

INFORME 2/1998, de 18 de septiembre de 1998, sobre la forma de expedición de la declaración responsable de no encontrarse el licitador incurso en prohibición de contratar y sobre la interpretación del inciso final del artículo 9.3 del Real Decreto 390/1996, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

I. ANTECEDENTES

Con fecha 1 de julio de 1997, el Interventor General de la Junta de Andalucía remite escrito a esta Comisión Consultiva que literalmente dice lo siguiente:

"En virtud de la competencia atribuida a esa Comisión Consultiva de Contratación Administrativa por el artículo 3.1 del Decreto 54/87, de 25 de febrero, y con motivo de la existencia de dudas sobre la correcta interpretación y aplicación de determinados preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se solicita informe para aclaración de las cuestiones que se plantean a continuación:

1. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas preceptúa en su artículo 21.5 que "la prueba por parte de los empresarios de no estar incursos en las prohibiciones para contratar con la Administración señaladas en el artículo anterior, en relación con las situaciones indicadas en sus distintas letras, podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa según los casos y cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá ser sustituido por una declaración responsable otorgada ante autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado".

Se tiene conocimiento que, en aplicación del citado precepto según el criterio de quienes compongan las mesas de contratación se da distinto alcance al contenido de la exigencia de la "declaración responsable otorgada ante autoridad administrativa", produciéndose una inseguridad jurídica para los contratistas que concurren como licitadores a los procedimientos de contratación.

De un lado, esta Intervención General interpreta que los interventores deben comprobar la existencia del documento en el que se refleje no sólo la declaración responsable del empresario sino también la firma de la autoridad administrativa, acreditativa de que tal declaración se ha otorgado ante ella.

De otro, concretamente, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación y Ciencia, según Informe 99/96, de 10 de abril de 1996, interpreta el artículo 21 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el sentido de que una declaración responsable otorgada "ante" una autoridad pública es la que se realiza en presencia de la misma, pero también, la que se realiza por el sólo interesado y se remite al órgano administrativo competente para la gestión del procedimiento en el que es requerida tal declaración responsable o jurada. Ante esta discrepancia de criterios, se necesita opinión de ese órgano consultivo respecto al verdadero contenido que ha de otorgarse a la expresión recogida en el artículo 21.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al objeto de unificar y homogeneizar las actuaciones en las mesas de contratación.

2. Asimismo, se precisa interpretación respecto al alcance del inciso final del artículo 9.3 del Real Decreto 390/1996, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Y ello, porque existen dudas respecto a sí, en el supuesto concreto de que el plazo que medie entre el anuncio de licitación y el plazo de presentación de las proposiciones sea superior a 20 días, y el contratista solicite la certificación de estar al corriente en las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social en el periodo inmediatamente anterior en 19 días a la fecha de presentación de las proposiciones, tal solicitud debe tener los mismos efectos que la certificación.

Sin perjuicio de algún otro mejor criterio de ese órgano Consultivo, surgen tres posibles alternativas en las Mesas de Contratación:

a) Excluir a la empresa licitadora por no cumplir la documentación estrictamente con las formalidades, invocando el principio de "seguridad" en perjuicio del principio de concurrencia.

b) Entender que la documentación adolece de un defecto material concediendo al licitador un plazo máximo de tres días para subsanar el error, primándose el principio de "concurrencia" frente al de seguridad, aunque con un cierto equilibrio.

c) Estimar que la documentación es totalmente correcta concediendo a la empresa, si ésta resulta propuesta para la adjudicación, la posibilidad de que presente el certificado antes de la adjudicación. En este caso, se primaría descompensadamente el principio de "concurrencia" frente al de seguridad.

3. Con fecha 8 de septiembre de 1997 se solicita a la Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación y Ciencia el informe 99/96, elaborado por ella, relativo a la interpretación del artículo 21.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas."

II. INFORME

1. La primera de las cuestiones que plantea el Interventor General se centra en la interpretación que ha de hacerse del artículo 21.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre la forma de prestación de la declaración responsable de no encontrarse el licitador en prohibición de contratar otorgada ante autoridad administrativa, y más concretamente, si es suficiente que la citada declaración responsable se realice en un documento exclusivamente firmado por el licitador o por cualquiera de sus representantes y posteriormente remitido al órgano de contratación, tal y como defiende la Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación y Ciencia, o si por el contrario, como interpreta la propia Intervención General, tal declaración responsable ha de efectuarse en presencia de una autoridad administrativa quién deberá firmar la misma, acreditando con ello que tal declaración se ha otorgado ante ella.

Según refiere el propio Interventor General, estas son las dos interpretaciones que realizan las mesas de contratación, contradictorias entre sí, y que provocan una inseguridad jurídica para las empresas que concurren como licitadoras a los distintos procedimientos de contratación que realiza la Junta de Andalucía.

