

Javier Medina Guijarro

Juan C. López López

La fiscalización de la contratación administrativa por el Tribunal de Cuentas

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA ECONOMÍA NACIONAL. III. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. IV. LA RELEVANCIA DE LA FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. ESPECIAL REFERENCIA AL CONTROL EXTERNO. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente documento se analizará la relevancia que, para los órganos de control interno y externo tiene, en nuestros días, la fiscalización de la contratación pública.

El documento se estructura en cinco apartados: después de este primero, introductorio, se efectuará, en el apartado II una sucinta exposición de la importancia de la intervención de los poderes públicos en las economías nacionales.

En el apartado III se mencionará la importancia de la contratación administrativa dentro de los gastos de inversión y se efectuará un ligero repaso a la normativa jurídica que ha regido dicho aspecto de la ejecución del gasto público desde la segunda mitad del siglo XX hasta nuestros días.

A continuación, el apartado IV pondrá de manifiesto la relevancia de la fiscalización de la contratación pública. Finalmente, en el apartado V se resumirán las principales conclusiones alcanzadas.

II. LA INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA ECONOMÍA NACIONAL

El objeto de los gastos privados es la satisfacción de las necesidades personales de los individuos; necesidades subjetivas determinadas por cada sujeto económico tras la comparación de su escala de satisfacción con la de costes. El objeto de los gastos públicos es, sin embargo, la satisfacción de las necesidades colectivas de la comunidad o, más exactamente, de las necesidades públicas; estas necesidades son objetivas: necesidades de seguridad, de orden, de higiene, de educación, etc. Se imponen en virtud de una necesidad cuyo carácter imperativo es apreciado por el Estado y su satisfacción es en gran parte independiente del beneficio. Por otra parte, la naturaleza de las satisfacciones obtenidas, que se resuelve con frecuencia por la utilización de un servicio, se presta difícilmente a una evaluación del gasto. Hay que limitarse a precisar la remuneración del personal o del gasto de material sin poder obtener un coste preciso por medio de un verdadero cálculo económico.

El móvil de los gastos privados y de los gastos públicos es igualmente diferente. El individuo gasta con vistas a obtener una satisfacción superior a la privación que experimente. Su móvil es la rentabilidad. El empresario no invierte sino cuando le parece que su inversión le va a ser rentable; es decir, cuando es capaz de producirle un aumento de renta. El gasto público no obedece en general a un móvil de rentabilidad. Sin duda, ciertos servicios de carácter industrial o comercial tratan de procurarse un beneficio; pero cada vez más los servicios públicos obedecen a un móvil de productividad. Basta con que su actividad sea productora de necesidades comunes para que, independientemente de todo beneficio e incluso en caso de déficit financiero, se lleve a cabo su explotación. Gastos de este tipo son los ocasionados por el funcionamiento de la red de transportes ferroviarios, fluviales, marítimos y aéreos. Hay otros gastos que no procuran ninguna rentabilidad y cuya productividad es incluso muy difícil de apreciar: tales son los gastos militares productores de seguridad y salvaguarda de la independencia nacional.

La afectación de los gastos es igualmente diferente. El particular emplea su renta de dos modos: una parte la dedica al consumo y otra al ahorro. En cambio, el Estado gasta íntegramente sus rentas: no ahorra. En efecto, el patrimonio del Estado es la única acumulación de capital monetario. Si en un momento dado existe un exceso de ingresos sobre los gastos previstos

tiene que disminuir los primeros por medio de desgravaciones fiscales, o destinar los excedentes a amortización de deuda pública.

Sin embargo, el hecho de que el Estado no cree patrimonio no impide que pueda constituir un fondo de reserva destinado a facilitar las operaciones de tesorería. El Estado puede conservar temporalmente los excedentes de liquidez para, más tarde, hacer frente a gastos importantes que excedan los ingresos del momento. La política presupuestaria invita al Estado a conservar las plusvalías de los períodos de depresión. Pero no nos encontramos ante un ahorro en sentido económico estricto, sino una previsión encaminada a escalonar en el tiempo una serie de gastos futuros; tampoco se trata de un ahorro activo, acumulado con vistas a una inversión mobiliaria o inmobiliaria. Cuando el Estado quiere invertir, recurre al empréstito o a los ingresos fiscales. En resumen, realiza sus gastos día a día y desembolsa todo lo que percibe, debiendo, por regla general, revertir los excedentes a la colectividad, caso de existir.

Finalmente, existe una diferencia importante en cuanto al límite entre los gastos públicos y privados. Estos últimos quedan limitados por la importancia de la renta de los particulares; pero los gastos públicos no tienen este límite. En efecto, la renta nacional que sirve para cubrirlos es, en los Estados modernos, susceptible de aumentar indefinidamente. Y, además, al ser el gasto público de carácter siempre productivo también, origina una expansión de la renta nacional. Por otra parte, cuando los ingresos fiscales parecen haber alcanzado los límites de su rendimiento y pueden ocasionar por ello una limitación en los gastos, al Estado le queda la posibilidad de recurrir al empréstito y si todavía éste fuera insuficiente a la emisión de moneda.

