

## **INFORME 2/99 de 18 de febrero de 1999**

### **SUSTITUCIÓN DEL SISTEMA DE FISCALIZACIÓN PREVIA POR PROCEDIMIENTOS DE AUDITORIA EN LOS CONTRATOS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS VINCULADAS O DEPENDIENTES DE LA CAIB.**

#### **ANTECEDENTES**

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Litoral presenta escrito ante esta Junta Consultiva en el que después de afirmar que el criterio de la Consejería con relación a la intervención de los contratos de las empresas públicas IBASAN e IBANAT (de ella dependientes) es el de considerar que la fiscalización previa de todo acto, documento y expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico no puede sustituirse por los procedimientos de auditoría, pone de manifiesto que tal criterio no es compartido por la Intervención General de la CAIB y plantea a la Junta la siguiente cuestión:

*"Si la intervención previa (exigida en el artículo 11.2.g) de la LCAP que constituye legislación básica) de todo acto, documento, expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos y valores por las empresas públicas que sujetan su actividad al ordenamiento jurídico privado (IBANAT e IBASAN), se puede o no se puede sustituir por los procedimientos de auditoría y, por tratarse de competencias no exclusivas de la CAIB, hasta que no se modifique el artículo 90 de la Ley 1/1986, de 2 de febrero, de finanzas de la CAIB, ha de prevalecer la legislación estatal (artículo 93 del Texto refundido de la Ley general presupuestaria)".*

Por su parte, el Viceinterventor general de la CAIB también presenta escrito en el que afirma que la fiscalización previa de las operaciones relativas a los contratos de las empresas públicas puede sustituirse por su control a través de procedimientos de auditoría, añadiendo, a renglón seguido, que existen otras opiniones contrastadas "verbalmente" que interpretan lo contrario, y por ello le parece conveniente plantear a la Junta Consultiva la siguiente cuestión:

*"Las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia dependientes de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares –a las que se refiere el artículo 1.b) 1.LF- y sujetas a la LCAP: ¿Están sometidas a los efectos del artículo 11.2 g)LCAP al régimen de fiscalización consistente en la realización de procedimientos de auditoría, en sustitución del de intervención previa, tal y como establece el artículo 90 LF?"*

Ambas peticiones versan sobre una misma cuestión, aunque con puntos de vista antagónicos; por ello, se ha considerado oportuno dar respuesta a las dos en un único informe.

#### **PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD**

1º) Tanto el Secretario General Técnico de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Litoral, como el Viceinterventor, (que sustituye al Interventor General como ya se ha dicho en los anteriores informes - 9/98 y

14/98-)tienen legitimación para dirigir preguntas y solicitar informes a la Junta Consultiva a tenor del artículo 12 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, y del artículo 15 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta.

2º) Las dos solicitudes vienen acompañadas del correspondiente informe jurídico como preceptúa el artículo 16.3 del Reglamento, pero en el caso del suscrito por el servicio jurídico de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Litoral se ha limitado a transcribir literalmente el propio escrito del Secretario General Técnico, con lo que no es posible dilucidar si la petición o escrito de consulta ha servido de base para elaborar el informe o, a la inversa, motivo que sería suficiente para aconsejar la inadmisión de la petición, pero dado que de forma simultánea, aunque con los matices de enfoque apuntados en los antecedentes, la Viceintervención General sí ha observado el formalismo exigido, se tienen por cumplidos los presupuestos de admisibilidad.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**PRIMERA.-** Según el artículo 1.b)1. de la Ley 3/1989, de 29 de marzo, de entidades autónomas y empresas públicas vinculadas de la CAIB, las empresas públicas objeto de consulta (*el Instituto Balear de la Naturaleza – IBANAT- y el Instituto Balear de Saneamiento – IBASAN-, respecto de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Litoral, y Gestión Sanitaria de Mallorca – GESMA – y el Instituto Balear de Promoción del Turismo – IBATUR -*, añadidas por la Intervención General de la CAIB), tienen la categoría de entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, sometidas a la CAIB y deben ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado.

No obstante, el artículo 1.3 de la LCAP dispone que deberán ajustar su actividad contractual a ella las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que se den los requisitos que establece el propio artículo, lo que sucede en el caso presente y no es discutido por ninguno de los solicitantes de informe a la Junta Consultiva, limitándose la cuestión a determinar si a estas empresas le es de aplicación la fiscalización previa de los actos de contenido económico relativos a los contratos que celebren o si dicha fiscalización previa puede ser sustituida por procedimientos de auditoría.

**SEGUNDA.-** La duda jurídica planteada surge de la distinta interpretación que dan los interpelantes a las siguientes normas:

*"Artículo 11.2.g) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.-*

.....

*Son requisitos necesarios para la celebración de los contratos administrativos, salvo que expresamente se disponga otra cosa en la presente Ley, los siguientes:*

.....

.....

