

Consulta acerca de la posibilidad de subsanar errores en las ofertas económicas, sobre si el documento de compromiso de U.T.E. faculta a la persona designada como representante de la U.T.E. para suscribir la oferta en nombre de la misma y sobre la posibilidad de subsanar la omisión de la firma de algún representante legal de las empresas que van a formar la U.T.E. Informe 06/2000 de 10 de noviembre.

Tipo de informe: Facultativo

ANTECEDENTES

DICTAMEN

Por el Secretario General de la Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente se ha dirigido, con fecha 6 de octubre de 2000, la siguiente consulta a la Junta Regional de Contratación Administrativa:

En el acto de apertura de pliegos, relativo a la subasta de las obras de "tratamientos selvícolas de realces y podas con acondicionamiento y obras de fábrica, en caminos de los montes El Castellar y los Hermanillos y la Muela, de Librilla y Alhama", la Mesa de Contratación acuerda la exclusión de la oferta económica presentada por la Unión Temporal de Empresas Viveros Retamar, S.L. y Francisco Alcázar Martínez, por carecer de la firma del apoderado de una de las dos empresas que forman la U.T.E. Dicha oferta se encontraba firmada por el apoderado de la empresa Viveros Retamar, S.L., que a su vez, es la persona designada como representante de la agrupación en el documento de compromiso de U.T.E. adjuntado a la documentación administrativa.

El criterio que la Mesa ha venido manteniendo es que en las ofertas presentadas por las Agrupaciones de Empresario debe quedar manifestada la voluntad de cada una de las empresas que la componen. Este criterio se basa en lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo art. 24, al regular las Uniones de empresarios, establece "la Administración podrá contratar con uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación a su favor", de lo que se deduce que la UTE existirá a partir de su formalización en escritura pública, lo que no debe hacer hasta la adjudicación del contrato y se circunscribe a los solos efectos derivados del mismo.

Respecto a la persona designada para ejercitar la representación, el citado art. 24 en su párrafo segundo dispone, "Dichos empresarios quedarán obligados solidariamente ante la Administración y deberán nombrar un representante o apoderado único con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven...", es decir, la representación surtirá efectos a partir de la existencia de un contrato.

Con fecha 14 de septiembre, D. Jesús Salvador Motos Teruel y D. Francisco Alcázar Martínez, apoderados de las empresas que forman la U.T.E. de referencia, presentan escrito de alegaciones en el que, una vez manifestado el convencimiento de que el documento de compromiso en el que se designa como representante a D.

Jesús Salvador Motos Teruel, le faculta para suscribir la oferta económica en nombre de la misma, exponen el siguiente planteamiento: "En cualquier caso y aunque la Mesa, con distinto criterio, entienda que es necesaria la firma de la oferta por los representantes de las dos mercantiles constituidas en U.T.E., este defecto ha de considerarse plenamente subsanable, pues, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1984 (Arz 4209), la representación se presume y, de existir duda, la solución no debe ser la exclusión de la oferta, sino la clarificación del problema".

De acuerdo con lo expuesto y ante las dudas surgidas sobre la posibilidad de subsanar los errores que puedan producirse en las ofertas económicas, La Mesa solicita a esa Junta Regional de Contratación Administrativa la emisión de informe sobre las siguientes cuestiones;

1ª -¿Pueden subsanarse los errores de las ofertas económicas o, por el contrario, el art. 105 del Reglamento General de Contratación limita éstos a "cambio u omisión de algunas palabras del modelo de oferta, con tal de que no altere su sentido".

2ª -En caso afirmativo, ¿El documento de compromiso de U.T.E. faculta a la persona designada como representante de la agrupación, para suscribir oferta en nombre de la misma? En caso de no ser suficiente dicho documento ¿Podría considerarse un defecto de falta de acreditación de la representación, subsanable en aplicación de manera supletoria, del art. 32.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común?

3ª -Cuando en la oferta presentada por agrupaciones de empresario se omita la firma del representante legal de alguna de las empresas que la forman, ¿Podría ser subsanable?, ¿cuál sería el plazo?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, regula las uniones de empresarios en el art. 24, que dice:

"La Administración podrá contratar con uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación a su favor.

Dichos empresarios quedarán obligados solidariamente ante la Administración y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

La duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente con la del contrato hasta su extinción."

Por su parte, el art. 80 establece:

"En las licitaciones, cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 87 de la presente Ley sobre admisibilidad de variantes. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas."

De acuerdo con esta regulación, debemos destacar los siguientes rasgos definitivos del régimen de las UTEs a efectos de la contratación administrativa:

- a) los empresarios constituidos en unión temporal quedan obligados solidariamente ante la Administración contratante.
- b) Dichos empresarios deben nombrar su representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que se deriven del contrato.
- c) Los licitadores no pueden suscribir propuesta en unión temporal con otros si ya lo han hecho individualmente, ni figurar en más de una unión temporal.

