



## INFORME 2/99, DE 18 DE FEBRER DE 1999

### SUBSTITUCIÓ DEL SISTEMA DE FISCALITZACIÓ PRÈVIA PER PROCEDIMENTS D'AUDITORIA EN ELS CONTRACTES DE LES EMPRESES PÚBLIQUES VINCULADES O PENDENTS DE LA CAIB.

#### ANTECEDENTS:

La Secretària General Tècnica de la Conselleria de Medi Ambient, Ordenació del Territori i Litoral presenta escrit davant aquesta Junta Consultiva en el qual després d'afirmar que el criteri de la Conselleria en relació a la intervenció dels contractes de les empreses públiques IBASAN e IBANAT (que d'ella depenen) és el de considerar que la fiscalització prèvia de tot acte, document i expedient susceptible de produir drets i obligacions de contingut econòmic no pot substituir-se pels procediments d'auditoria, posa de manifest que tal criteri no es comparteix amb la Intervenció General de la CAIB i planteja a la Junta la següent qüestió:

*"Si la intervenció prèvia (exigida a l'article 11.2 g) de la LCAP que constitueix legislació bàsica) de tot acte, document, expedient susceptible de produir drets i obligacions de contingut econòmic o moviment de fons i valors per les empreses públiques que subjectin l'activitat a l'ordenament jurídic privat (IBANAT i IBASAN) , es pot o no es pot substituir pels procediments d'auditoria i, per tractar-se de competències no exclusives de la CAIB, fins que no es modifiqui l'article 90 de la Llei 1/1986, de 2 de febrer, de finances de la CAIB, ha de prevaler la legislació estatal (article 93 del Text refundit de la Llei general pressupostària)".*

Per la seva part, el Viceinterventor general de la CAIB també presenta escrit en el que afirma que la fiscalització prèvia de les operacions relatives als contractes de les empreses públiques pot substituir-se pel seu control a través de procediments d'auditoria, afegint-se, a continuació, que existeixen altres opinions contrastades "verbalment" que interpreten el contrari, per això li pareix convenient plantejar a la Junta Consultiva la següent qüestió:

*"Les entitats de Dret públic amb personalitat jurídica pròpia dependents de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears – a les que es refereix l'article 1.b) 1.LF- i subjectes a la LCAP: ¿Són sotmeses als efectes de l'article 11.2 g)LCAP al règim de fiscalització consistent a la realització de procediments d'auditoria, en substitució del de intervenció prèvia, tal i com estableix l'article 90 LF?*

Ambdues peticions versen sobre una mateixa qüestió, encara amb punts de vista antagònics; per això, s'ha considerat oportú donar resposta a les dues en un únic informe.

#### **PRESSUPOSTOS D'ADMISSIBILITAT:**

1r) Tant el Secretari General Tècnic de la Conselleria de Medi Ambient, Ordenació del Territori i Litoral, com el Viceinterventor, (que substitueix a l'Interventor General com ja s'ha dit en els anteriors informes – 9/98 i 14/98- ) tenen legitimació per a dirigir preguntes i

sol·licitar informes a la Junta Consultiva a tenor de l'article 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, i de l'article 15 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta.

2n) Les dues sol·licituds venen acompanyades del corresponent informe jurídic com preceptua l'article 16.3 del Reglament, però en el cas del subscrit pel servei jurídic de la Conselleria de Medi Ambient, Ordenació del Territori i Litoral s'ha limitat a transcriure literalment el propi escrit del Secretari General Tècnic, amb el que no és possible dilucidar si la petició o escrit de consulta ha servit de base per a elaborar l'informe o, a la inversa, motiu que seria suficient per aconsellar la inadmissió de la petició, però atès que de forma simultània, encara amb els punts de vista apuntats en els antecedents, la Viceintervenció General sí ha observat el formalisme exigít, es tenen per complits els pressupostos d'admissibilitat.