*g) La fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico, relativos a los contratos, en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas sujetas a esta Ley."*

*"Artículo 90.1 de la Ley de Finanzas de la CAIB.-*

*La intervención previa de operaciones de las Empresas Públicas dependientes de la Comunidad se sustituirá, en todo caso, por procedimientos de auditoría".*

Según la Consejería de Medio Ambiente, ateniéndose al carácter básico que tiene el artículo 11 de la LCAP y al tratarse de competencias no exclusivas de la CAIB, el artículo 90 de la Ley de Finanzas no es de aplicación por contraponerse a lo preceptuado en una norma básica, o dicho de otra forma, ha devenido inconstitucional por contradecir la LCAP, que es posterior en el tiempo.

Por el contrario, la Intervención General de la CAIB entiende que el artículo 90 de la Ley de Finanzas es de plena aplicación en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma en base, precisamente, a la remisión que efectúa el artículo 11.2.g) de la LCAP, entendiéndolo, en una interpretación intencional del legislador, que dada la diversidad de regímenes organizativos el control interno de los actos de contenido económico no ha de ser el mismo en todas las entidades sometidas a la LCAP y de ahí que se produzca la remisión a lo que determinen *"las distintas Administraciones Públicas"*, poniendo énfasis, en su argumentación, en la nueva redacción que la Ley 50/1998, de 30 de Diciembre, ha dado de los artículos 99 y 100 de la Ley General Presupuestaria, que permite el sometimiento de las entidades públicas estatales empresariales al *"control financiero permanente"*.

**TERCERA.-** Para una adecuada solución conviene delimitar lo que constituye normativa básica y, por tanto, de imperativa aplicación en todas las Administraciones, de lo que no lo es, teniendo cada Administración la capacidad de autorregulación.

No cabe duda de que, según nos dice la Disposición final primera de la LCAP, su artículo 11 tiene el carácter de básico, pero el apartado que nos ocupa, el 2.g), contiene una remisión a otras leyes: *"La Ley General Presupuestaria" o "las correspondientes normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas"*. Y por la simple remisión a estas disposiciones no se convierten también en básicas.

Más bien debe entenderse que lo querido por el legislador ha sido que en este tema, (la fiscalización previa), cada administración actúe a su criterio.

En efecto, la Ley General Presupuestaria carece de carácter básico circunscribiendo su ámbito a la Administración del Estado y sus organismos autónomos (artículo 2), regulándose la misma materia en el ámbito de la CAIB por la Ley de Finanzas, en el Título IV *"De la Intervención, del Control Financiero y de la Contabilidad"*.

No parece sostenible la tesis de que hasta que no se modifique el artículo 90 de la Ley de Finanzas se ha de estar al artículo 93 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, pues dicho artículo, cuya aplicación pretende la Consejería de Medio Ambiente, tiene un contenido equivalente (casi idéntico) al artículo 86 de la Ley de Finanzas de la CAIB, por lo que la aparente contradicción del artículo 90 de la LF con el 93 de la LGP, no se produce desde

la aparición de la LCAP, sino que ya estaría en la propia ley de finanzas, entre el artículo 90 y el 86.

Dice el artículo 93 de la Ley General Presupuestaria:

*"2. El ejercicio de la expresada función comprenderá:*

**a)** *La Intervención crítica o previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos y valores".*

Y dice el artículo 86 de la Ley de Finanzas de la CAIB:

*"El ejercicio de la función interventora comprenderá:*

**a)** *La fiscalización previa de todos los actos, documentos, y expedientes susceptibles de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos o valores"*

Ninguna contradicción hay entre éste último precepto y el artículo 90 de la misma Ley autonómica cuando dice:

*"La intervención previa de operaciones de las empresas públicas dependientes de la Comunidad se sustituirá, en todo caso, por procedimientos de auditoría".*

Como tampoco lo hay en la propia Ley General Presupuestaria entre su artículo 93 y su artículo 100 que en su versión anterior decía:

*"Si se trata de Organismos autónomos del Estado con actividades industriales, comerciales, financieras o análogas:*

**a)** *Serán objeto de comprobaciones periódicas o procedimientos de auditoría las operaciones no comprendidas en el apartado a) anterior (dotaciones de carácter limitado o ampliable), y que sustituirán a la intervención previa".*

Y en la versión actual, dada por la Ley 50/1998, dice el artículo 99.2 (que recoge lo que antes se regulaba en el 100, que pasa a tratar otro tema) lo siguiente:

*"Las Entidades Públicas Empresariales estarán sometidas a control financiero permanente".*

Definiendo lo que se entiende por control financiero permanente en el nº1 de este mismo artículo que nos dice:

*".....estarán sometidas a control financiero permanente, mediante la realización de auditorías, evaluaciones u otras técnicas de control".*

No repugna, pues, al ordenamiento jurídico ni a los principios de la función interventora, como se deduce de las normas expuestas, que para determinadas entidades la fiscalización previa, sistema normal de intervenir los actos de contenido económico, se sustituya por procedimientos de auditoría.

