

La fiscalización de la contratación administrativa

José Cabrera Bazán

Presidente de la Cámara de Cuentas de Andalucía

Como presentación habría que formular tres advertencias previas:

▲ Una primera referida al hecho de que, si hay temas que representan gráficamente el fenómeno palpable de la quiebra del sistema institucional a causa de la falta de coordinación entre la realidad económico-social cada día más compleja, y un no menos complejo mundo de normas obsoletas que pretende seguir regulándola, uno de ellos, y por demás importante, es el de la contratación administrativa. Lógicamente, ello tiene un *efecto perverso*, como se dice hoy, en las relaciones entre las Administraciones públicas y los ciudadanos que conciertan con ellas intereses económicos más o menos contrapuestos.

Ya lo dijo Stuart Mill, que dejó la cuestión en su exacto lugar, formulando la distinción entre el mundo de la producción eficiente, sometido a leyes cuasinaturales, y el mundo de la distribución adaptable por reformas jurídicas institucionales.

Este es el tema básico de las relaciones entre Economía y Derecho, que deben estar determinadas por «la interacción entre la producción económica, sometida a la ley de la

eficiencia, y la distribución institucional, sometida a la ley de la Justicia».

▲ La segunda advertencia se refiere a que el hecho aludido constituye una auténtica aporía (duda, incertidumbre) para el profesional de la fiscalización cuando se enfrenta a un supuesto de clara infracción del principio de legalidad, y la total y absoluta imposibilidad de que la legalidad se cumpla si se pretende que la actividad inversora de la Administración sea mínimamente eficiente. Un claro ejemplo: las limitaciones que, para una contratación rápida y eficaz, impone la vigente ley a los contratos de más de 25 millones de pesetas.

▲ La tercera hace referencia a la cuestión de que, hoy por hoy, todos y cada uno de los usos de esa actividad inversora han de prestar cuidadosa atención a unos órganos de control externo que han de fiscalizarla inexorablemente, al menos desde la reinstauración de la democracia.

Pero ante las reiteradas denuncias de la obsolescencia de la ley vigente y de la existencia de un pro-

yecto de ley nuevo, se impone su análisis, sin ánimo de exhaustividad y, especialmente, referido a las cuestiones más importantes y a las novedades que incorpora a su texto. En definitiva, lo que se pretende con el proyecto es adecuar aquí y ahora, en la medida de lo posible, el sistema institucional con la realidad socio-económica, siguiendo las prescripciones de Stuart Mill.

Dicho esto, parece procedente hacer referencia, breve, sumaria y anticipada de las cuestiones que regula *ex novo* o de manera diferenciada el nuevo proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como de los fines que se persiguen y los principios que lo inspiren todo, lo cual se recoge resumidamente en la **Exposición de Motivos**:

■ La nueva Ley o proyecto «no pretende abarcar toda la normativa de la contratación pública de manera uniforme, sino que se reconoce a las Comunidades

Toda la actividad inversora debe prestar atención a los OCEX

Autónomas que puedan introducir en la regulación... las peculiaridades que las competencias de su propia autonomía les permite». Ello en función del mandato del artículo 149.1.18 de la Constitución.

- La nueva regulación del proyecto de ley responde a la obligación del Estado español «*de adecuar la legislación interna al ordenamiento jurídico comunitario*».
- Además, tiene pretensiones de seguir el ejemplo de la ley que ahora se quiere derogar en el sentido «*de agrupar en forma sistemática la legislación sobre contratación pública que hasta ahora aparece dispersa e incompleta... (respecto de lo cual) han hecho aparición nuevas necesidades*».
- En este sentido, hay que destacar la conveniencia de que «*se modifique la disposición de materias de la Ley hasta ahora vigente que, quizás por la proyección histórica principal que en la contratación pública tuvo el contrato de obras, se construyó alrededor de éste, al que se le dio un trata-*

miento primordial, aplicando por analogía su regulación a los restantes contratos administrativos», por lo que ahora se da a cada contrato una regulación específica e incluso se crean otras formas contractuales hasta ahora incluidas en éste.

- El paso del tiempo ha llevado a tener que reconocer que los nuevos e importantes fenómenos sociales, económicos y políticos, hacen insuficiente la regulación que rige esta materia.
- Las principales modificaciones llevadas a cabo son las siguientes:
 - ✓ «*La Ley se desarrolla sistemáticamente en una parte general que comprende la organización administrativa de la contratación pública y de una especial de aplicación a los distintos contratos que después se regulan separadamente, según se ha dicho*».
 - ✓ «*La normativa comunitaria informa e inspira en gran manera el contenido del proyecto de Ley, especialmente en cuanto a la*

capacidad de los contratistas, los procedimientos de licitación, la determinación de la cuantías de los contratos a efectos de publicidad y sus plazos, las excepciones a aquélla y los requisitos exigidos para el procedimiento negociado (novedad importante que pretende subsanar las deficiencias de la contratación directa), así como las circunstancias que acreditan la solvencia de los empresarios».