### **CONSIDERACIONS JURÍDIQUES:**

**PRIMERA.-** Atès l'article 1.b) 1. De la Llei 3/1989, de 29 de març, d'entitats autònomes i empreses públiques vinculades de la CAIB, les empreses públiques objecte de consulta (l'Institut Balear de la Natura –IBANAT- i l'Institut Balear de Sanejament –IBASAN-, respecte de la Conselleria de Medi Ambient, Ordenació del Territori i Litoral, i Gestió Sanitària de Mallorca – GESMA- i l'Institut Balear de Promoció del Turisme -IBATUR-, afegides per la Intervenció General de la CAIB), tenen la categoria d'entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, sotmeses a la CAIB i han d'ajustar l'activitat a l'ordenament jurídic privat.

Malgrat això, l'article 1.3 de la LCAP disposa que hauran d'ajustar l'activitat contractual a ella les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, vinculades o dependents de qualsevol de les Administracions Públiques, sempre que es donin els requisits que estableix el propi article, el que passa en el cas present i no és discutit per cap dels sol·licitants d'informe a la Junta Consultiva, limitant-se la qüestió a determinar si a aquestes empreses li són d'aplicació la fiscalització prèvia dels actes de contingut econòmic relatius als contractes que celebrin o si aquesta fiscalització prèvia pot ser substituïda per procediments d'auditoria.

**SEGONA.-** El dubte jurídic plantejat sorgeix de la distinta interpretació que donen els interpellants a les següents normes:

*"Article 11.2.g) de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques.-*

....

*Són requisits necessaris per a la celebració dels contractes administratius, malgrat que expressament es disposi altra cosa a la present Llei, els següents:*

... ..

... ..

*g) La fiscalització prèvia dels actes administratius de contingut econòmic, relatius als contractes, en els termes previstos a la Llei General Pressupostària o en les corresponents normes pressupostàries de les diferents Administracions Públiques sotmeses a aquesta Llei"*

#### **Article 90.1 de la Llei de Finances de la CAIB.-**

*La Intervenció prèvia d'operacions de les Empreses Públiques que depenen de la Comunitat es substituirà, en tot cas, per procediments d'auditoria"*

Segons la Conselleria de Medi Ambient, atenint-se al caràcter bàsic que té l'article 11 de la LCAP i al tractar-se de competències no exclusives de la CAIB, l'article 90 de la Llei de Finances no és d'aplicació per contraposar-se al que preceptua en una norma bàsica, o d'altra forma, ha esdevingut inconstitucional per contradir la LCAP, que és posterior al temps.

Pel contrari, la Intervenció General de la CAIB entén que l'article 90 de la Llei de Finances és de plena aplicació a l'àmbit de la nostra Comunitat Autònoma en base, precisament, a la remissió que efectua l'article 11.2.g) de la LCAP, s'entén, en una interpretació intencional del legislador, que donada la diversitat de règims organitzatius el control intern dels actes de contingut econòmic no ha de ser el mateix en totes les entitats sotmeses a la LCAP i d'aquí que es produeixi la remissió al que determinen "*les distintes administracions públiques*", donant importància, a l'argumentació, a la nova redacció que la Llei 50/1998, de 30 de Desembre, ha donat dels articles 99 i 100 de la Llei General Pressupostària, que permet que les entitats públiques estatals empresarials estiguin sotmeses al "*control financer permanent*".

**TERCERA:** Per a una adequada solució convé delimitar el que constitueix normativa bàsica i, per tant, d'imperativa aplicació en totes les Administracions, del que no ho és, tenint cada Administració la capacitat d'autoregulació.

No hi ha cap dubte de què, segons ens diu la Disposició final primera de la LCAP, l'article 11 té el caràcter de bàsic, però l'apartat que ens ocupa, el 2.g), conté una remissió a altres lleis: "*La Llei General Pressupostària*" o "*les corresponents normes pressupostàries de les distintes Administracions Públiques*". I per la simple remissió a aquestes disposicions no es converteixin també en bàsiques.

