAC, serían aplicables los reglamentos de desarrollo de la primera, y entre ellas, hoy en día, y por mor de lo dispuesto en su Disposición Derogatoria Única, 1 b), el Reglamento General de Contratación, y en lo que aquí interesa, su artículo 101,

que, como se sabe, solo prevé la posibilidad de subsanación de deficiencias de la documentación presentada con la proposición.

Sin embargo, no faltan voces que opinan que esa supletoriedad de la LRJPAC puede ser admisible respecto a la LCAP, pero no tanto respecto a sus normas de desarrollo. Critican así, claramente, que una ley, posterior a la 30/92, elimine la, en principio, aplicación directa de esta en relación con preceptos que ni siquiera se contienen en esa posterior ley, sino en normas de rango reglamentario.

Tales críticas, animadas sin duda por la intención de que no se desvirtúe en exceso el necesario carácter uniformador de la LRJPAC sobre los procedimientos administrativos (y el de selección de contratistas es sin duda uno de ellos), encuentra el obstáculo de la simple y llana existencia de una declaración del legislador (la D.A. 7ª LCAP) del mismo rango, y posterior, que la LRJPAC. Pero no es menos cierto que esas excepciones a la aplicación directa de esta última a que antes se hacía referencia (tributos, Seguridad Social), lejos de dar lugar a un apartamiento del régimen jurídico general, está produciendo una homogeneidad en las regulaciones específicas. En efecto, basta examinar la reciente Ley 1/98, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, para apreciar que poco se aparta de las normas de la LRJPAC, antes al contrario, es en la mayoría de los casos una simple concreción de aquella.

Por todo ello, y por lo que se refiere al caso que nos ocupa, no puede descartarse la influencia que la Ley 30/92 puede tener en la interpretación del alcance que, en el momento presente, ha de darse al artículo 101 RCE, teniendo en cuenta que se trata de un desarrollo reglamentario de la LCAP anterior a esta y a la LRJPAC y con declarados tintes de provisionalidad, en tanto no se aprueba un nuevo reglamento que desarrolle los aspectos procedimentales del expediente de selección de contratistas.

3. El problema reside, claro está, en determinar en qué medida influye la ley procedimental común en el artículo 101 RCE. Y ello no solo por las dudas que hemos expuesto sobre la relación primacía-supletoriedad de la primera sobre los reglamentos de la LCAP, sino porque, para complicar aun más las cosas, el régimen de la LRJPAC en materia de subsanación de omisiones en los actos de los interesados tampoco es todo lo claro que debiera.

En efecto, si acudimos al articulado de esta norma, advertimos que existen dos preceptos que hay que analizar para ver si posibilitan la subsanación de las omisiones en la documentación que deba acompañarse con la proposición:

A) En primer lugar el artículo 71.1, que dispone que si la solicitud de iniciación del procedimiento no reúne los requisitos exigidos en el artículo 70 o en la legislación aplicable, se requerirá al interesado para que subsane las faltas o acompañe los documentos preceptivos en un plazo de diez días .

A la vista de lo anterior, parece que el precepto no podría ser aplicable el procedimiento de selección de contratistas, pues este se inicia indiscutiblemente de oficio.

Sin embargo, la duda vuelve a surgir cuando su nº 2 dispone que "siempre que no se trate de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, este plazo podrá ser ampliado prudencialmente, hasta cinco días, a petición del interesado o iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos

requeridos presente dificultades especiales". En efecto, esta referencia a los procedimientos "selectivos o de concurrencia competitiva" puede hacer pensar que el de contratación queda incluido entre ellos, salvo que se entienda que, por conexión con el epígrafe del artículo y el nº 1 del mismo, el nº 2 se refiere sólo a procedimientos que, iniciados a instancia de parte, dan luego, en virtud de la normativa sectorial correspondiente, a procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, y lo cierto es que de ello tenemos varios ejemplos en el ordenamiento. Así, en materia de costas, o de transportes terrestres, a los efectos de optar a una concesión demanial o de servicios públicos, las normas reguladoras establecen que cuando un particular solicita una de estas concesiones (procedimientos iniciados a instancia de parte), la Administración debe proceder a una convocatoria de oferta a terceros para que puedan optar a esa concesión. E incluso en materia de subvenciones, el R.D. 2225/93, de 17 de diciembre (Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas) prevé tanto la existencia de procedimientos de subvención a "solicitud de personas interesadas" (art. 4.2º) como de oficio (art. 4.3º) permitiendo en los primeros un previo acto de convocatoria de la Administración que tiene el "carácter de presupuesto de los distintos procedimientos que se inicien posteriormente", lo que permite entender que el que un procedimiento se inicie a instancia de parte no excluye que pueda ser también de concurrencia competitiva.

Por todo ello, el artículo 71.2º LRJPAC suscita la duda acerca de si la posibilidad de subsanación se refiere solo a procedimientos iniciados a instancia de parte o también incluye a los de oficio. Visto lo anterior y la sistemática del precepto, parece que hemos de inclinarnos por lo primero, con lo cual, quedaría excluido el de contratación.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar aquí que el artículo 71 LPA de 1958, idéntico al 71.1º de la LRJPAC, ha sido aplicado en diversas ocasiones por el Tribunal Supremo para justificar la posibilidad -incluso a veces el deber- de requerir la subsanación de documentos omitido con la proposición (S.T.S. 14.11.89 y 19.12.89).

B) El segundo precepto a tener en consideración a los efectos que nos ocupa es el artículo 76.2º LRJPAC, que dispone que "cuando en cualquier momento se considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, la Administración lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo". Precepto completado con el nº 3 que señala que "a los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente; sin embargo, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo".

También presenta duda la aplicación de estos preceptos al caso que nos ocupa, pues si se interpretan conjuntamente con el nº 1 en ese artículo, parece que el presupuesto necesario para que se de lugar a la posibilidad de subsanar prevista en el nº 2 es que se trate de trámites que hayan de realizar los interesados a partir de un previo requerimiento de la Administración, porque así esté previsto en la norma sectorial, trámites que deberán ser realizados en el plazo de diez días, salvo que esa norma sectorial fije uso distinto. En este sentido, el nº 1 citado no confería derecho a subsanar cuando la norma -en este caso la de contratos- exige que con la proposición se deben acompañar determinados documentos, sin precepto alguno que obligue a la Administración a requerir a los interesados que

cumplimenten un trámite, máxime cuando se trata de la corrección de un error que éstos han cometido al no presentar esos documentos en el momento establecido al efecto.

No obstante, al igual que lo dicho con ocasión del comentario al artículo 70 LRJPAC, debemos recordar aquí que el T.S. ha utilizado el artículo 54 LPA de 1958 (de idéntico tenor al 76.2º vigente) para justificar la aportación de documentos omitidos con la proposición (S.T.S. 25.4.88 y 18.11.88, más las citadas anteriormente).

C) Por último, existe un precepto que regula la subsanción de un concreto documento, que es exigido en la LCAP (no en la anterior LCE) que venga acompañado a la proposición: el documento justificativo de la representación del empresario (vid arts. 29 LCE y 80.2º a) LCAP). Así, el artículo 32.4º LRJPAC establece que "la falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquella" o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran".

Con arreglo al mismo, parece claro que el artículo 101 RCE podría acoger, en una interpretación amplia del mismo, las insuficiencias del documento acreditativo de la representación -falta de bastanteo, etc.-, pero no su "falta". Sin embargo, a nuestro juicio, dada la especial singularidad del requisito, a saber, que no es específico de la contratación, sino general, y su expresa previsión de subsanción en la LRJPAC, la omisión del poder debe ser en todo caso subsancionable, sin perjuicio de que las necesidades de celeridad en la contratación justificaran sobradamente la reducción del plazo previsto en la LRJPAC a la mitad, conforme a lo permitido en su artículo 50.