Antes de entrar de lleno en la cuestión planteada hemos de señalar que sobre la mencionada declaración responsable, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda hizo una primera interpretación en la "Recomendación de 23 de marzo de 1988, sobre aplicación de la Legislación de Contratos del Estado adaptada a directivas comunitarias sobre contratación pública". Por aquel entonces, el contenido del artículo 21.5 de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se encontraba con el mismo tenor literal en el último párrafo del artículo 9 de la derogada Ley de Contratos del Estado.

En el apartado 3.1 de aquella Recomendación, se expone textualmente que "A juicio de esta Junta Consultiva la declaración responsable a que se refiere el transcrito precepto podrá ser efectuada ante el propio órgano de contratación, pues resulta indudable que el mismo debe considerarse autoridad administrativa, como se desprende claramente de la redacción del precepto, distinguiendo entre autoridad competente para expedir certificaciones (por ejemplo de la Administración Tributaria o de la Seguridad Social) y otras autoridades administrativas ante las que puede efectuarse la declaración responsable, y sobre todo, el sentido y finalidad del artículo 23 de la Directiva 71/305/CEE, sobre contratos de obra (hoy artículo 24 de la Directiva 93/37/CEE, que sustituye y deroga a la anterior) y del artículo 20 de la Directiva 77/62/CEE, sobre contratos de suministro (hoy mismo artículo de la Directiva 93/36/CEE, que igualmente sustituye a la anterior), de los que procede la norma de la legislación española".

Parece claro pues, que la declaración responsable puede realizarse ante cualquier autoridad administrativa, incluida la del propio órgano de contratación. No señala, sin embargo, la citada Recomendación cuáles son los requisitos formales que deben acompañar a la citada declaración cuando esta se emita ante el propio órgano de contratación, por lo que lo recomendado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa no arroja ninguna luz sobre el tema.

Ninguna dificultad ofrece el entendimiento de la cuestión cuando el certificado que se presente contenga una declaración responsable ante una autoridad administrativa distinta del órgano de contratación ante el que ha de surtir efectos tal declaración. En este caso, es necesario que el documento declarativo contenga, además de la manifestación concreta del licitador sobre la inexistencia de situaciones que le prohíben contratar, la firma de la autoridad administrativa junto con cualquier expresión escrita que revele que tal declaración se ha emitido ante esa autoridad, así como la fecha de expedición. Estos son elementos formales que caracterizan a esta declaración en el que la autoridad administrativa actúa como fedatario público de un documento que, como bien indica la Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación y Ciencia, adquiere en virtud del artículo 1216 del CC el carácter de documento público, y en el que lo único que se acredita es que ha existido una comparecencia pública de un licitador o de su representante en el que hace una manifestación concreta, pero no la veracidad de la misma.

La misma respuesta se ha de dar cuando el licitador voluntariamente desee que su declaración responsable contenga los mismos elementos formales y la autoridad administrativa sea la del propio órgano de contratación. En este caso, no hay variación alguna de los requisitos que acabamos de describir en el párrafo anterior.

Mayor inseguridad ofrece responder a la misma cuestión cuando la misma declaración responsable se realiza por el solo interesado y posteriormente se remite al órgano de contratación convocante de la licitación junto con el resto de la documentación, o dicho de otra manera, si puede prescindirse, en estos casos, de los requisitos formales ya vistos, asunto éste sobre el que se centra el debate.

La respuesta, a juicio de esta Comisión Consultiva, debe encontrarse en la naturaleza de tales requisitos formales, es decir, si son elementos esenciales para la validez de lo declarado o, si por el contrario, son elementos puramente circunstanciales o accesorios. En este sentido, no debemos olvidar que la autoridad ante la que se hace la declaración responsable, como se ha dicho, no hace fe, ni puede hacerlo, de la veracidad de lo declarado, tan sólo se acreditan otros elementos del acto de la declaración como son la personalidad del declarante o la fecha de la declaración. Estos hechos, que son los que realmente puedan acreditarse, no quedan desconocidos cuando la declaración se remite al órgano de contratación, pues éste tiene medios para comprobar la personalidad del declarante y su capacidad, ya que entre los documentos que deben acompañar a las ofertas están los que acreditan la personalidad del licitador y la de sus representantes.

Así mismo, no debemos perder de vista lo señalado por García de Enterría y Fernández Rodríguez, quienes

refiriéndose al contenido de las declaraciones en general como actos de los administrados, afirman que ni aún cuando las declaraciones sean obligatorias para éstos, "está obligada a aceptarlas la Administración, sobre la que no pesa otro deber, cuando se produzcan en el curso de un procedimiento administrativo, que el de abrir un periodo de prueba cuando no tenga por ciertos los hechos declarados por el interesado (art. 80.2 LRJAP y PAC).