**CUARTA.-** Para calibrar debidamente el alcance de la remisión contenida en el artículo 11.2.g) de la LCAP hemos de acudir a las restantes normas de dicha Ley que constituyen su contexto, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, como nos indica el artículo 3 del Código Civil. Y el artículo 11 de la LCAP lo que está regulando son los requisitos de los contratos, entre los que figuran *"la tramitación de expediente"*, y *"la fiscalización previa de los actos*

*administrativos de contenido económico*", si bien en este último caso se remite para su concreción *"a los términos previstos en la Ley General Presupuestaria o a las correspondientes normas presupuestarias de las distintas administraciones públicas"*. Salta a la vista que se coloca en términos de igualdad a la Ley General Presupuestaria y a las demás Leyes presupuestarias de otras administraciones, como no podía ser menos según lo argumentado en la consideración anterior. Pero, además, la propia LCAP, en su artículo 68, haciendo de intérprete de lo apuntado en el artículo 11, desarrolla lo que es el "expediente de contratación", y aquí, en su apartado 2, vuelve a repetir la remisión, pero ya no habla de *"fiscalización previa"* sino de *"la fiscalización de la Intervención"*, sin aludir para nada a la condición de previa, añadiendo que ésta fiscalización de la intervención lo será *"en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas presupuestarias de las distintas Administraciones públicas"*. No teniendo este apartado 2 del artículo 68 carácter de básico a tenor de la Disposición final primera de la LCAP decae, pues, el sostén de la teoría abanderada por el primero de los interpelantes, sin olvidar que la finalidad de las remisiones a las normas presupuestarias de las distintas administraciones no es otra que el reconocimiento implícito de la propia LCAP del carácter exclusivo que sobre esta materia tienen las autonomías (art. 10.1 y 24 del Estatuto de Autonomía Balear).

**QUINTA.-** Existen, en la propia LCAP, ejemplos de remisión a otras normas que, sin embargo, no plantean tanta duda como el presente supuesto. Así, el art. 9.1 de la LCAP – Básico también- en su último párrafo, se remite para los contratos de compraventa, donación, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas o valores negociables a *"la legislación patrimonial de la Administraciones Públicas aplicable a cada caso"*. Sin que nadie dude que cada administración, al regular y aplicar su legislación patrimonial, ejercite su total autonomía e independencia de las normas de la LCAP, a las que sustituye sin ningún sometimiento. E incluso, en los casos en que no exista legislación patrimonial propia, y, por tanto, se tenga que aplicar lo que dispone el primer párrafo del artículo 9.1 (que la preparación y adjudicación se regirán por la LCAP), tampoco se ha interpretado este sometimiento en términos tan estrictos que lleguen al absurdo, cuál sería aplicar, por ejemplo, la clasificación. Habiéndose pronunciado ya esta Junta sobre este tema en términos de flexibilidad en sus informes 13/98 y 15/98.

**SEXTA.-** Lo argumentado se enmarca dentro del régimen jurídico privado que rige la actividad de dichas entidades, conforme al artículo 1.b).1, de la Ley 3/1989 y a sus respectivas normas de creación.

La fiscalización previa a que se refiere el artículo 11.2.g) de la LCAP recae, como el precepto indica, sobre actos administrativos y, como argumenta la Intervención general en su escrito, resulta cuando menos dudoso que los actos de aquellas entidades, cuya actuación está sometida con carácter general al derecho privado, puedan calificarse como actos administrativos en el sentido con que este término es empleado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A este respecto, hay que recordar que los preceptos de esta Ley deben aplicarse a la actividad de las entidades de derecho público dependientes o vinculadas a las Administraciones públicas sólo cuando

aquéllas ejerzan potestades públicas (artículo 2.2 de la citada Ley), y difícilmente puede hablarse de que, al contratar, las empresas públicas que nos ocupan ejerzan potestades públicas, entendidas como prerrogativas o poderes de actuación ejercidos por la Administración desde una posición de supremacía que coloque a los administrados en una correlativa posición de subordinación, como así sucede sin embargo, al tratar de las potestades expropiatoria, sancionadora, etc.

Sin embargo, la LCAP si que modula la sujeción a sus preceptos de las citadas Entidades, pero el sometimiento de esta clase de entes a ése sector del ordenamiento jurídico, es una novedad introducida por la LCAP, con el fin de trasponer los términos "*poder adjudicador*" y "*organismo de derecho público*" presentes en las directivas europeas sobre contratación administrativa (en concreto, la LCAP traspone las Directivas 92/50, sobre contratos de servicios; 93/36, sobre contratos de suministro y 93/37, sobre contratos de obra), sin que ello pueda entenderse en un sentido tan estricto que lleve a considerar estas empresas y sus actuaciones como pura administración sujeta a todas las normas administrativas, sino que pensadas para operar en el ámbito privado, deben también estar bajo el control de las Administraciones de quienes dependen, pero éste no necesariamente ha de ser idéntico al que ellas están sometidas sino que ha de estar adaptado a las peculiaridades de su función y en el ámbito del cumplimiento de los principios informadores de la contratación administrativa.

**CONCLUSIÓN.** La intervención previa de los actos de contenido económico, relativos a los contratos, de las empresas públicas dependientes de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears ( y en concreto los del IBANAT, IBASAN, IBATUR y GESMA objeto de consulta) se puede sustituir por procedimientos de auditoría en los términos previstos en el art. 90 de la Ley de Finanzas de la CAIB.