- ✓ «*La clasificación de los contratistas se establece para los contratos de obra y para aquellos con empresas consultoras y de servicios, con carácter obligatorio para las empresas nacionales y extranjeras no comunitarias, siendo potestativo para las comunitarias en los contratos de obra, si acreditan suficientemente su solvencia económica, financiera y técnica*».
- ✓ «*Quedan incorporados a la Ley ciertos preceptos que figuran en el Reglamento... debiendo mencionarse al efecto,*



como materias más significativas, la normativa sobre clasificación y régimen de los contratos, los requisitos generales de la contratación y la invalidez y sus efectos».

Siguiendo un método de exposición de círculos concéntricos, se amplían a continuación los aspectos más novedosos que se contemplan en la **Exposición de Motivos** en un análisis hermenéutico, sistematizado según lo hace el propio proyecto.

Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

Ambito de aplicación

Del ámbito de aplicación de la ley merece la pena resaltar como novedades la eliminación, con sumo acierto a nuestro juicio, de los siguientes actos:

- X La adjudicación de bienes muebles que integran el Patrimonio Histórico Español, previa valoración por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes de dicho Patrimonio o el organismo homólogo reconocido al efecto por las respectivas Comunidades Autónomas, que se destinen a Museos, Archivos o Bibliotecas para su exhibición pública.
- X De igual forma, los contratos de suministros relativos a actividades directas de los Organismos Autónomos de las Administraciones Públicas de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, así como de los Entes públicos no sujetos en su actuación al Derecho privado, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares.

Organos de contratación

Resulta sumamente complejo el modo de estructuración del precepto que regula los distintos órganos de

contratación. El citado proyecto señala como novedad:

- X En primer lugar y como regla genérica, además de los ministros, se incluyen ahora a los secretarios de estado, añadiéndose inexplícitamente que lo son en tanto que se limiten al ámbito de su competencia.

Los requisitos para contratar con la Administración

- X Se establecen reglas de solvencia económico-financiera y técnico-profesional para cada uno de los contratos según sean de obra, suministro o cualquier otro tipo, para la clasificación del contratista.

La acreditación de tales circunstancias se regula de manera muy compleja, lo que demuestra la importancia de esta parte de la norma, siendo los títulos académicos y experiencia empresarial y la relación de obras ejecutadas en los últimos cinco años, datos concretos importantes para los de obras; la relación de principales suministros efectuados durante los últimos tres años y las muestras, descripciones, fotografías de los productos a suministrar, los exigidos en los contratos de suministros, aunque con anterioridad estuvieran recogidos en normativa dispersa.

En cuanto a la garantía que han de prestar los contratistas debemos destacar las siguientes novedades: se regula la dispensa de la misma (por quién y según qué casos); la posibilidad de prestar una garantía global sobre todos los posibles contratos con una misma Administración Pública; el supuesto de posible temeridad del contratista y la devolución o cancelación de la garantía en aquellos casos en que transcurran dos años sin recepción y liquidación de la obra.

Entre las prerrogativas de la Administración y en aras del principio recién adquirido de agilizar la contratación, se reconoce la previsión expresa del arbitraje, sujeto a los requisitos del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, o en las nor-

mas de otras Administraciones Públicas. Igualmente, se limitan los supuestos de intervención preceptiva del Consejo de Estado a los siguientes:

- Los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.
- Cuando se producen modificaciones, y cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior al 20% del precio original del contrato y éste exceda de 2.000 M.P.

El proyecto de la nueva ley distingue entre adjudicación y formas de contratación, pudiendo llevarse a cabo la primera por:

- X procedimiento abierto, al que todo empresario puede presentar una proposición.
- X procedimiento restringido a empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos.



X procedimiento negociado con un empresario libre y justificadamente elegido por la Administración, previa consulta con una o más empresas (contratación directa informal ahora, abusadísima), que guarda parentesco

con el concurso de perfil predeterminado aceptado por la más moderna doctrina administrativa en base a las ventajas posibles de la fórmula.

Las fórmulas abiertas o restringidas podrán ser por subasta o por concurso.

El paso del tiempo demuestra que los fenómenos sociales, económicos y políticos, hacen insuficiente la regulación de la contratación pública

cuantía esta última aplicable a los contratos de asistencias técnicas menores, que se caracterizan por la simplicidad de su tramitación hasta el extremo de posibilitarse la forma verbal.

Constituye una novedad el contrato de demolición (antes, según creo recordar, se integraba en el objeto del contrato de obra) cuyo tratamiento específico se justifica habida cuenta de la importancia del supuesto. Igualmente sucede con la adjudicación a tanto alzado, que constituye un supuesto excepcional necesitado de desarrollo ulterior.

En el procedimiento negociado, el replanteo de la obra será necesario en el momento de la adjudicación y no en el de la licitación.