4. A tenor de todo lo dicho hasta ahora, podemos sentar las siguientes premisas, que condicionan la actuación que haya de adoptarse en la resolución del caso planteado:

1) La LCAP, en virtud de su D.A. 7º, en relación con la D.D. Única 1b), hace aplicable el Reglamento General de Contratación en lo no derogado por aquella, y entre este, el artículo 101 RCE, que solo prevé o permite la subsanción de deficiencias de la documentación presentada con la proposición económica.

2) La legislación de procedimiento administrativo común, primero la LPA 1958 y luego la LRJPAC, ha tenido en la jurisprudencia, y es sostenido por determinada doctrina, un efecto expansivo u horizontal que interpenetra en la regulación sectorial de los procedimientos, incluyendo aquellos cuyas materias quedan expresamente excluidas de la aplicación directa de aquella legislación común.

3) La aplicación de los preceptos de la LRJPAC sobre subsanción de la omisión de documentos al procedimiento de selección de contratistas suscita dudas derivadas del tenor de aquellos (art. 71 y 76), -salvo, a nuestro juicio, para el específico caso del poder de representación, ex artículo 32 y 50-, a pesar de que la citada jurisprudencia ha utilizado los artículos 54 y 71 de la anterior LPA 58, de idéntico tenor, para justificar la posibilidad, e incluso en ocasiones, el deber, de otorgar trámite para la subsanción.

4) El futuro Reglamento de la LCAP deberá enfrentarse al estado normativo y jurisprudencial de la cuestión y tomar postura al respecto, originándose mientras tanto una situación de inseguridad jurídica que debe ser solucionada por las Administraciones actuantes utilizando los criterios interpretativos admisibles en Derecho.

5. Por otra parte parece oportuno recoger aquí la opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, expresada en su informe 37/1997, de 10 de noviembre, en el sentido de que "...la interpretación conjunta del artículo 80 de la LCAP y el artículo 101 del RGCE no puede conducir a la conclusión de que el segundo pueda servir para eludir el cumplimiento del primero....", y que "...la primera conclusión que debe sostenerse es que el artículo 80 de la LCAP debe ser cumplido...". Esta posición implica la inicial conclusión de que con carácter general la falta de cualquier documento exigido no puede calificarse como defecto material y ser, por lo tanto, objeto de subsanación.

Sin embargo, la propia Junta Consultiva indica que, sentado este principio, afirma que "... las expresiones *defectos materiales en la documentación presentada* y subsanación de *error* que utiliza el Reglamento..... no pueden ser sustituidos por una enumeración exhaustiva de los posibles errores o defectos materiales que se pueden apreciar en la documentación exigida por el artículo 80 de la LCAP", lo que implica que su concurrencia o no debe apreciarse por las Mesas de Contratación en cada caso en trámite de calificación de documentos.

Como criterio general, que parece acertado, señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que revestirán el carácter de error o defecto material subsanable cuando no afecten al cumplimiento del requisito exigido sino a su acreditación, por lo que esta tesis debe extenderse a la posibilidad de subsanar requisitos que, existiendo en el momento de aportar la documentación no se han acreditado debidamente. Esta interpretación no parece negar la posibilidad de que en supuestos concretos pudiera ser admisible la subsanación de la falta de presentación de un documento cuando no afecte al cumplimiento de un requisito exigido sino a su acreditación.

CONCLUSIONES.

1. La Junta Regional, en virtud de las consideraciones efectuadas, entiende que no puede elaborarse una relación exhaustiva de los posibles errores o defectos materiales que pueden aparecer en el momento de examinar el sobre que debe acompañar a las proposiciones económicas presentadas por los licitadores, y que deben tener el carácter de subsanables, sino que la concurrencia o no de esta característica debe ser apreciada, en cada caso, por las Mesas de Contratación en el trámite de calificación.

2. Que como criterio general, en trámite de calificación, para que los defectos materiales o errores puedan ser subsanados no deberán afectar al cumplimiento de los requisitos exigidos sino a su acreditación.