Més bé s'ha d'entendre que el que vol el legislador ha estat que en aquest tema, (la fiscalització prèvia), cada administració actuï d'acord amb el seu criteri.

En efecte, la Llei General Pressupostària no té caràcter bàsic circumscribint l'àmbit a l'Administració de l'Estat i dels organismes autònoms (article 2), regulant-se la mateixa matèria a l'àmbit de la CAIB per la Llei de Finances, en el Títol IV, "De la Intervenció, del control Financer i de la Comptabilitat".

No pareix sostenible la tesis de què fins que no es modifiqui l'article 90 de la Llei de Finances s'ha d'estar a l'article 93 del text refundit de la Llei General Pressupostària, ja que aquest article, l'aplicació del qual pretén la Conselleria de Medi Ambient, té un contingut equivalent (quasi idèntic) a l'article 86 de la Llei de Finances de la CAIB, pel qual l'aparent

contradicció de l'article 90 de la LF amb el 93 de la LGP, no es produeix des de l'aparició de la LCAP, sinó que ja estaria a la pròpia llei de finances, entre l'article 90n i el 86.

Diu l'article 93 de la Llei General Pressupostària:

*"2. L'exercici de l'expressada funció comprendrà:*

- a. La Intervenció crítica o prèvia de tot acte, document o expedient susceptible de produir drets o obligacions de contingut econòmic o moviment de fons i valors"*

I diu l'article 86 de la Llei de Finances de la CAIB:

*"L'exercici de la funció interventora comprendrà:*

- a) La fiscalització prèvia de tots els actes, documents i expedients susceptibles de produir drets o obligacions de contingut econòmic o moviment de fons o valors".*

Cap contradicció hi ha entre aquest darrer precepte i l'article 90 d'aquesta Llei autonòmica quant diu:

*"La intervenció prèvia d'operacions de les empreses públiques dependents de la Comunitat es substituirà, en tot cas, per procediments d'auditoria".*

Com tampoc ho hi ha a la pròpia Llei General Pressupostària entre l'article 93 i l'article 100 que a la versió anterior deia:

*"Si es tracta d'Organismes autònoms de l'Estat amb activitats industrials, comercials, financeres o anàlogues:*

- b. Són objecte de comprovacions periòdiques o procediments d'auditoria les operacions no compreses a l'apartat a) anterior (dotacions de caràcter limitat o ampliable), i que substituiran a la intervenció prèvia".*

I en la versió actual, donada per la Llei 50/1998, diu l'article 99.2 (que recull el que abans es regulava en el 100, que passa a tractar altre tema) el següent:

*"Les Entitats Públiques Empresarials són sotmeses a control financer permanent".*

Atesa la definició que s'entén per control financer permanent al núm. 1 d'aquest mateix article que ens diu:

*"... són sotmeses a control financer permanent, mitjançant la realització d'auditories, avaluacions i altres tècniques de control".*

No repugna, doncs, a l'ordenament jurídic ni als principis de la funció interventora, com es dedueix de les normes exposades, que per a determinades entitats la fiscalització prèvia, sistema normal de intervenir els actes de contingut econòmic, es substitueixi per procediments d'auditoria.

**QUARTA:** Per calibrar correctament el procediment de la remissió continguda a l'article 11.2.g) de la LCAP hem d'acudir a les restants normes d'aquesta Llei que constitueixen el context, atès fonamentalment el seu esperit i la seva finalitat, com ens indica l'article 3 del Codi Civil. I l'article 11 de la LCAP el que està regulant són els requisits dels contractes, entre els que figuren *"la tramitació de l'expedient"*, i *"la fiscalització prèvia dels actes administratius de contingut econòmic"*, si bé en aquest darrer cas es remet per a la concreció *"als termes previstos a la Llei General Pressupostària o a les corresponents normes pressupostàries de les diferents administracions Públiques"*. Atès això aquest apartat 2 de l'article 68 no té caràcter bàsic d'acord amb la Disposició final primera de la LCAP decau, ja que, el suport de la teoria mantinguda pel primer dels interpel·lants, sense oblidar que la finalitat de les remissions a les normes pressupostàries de les diferents administracions no és altra que el reconeixement implícit de la pròpia LCAP del caràcter exclusiu que sobre aquesta matèria tenen les autonomies (art. 10.1 i 24 del Estatut d'Autonomia Balear)