También como novedad, aparece regulado de forma expresa el contrato de concesión de obra pública, que combina la ejecución de la obra autofinanciada, a cambio de la explotación de la misma mediante su concesión durante un plazo cierto, y que ya ha sido utilizado en algunas de las autopistas españolas.

Bastante innovador es haber eliminado el requerimiento como procedimiento de denuncia de la mora, (retraso) a efectos de pago de intereses, que ahora empieza a contar desde el día siguiente a la falta de pago.

Como disposiciones generales referidas al contrato de obras, habría que señalar la presencia de un llamado contrato menor, entendido como aquel que no exceda de 7.500.000 de pesetas, que por lo que respecta al de suministro es el que no supera los 2.000.000 de pesetas,

Las nuevas causas de resolución del contrato de obra comprenden:

X La demora de comprobación del replanteo.

X Los errores materiales que pueda contener el proyecto o presupuesto elaborado por la Administración que afecten al presupuesto.

Se introduce como novedoso la posibilidad de resolución del contrato en el supuesto de falta de prestación por el contratista de la fianza definitiva.

En relación con la fianza, es nueva la posibilidad de exigir al contratista incurso en presunción de temeridad, la constitución de una garantía complementaria, cuya cuantía se determinará reglamentariamente.

La fiscalización de la contratación

Para ser congruentes con el título de la ponencia se estima necesaria, al menos, una breve referencia a la normativa que la legitima como función propia de los OCEX.

En un análisis de Derecho comparado ha de comenzarse por referir al Tribunal de Cuentas de España. En efecto, al TC resulta atribuida la competencia de fiscalizar la contratación administrativa. La deriva genéricamente del artículo 1º de la Ley orgánica 2/1982, de 12 de Mayo, que se la imputa sobre las cuentas y gestión económica del sector público, una de las cuales es la correspondiente a los contratos. Y se incluyen, además, algunos aspectos de la contratación civil y mercantil en el artículo 11 de la Ley orgánica citada y en el 39 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Hay una responsabilidad fiscalizadora clara del Tribunal de Cuentas sobre determinadas empresas que la Disposición Transitoria Segunda del Reglamento General de Contratación Administrativa deja en la ambigüedad, como señala la comunicación de la Asesoría Jurídica del Departamento de Sociedades Estatales del Tribunal de Cuentas.



La Cámara de Cuentas de Andalucía tiene la función de «fiscalizar especialmente los contratos administrativos celebrados por los componentes del sector público», en el artículo 4º de su Ley reguladora, 1/1988, de 17 de Marzo, así como en el artículo 5º de su Reglamento, de 9 de Julio de 1991, que se expresa en el mismo sentido.

Aunque sin funcionamiento aún, el órgano de control Sindicatura de Cuentas de las Islas Baleares, en su Ley reguladora 1/1987, de 18 de Febrero, no menciona expresamente la fiscalización de los contratos administrativos, por lo que habría que deducirlo lógicamente de su artículo 1º en la atribución de tal competencia genérica sobre el sector público balear.

La Ley reguladora de la Sindicatura de Cataluña de 5 de Marzo de 1984 recoge en su artículo 2.1,c) la función fiscalizadora de «los contratos suscritos por la Administración de la Generalidad y demás entes del sector público».

Por lo que se refiere al Consejo de Cuentas de Galicia, igualmente se recoge, en el artículo 4º,c) de su Ley reguladora 4/1986, de 26 de Diciembre, la fiscalización de «los contratos celebrados por la Administración autonómica y otros entes del sector público».

El específico régimen a que se contrae el funcionamiento de la Cámara de Comptos de Navarra, articulado en su Ley Foral de 20 de Diciembre de 1984, no comprende entre sus prescripciones competenciales ni funcionales, la fiscalización específica de los contratos, por lo que, si la llevan a cabo, será derivándola de la genérica que se lleve a cabo sobre el sector público.

También, por el contrario y sorprendentemente, el artículo 10,a) de la Ley 1/1988, de 5 de Febrero, del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas-HKEE recoge específicamente como objeto de fiscalización «los contratos celebrados por el Sector Público Vasco, en los casos en que así esté establecido (¿dónde?) o que el Tribunal

considere conveniente (¿cuándo?)». Y se añade en un alarde fiscalizador que «si se refiere a contratos de obras públicas, la fiscalización se extenderá a la rentabilidad de las obras y a la eficacia de su ejecución», lo que es de aplaudir.

La Ley 6/1985, de 11 de Mayo, de la Sindicatura de Cuentas de Valencia no contiene ninguna referencia específica a la fiscalización de la contratación administrativa, por lo que se ignora si se utiliza como fórmula de legitimación competencial la referencia genérica al sector público de la Comunidad Valenciana.

Y, finalmente, la Ley 4/1989, de 2 de Mayo, reguladora de la Audiencia de Cuentas de Canarias, lo resuelve con la máxima sencillez en su artículo 5.1,d) en los términos de referir la fiscalización a su competencia de «los contratos suscritos por la Administración de la Comunidad Autónoma y demás entes del sector público». ■