En consecuencia, exigir que la declaración se efectúe literalmente "ante" el órgano contratante no añade nada nuevo al valor de lo manifestado ni incrementa la seguridad jurídica del acto. Sí revela, por el contrario, un rígido formalismo que lo aleja de ciertos principios del Derecho Administrativo, algunos asentados y positivizados en nuestro ordenamiento jurídico, como el principio de eficacia en la actuación administrativa (arts. 103 CE y 3 de la LRJAP y PAC) o, como certeramente señala la Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación, el de "no gravamen al interesado con trámites innecesarios" deducido del artículo 35 f) de la LRJAP y PAC. De entre los principios no positivizados que pudieran ser afectados debemos destacar el principio de antiformalidad, pues, como refiere la jurisprudencia del Tribunal Supremo, "el Derecho Administrativo, en principio, se ha decidido por un antiformalismo ponderado que, sin merma de la legalidad, permita el desarrollo de la actuación administrativa conforme a normas y principios de celeridad y eficacia".

2. La segunda de las cuestiones que se plantean en la consulta se refiere a la interpretación que ha de hacerse respecto del artículo 9.3 del Real Decreto 390/1996, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece que las certificaciones que deban presentar los licitadores, acreditativas de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social "...serán expedidas por el órgano competente en un plazo máximo de veinte días naturales... En

caso de no expedir la certificación en el indicado plazo o si, una vez publicado el anuncio de licitación, dicho plazo superase el requerido a las empresas licitadoras para la presentación de proposiciones, podrán presentarse con los mismos efectos las solicitudes de los certificados, sin perjuicio de la obligación de presentar los correspondientes certificados por las empresas adjudicatarias".

La consulta se ciñe a sí, en el supuesto concreto no recogido en la norma, de que siendo el plazo que media entre la publicación del anuncio de licitación y la finalización del plazo de presentación de proposiciones superior a veinte días, y el contratista solicite la certificación de estar al corriente en las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social en el periodo inmediatamente anterior en diecinueve días a la fecha de la finalización de la presentación de las proposiciones, tal solicitud debe tener los mismos efectos que la certificación.

La propia Intervención General presenta tres alternativas interpretativas que basculan, según cual sea la solución ofrecida, entre la primacía del principio de concurrencia frente al de seguridad, dependiendo de la mayor o menor importancia que se otorgue a uno o a otro.

En efecto, la disposición, para aquellos que se encuentren en las situaciones descritas, es clara pues convalida la solicitud del certificado con el certificado mismo para el acto de calificación de los documentos y retrasa la aportación del certificado a los que resulten propuestos como adjudicatarios.

La "ratio legis" de tal previsión normativa está en excluir de la inicial exigencia del certificado a los licitadores que acrediten objetivamente que han actuado diligentemente en cuanto a la preparación de la documentación requerida en los pliegos de cláusulas. En este sentido, la falta del actuar administrativo por no emisión del certificado en el periodo mencionado de veinte días o el establecimiento por el órgano de contratación de un plazo para la presentación de la oferta y la documentación que la acompaña inferior al que se exige a los órganos competentes para expedir el certificado no puede ser objeto gravamen a quienes, aún mostrando el máximo cuidado en su actuar, carecen de toda culpa.

Distinto es el planteamiento que ha de hacerse de la cuestión para quienes, en las licitaciones en que el plazo existente entre la publicación del anuncio de licitación y la finalización del plazo de presentación de documentación sea superior a veinte días, presenten la copia de haber solicitado los certificados requeridos en los últimos diecinueve días anteriores al agotamiento del plazo de presentación de la documentación.

Para estos casos, las consecuencias que se derivan no pueden ser las mismas que para los supuestos establecidos en la norma. En primer lugar, porque las normas no solo se interpretan por lo que dicen, sino también por lo que silencian. Si el precepto hubiera querido establecer que también éstos estuvieran incluidos en la misma, a pesar de haber mostrado una falta de atención en el plazo de solicitud de los certificados, máxime cuando éstos tienen un periodo de validez de seis meses desde su emisión, simplemente lo hubiera incluido en su supuesto, sin particularizar ninguna situación concreta.

III. CONCLUSIONES

1. Las declaraciones responsables de los licitadores de no hallarse en prohibición de contratar podrán ser realizadas por los interesados y remitidas posteriormente a los órganos de contratación ante los que haya de surtir los efectos legales establecidos en el artículo 21 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,

2. No podrán entenderse como hábiles, a los efectos previstos en el artículo 9.3 del Real Decreto

390/1996, sobre desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, las solicitudes de certificaciones acreditativas de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social presentadas ante el órgano competente para expedir el certificado en los diecinueve días anteriores a la finalización del plazo de presentación de documentos ante el órgano de contratación, siempre que el plazo existente entre el anuncio de licitación y el de presentación de los mismos sea superior a veinte días.

A quienes se encuentren en esta situación se les otorgará un plazo no superior a tres días para que subsanen el error material.

Esto es cuanto se ha de informar.