SEGUNDA.- Hay que tener en cuenta que la propia legislación de contratos administrativos dota a las UTEs de la necesaria capacidad jurídica y de obrar para que válidamente contraten, como si se tratase de entidades con personalidad jurídica, en aplicación de un criterio antiformalista con arreglo al cual, para que sea eficaz la agrupación de empresas frente a la Administración Pública, bastará que en el escrito de proposición se indiquen los nombres y circunstancias de los empresarios que la suscriban, la participación de cada uno de ellos y que se designe la persona o entidad que durante la vigencia del contrato ha de ostentar la plena representación de todos ellos frente a la Administración (art. 27 del Reglamento General de Contratos del Estado), sin perjuicio de que, en caso de efectuar la adjudicación en favor de la UTE, entonces sí sea necesaria su formalización en escritura pública.

La carencia de personalidad jurídica propia y separada por parte de la UTE es la razón que justifica la prohibición de simultanear ofertas del art. 80 anteriormente transcrito, ya que la propuesta de la UTE ha de reputarse de cada integrante de aquélla. Así se manifestaba la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 49/1972 de 22 de diciembre:

"La doctrina de este precepto, en relación con el tema de la naturaleza de las agrupaciones temporales, significa que una Empresa, sea persona natural o jurídica, sólo puede presentar una sola proposición, bien en forma individual o mediante agrupación, pues en este último caso la proposición presentada por el conjunto solidario de Empresas debe reputarse como proposición de cada uno de los miembros que lo componen. En otros términos, la proposición suscrita por una agrupación de Empresas, en la forma prevista en los artículos 23 y 24 del Reglamento General de Contratación, agota la facultad de sus miembros de participar en la licitación de obras a que se refiere, en los mismos términos que sí la proposición tuviera carácter individual."

Por este mismo motivo, se establece la responsabilidad solidaria de los empresarios agrupados frente a la Administración, de forma que cualquiera de ellos responderá íntegramente del cumplimiento del contrato (art. 1137 del Código Civil), sin que puedan tenerse en consideración los pactos o condiciones establecidos

entre ellos, que tendrán vigor solo a lo que afecta a las acciones de repetición o de regreso a las que, en su caso, haya lugar.

TERCERA.- El Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la LCAP se refiere a la constitución de la garantía provisional (que es aquella que responde el mantenimiento de las proposiciones presentadas por los licitadores hasta la adjudicación y de la proposición del adjudicatario hasta la formalización del contrato, según el art. 43.1 del Texto Refundido), afirmando que "en el caso de uniones temporales de empresarios, las garantías provisionales podrán constituirse por una o varias de las empresas participantes, siempre que en conjunto se alcance la cuantía requerida..." (art. 18.2).

En este sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha dictaminado que "en cuanto a su constitución la garantía provisional garantiza la seriedad de la oferta, en el caso de uniones temporales de empresarios la que se presenta conjuntamente por la unión", de forma que lo que garantiza "es el mantenimiento de la oferta única presentada por la unión temporal hasta llegar, en su caso, a la formalización del contrato".

En definitiva, recapitulando las consideraciones expuestas, resulta que los empresarios agrupados responden solidariamente frente a la Administración, que la proposición presentada por la UTE se reputa como de cada uno de sus integrantes, que la garantía provisional puede ser constituida por una de las empresas participantes en garantía de la oferta de la UTE, y que las empresas han de nombrar un representante o apoderado único, no se aprecia obstáculo para que, sin perjuicio de que cada uno de los empresarios que compone la UTE deba acreditar su capacidad de obrar (art. 27 RGCE), dicho representante suscriba la oferta en nombre de la UTE.

CUARTA.- Establecida la posibilidad de que la oferta sea firmada por el representante de la UTE, hay que preguntarse si la designación del mismo en el documento de compromiso de UTE es suficiente para ello o, en caso contrario, si podría considerarse un defecto de falta de acreditación de la representación subsanable por aplicación supletoria del art. 32.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En este sentido, el art. 27 RGCE ordena que en el escrito de proposición se designe a la persona o entidad que durante la vigencia del contrato ha de ostentar la plena representación de todos los empresarios agrupados frente a la Administración. Del tenor literal de este precepto parece deducirse que sería suficiente el escrito de proposición para designar el representante pero debemos observar que dicha designación está llamada a surtir efectos durante la vigencia del contrato (que aún no se ha adjudicado) y que la persona o entidad en cuestión ha de ostentar "la plena representación" de todas las empresas.

Por otra parte, el art. 24 del Texto Refundido afirma que los empresarios agrupados deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión "con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven" y el art. 25.2 RGCE ordena que quienes comparezcan o firmen proposiciones en nombre de otro "presentarán poder bastante al efecto".