**QUINTA:** Existeixen, en la pròpia LCAP, exemples de remissió a altres normes que, atès això, no plantegen dubte com el present supòsit. Així, l'article 9.1 de la LCAP –Bàsic també– en el seu darrer paràgraf, es remet pels contractes de compra-venda, donació, llogament i demés negocis jurídics idèntics sobre bens immobles, propietat incorporals o valors negociables a *"la legislació patrimonial de l'Administració Pública aplicable en cada cas"*. Sense que ningú dubti de què cada administració, al regular i aplicar la legislació patrimonial, exerciti la total autonomia e independència de les normes de la LCAP, a les que substitueix sense cap submissió en termes tan estrictes que arribin a l'absurda, quin seria d'aplicació, per exemple, la classificació. Atès la pronunciació de la Junta sobre aquest tema en termes de flexibilitat en els informes 13/98 i 15/98.

**SEXTA:** L'argumentació s'emmarca dins del règim jurídic privat que regeix l'activitat d'aquestes entitats, d'acord amb l'article 1.b).1, de la Llei 3/1989 i a les respectives normes de creació.

La fiscalització prèvia a que fa referència l'article 11.2.g) de la LCAP decau, com el precepte indica, sobre actes administratius i, com argumenta la Intervenció general a l'escrit, resulta dubtós que els actes de aquelles entitats, l'actuació del qual està sotmesa amb caràcter general al dret privat, puguin qualificar-se com actes administratius en el

sentit amb que aquest terme és empleat per la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú. Atès això, hi ha que recordar que els preceptes d'aquesta Llei han d'aplicar-se a l'activitat de les entitats de dret públic dependents o vinculades a les Administracions públiques només quan aquelles exerceixin potestats públiques (article 2.2 de la nomenada Llei), i difícilment pot parlar-se de què, al contractar, les empreses públiques que ens ocupen exerceixin potestats públiques, que s'entenen com a prerrogatives o poders d'actuació exercits per l'Administració des d'una posició de supremacia que col·loqui als administrats en una correlativa posició de subordinació, com així succeeix, al tractar de les potestats expropiatòria, sancionadora, etc.

Atès això, la LCAP sí que modula la subjecció als preceptes de les nomenades Entitats, però la submissió d'aquesta classe d'ens a aquest sector de l'ordenament jurídic, és una novetat introduïda per la LCAP, amb la finalitat de trasposar els termes "*poder adjudicador*" i "*organisme de dret públic*" presents a les activitats europees sobre contractació administració (en concret, la LCAP trasposa les Directrius 92/50, sobre contractes de serveis; 93/36, sobre contractes de subministrament i 93/97, sobre contractes d'obra), sense que això pugui entendre's en un sentit tan estricte que dugui a considerar aquestes empreses i les actuacions com pura administració subjecte a totes les normes administratives, sinó que pensades per a operar a l'àmbit privat, també han d'estar sota el control de les Administracions de qui depenen, però aquest no necessàriament ha de ser idèntic al que aquelles estan sotmeses sino que ha d'estar adaptat a les peculiaritats de la funció i a l'àmbit del compliment dels principis informadors de la contractació.

**CONCLUSIÓ:** La intervenció prèvia dels actes de contingut econòmic, relatius als contractes, de les empreses públiques dependents de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (i en concret els del IBANAT, IBASAN, IBATUR i GESMA objecta de consulta) es pot substituir per procediments d'auditoria en els termes prevists a l'article 90 de la Llei de Finances de la CAIB.