Pues bien, no existe una norma general que haga referencia a la forma que debe revestir el negocio jurídico de concesión de poder de representación. El Código

Civil regula en el art. 1710 las formas de celebración del contrato de mandato, que puede ser expreso o tácito, y el expreso, puede darse por documento público, por documento privado o de palabra, precepto que doctrina y jurisprudencia entienden aplicable a la concesión de poder de representación.

Así pues, para el apoderamiento rige el principio espiritualista de la libertad de forma. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el art. 1280.5º del Código Civil exige el documento público para los poderes para administrar bienes, los que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero. En tales supuestos, el representante no puede acreditar de otro modo su condición ante terceros pero, en todo caso, el negocio llevado a cabo por un apoderado con poder formalmente defectuoso no es un acto auténticamente inválido, sino un negocio incompleto y, por tanto, susceptible de integración con plena eficacia retroactiva.

QUINTA.- En orden a la subsanación de defectos en la documentación presentada por los licitadores, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha afirmado (Informes 6/2000 de 11 de abril, 37/97 y 44/97 de 10 de noviembre) que el art. 101 RGCE, en tanto no se menciona expresamente en la disposición derogatoria de la LCAP, puede considerarse subsistente en cuanto no se oponga a su contenido. De este modo, interpretado dicho precepto reglamentario conjuntamente con el art. 79 del Texto Refundido de la LCAP, que regula la presentación de la documentación que debe acompañar a las proposiciones económicas, es evidente que el primero no puede servir para eludir el cumplimiento del segundo. Así pues, cuando el art. 101 RGCE alude a "defectos materiales" y a la concesión de un plazo para que el licitador "subsane el error", ha de entenderse que se refiere a errores o defectos materiales de la documentación presentada, que pueden subsanarse cuando no afectan al cumplimiento de un requisito en sí, sino a su acreditación.

En particular, el informe de la Junta Consultiva 6/2000 hace suya la jurisprudencia según la cual los defectos de apoderamiento son, en términos generales, subsanables, en base 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.

Así, el Tribunal Supremo ha declarado que, si el principio de libertad de concurrencia está encaminado a conseguir la máxima competencia posible y a garantizar la igualdad de acceso a la contratación pública, la representación debe presumirse y, de existir dudas, la solución no debe ser eliminar como licitadora a la empresa sino procurar la clarificación del problema, ya que, como regla, los defectos de representación son subsanables.

SEXTA.- El art. 32.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común confirma las consideraciones anteriores al establecer el principio general de subsanación de los defectos de acreditación de la representación:

"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 aquélla 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."

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de aplicar el plazo de diez días que dispone dicho precepto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 16/2000 de 11 de abril afirma:

"Para resolver la posible aplicación supletoria de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común hay que partir necesariamente del contenido de la disposición adicional séptima de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece que los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La primera afirmación, que no puede ser obviada, es que los procedimientos en materia de contratación administrativa se rigen por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus normas de desarrollo y, por tanto, la aplicación supletoria únicamente puede entrar en juego, no solo cuando la normativa a aplicar en primer lugar guarde silencio sobre un determinado extremo, sino, sobre todo, cuando la normativa supletoria no sea contraria al contenido general y principios generales que inspiran aquélla, pues en estos casos debe entenderse que la materia aparece regulada por la primera."

Así pues, existiendo un precepto específico en la legislación de contratos administrativos que regula la subsanación de errores o defectos materiales (el art. 101 RGCE) no parece necesario aludir a la aplicación supletoria del art. 32.4 LRJAP y PAC, puesto que los documentos acreditativos de la representación forman parte de la documentación que ha de acompañar a las proposiciones económicas, según el art. 79 del Texto Refundido de la LCAP.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La trascendencia de los errores de las ofertas económicas viene delimitada en el artículo 105 del Reglamento General de Contratación que establece los defectos que tienen carácter invalidante y cuales no, por lo que no cabe admitir subsanación de errores en las ofertas económicas más allá de los términos del citado artículo 105 del RGCE.

SEGUNDA.- El representante o apoderado designado por los empresarios apoderados que pretenden constituirse en UTE, está facultado para suscribir la oferta económica en nombre de aquéllos. La representación otorgada por los empresarios no ofrece dudas si consta en documento público, pero puede ser más difícil de determinar si se trata de un documento privado, aunque, en todo caso, los defectos de representación son subsanables, en aplicación del artículo 101 del Reglamento General de Contratación, y no del artículo 32.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

TERCERA.- La regla general en materia de subsanación de errores o defectos materiales es que pueden subsanarse, con arreglo al régimen del art. 101

RGCE, cuando no afecten al cumplimiento de un requisito en sí, sino a su acreditación, y siempre referido a la documentación administrativa; por lo que si se omite la firma del representante legal de alguna de las empresas presentadas en agrupacion de empresarios (sin que exista un apoderamiento previo de un empresario a otro), no es subsanable.