Pues bien, puesto ya de manifiesto estos principios elementales de las economías nacionales, conviene recordar que, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, es unánimemente reconocido el papel desempeñado por el sector público en la creación de la infraestructura económica de las naciones desarrolladas. En efecto, una gran parte de la base de las economías nacionales se encuentra anudada a una política de inversiones practicadas por los poderes públicos. Así, edificios públicos de todas clases, hospitales, centros culturales, red de carreteras, comunicaciones y un buen número de ejemplos que están en la mente de todos. Estas operaciones representan inversiones de gran trascendencia, tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde el punto de vista temporal. Exigen, también, el desembolso posterior, por parte de los poderes públicos, de ingentes cantidades de dinero destinadas a los gastos de mantenimiento.

La importancia estadística de las operaciones de formación de capital por la inversión pública viene representando, desde el período indicado en el inicio de este documento, un porcentaje muy importante del gasto presu-

puestario total. Ya en la década de los setenta y en su obra *“Economía Financiera”*, ALAIN BARRERE, entonces un joven decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París escribía que *“...estos gastos han representado, desde 1945, entre la tercera y la cuarta parte del gasto presupuestario total”*. Se refería, este autor, a los datos que se manejaban entonces en Francia. Pero la situación no era ni es solo predicable del país vecino, y sigue siendo una característica que se mantiene hoy en día en todos los países desarrollados.

Por lo que se refiere a España, los datos suministrados por la Intervención General del Estado del Ministerio de Hacienda correspondientes al ejercicio 2004 arrojan un total de inversión pública que superó los setenta mil millones de euros. Esta cifra, referida al conjunto de las Administraciones Públicas (General, Autonómica y Local) supone ya en sentido estricto, según estas fuentes oficiales, el 10,2% del Producto Interior Bruto, y ello sin incluir la contratación de las empresas públicas de los tres niveles de autogobierno antes citados. Estos datos suponen (teniendo en cuenta, a su vez, que la aportación del gasto público a la formación del PIB se acerca al 50%), que la contratación pública venga a suponer aproximadamente el 20% del gasto presupuestario total, cifra que se sitúa en los parámetros que se han detallado al inicio de este documento.

III. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Un porcentaje muy importante de la inversión pública, se canaliza, a su vez, a través de la contratación administrativa. Es cierto que existen algunos gastos de inversión (como, por ejemplo, los dedicados a expropiaciones), que se rigen por otras normas legales ajenas a las que regulan la contratación administrativa. Pero, el objeto de este trabajo es, precisamente, el análisis de la contratación. Por ello parece procedente iniciar este apartado con un repaso de la legislación que ha regido tan amplia parcela de la gestión pública en los últimos años.

Para nuestro Ordenamiento jurídico en general y para la contratación administrativa en particular, desde el año 1978 hasta nuestros días hay dos momentos clave: a) la aprobación de la Constitución en el año citado; y b) el ingreso de España en la Unión Europea —entonces Comunidades Europeas— en el año 1986.

La normativa estatal reguladora de la contratación administrativa hasta el año 1995 fue, en esencia, la Ley de Contratos del Estado de 1965 y su Reglamento de 10 años después. Nos encontrábamos, pues, con disposiciones normativas preconstitucionales que, durante su vigencia, hasta 1995, fueron siendo objeto de diferentes modificaciones, siendo la reforma más

importante la que se produjo, precisamente, como consecuencia del ingreso de España en las Comunidades Europeas, lo que conllevó la necesidad de adaptar la normativa interna a las disposiciones comunitarias sobre contratación pública.

Posteriormente, en el año 1995 se aprobó una nueva Ley reguladora de la contratación pública, la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuya exposición de motivos el legislador justificó la nueva norma reguladora de la contratación con los argumentos siguientes:

- a) La consolidación de la organización territorial del Estado prevista en el artículo 137 de la Constitución y el reparto competencial entre las Comunidades Autónomas y la Administración Central del Estado (que es, según la mejor doctrina como debe entenderse el vocablo “*Estado*” en los artículos que estamos citando) que establecen los artículos 148 y 149 de la Norma fundamental que, en materia de contratación administrativa, tiene su exponente más relevante en el apartado 18, del número 1, del citado artículo 149 cuando dispone que el Estado tiene competencia exclusiva para promulgar la legislación básica sobre contratos administrativos.
- b) La pertenencia de España a la Comunidad Europea, circunstancia que exigió la adecuación de nuestra legislación interna al Ordenamiento jurídico comunitario. En concreto, y además de las Directivas Básicas de la C.E.E. en materia contractual, tuvieron que tenerse en cuenta los compromisos derivados del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y del Acuerdo sobre Contratación Pública, firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994.
- c) La necesidad de agrupar en un mismo texto normativo las disposiciones aprobadas con posterioridad a la Ley de Contratos del Estado de 1965, así como la incorporación al nuevo texto legal que entonces se aprobaba de algunos preceptos que, contenidos hasta entonces en el Reglamento General de Contratación del Estado de 1975, se consideró oportuno que adquirieran rango legal, bien por estimarse que el objeto sustantivo de que trataban así lo merecía, bien porque lo que lo merecía era su importancia objetiva. Entre estas materias merecen citarse las relativas a: a) clasificación y régimen de los contratos; b) los requisitos generales de la contratación; y c) la invalidez y la resolución de los contratos administrativos.
- d) La necesidad de fijar una nueva estructura de la Ley, estableciendo una regulación propia para cada uno de los contratos administrativos nominados. Se rompió así con una técnica legislativa acrisolada

en nuestro derecho administrativo contractual, según la cual el contrato de obra se consideraba como la figura central de esta parte del ordenamiento jurídico.

- e) Finalmente, la necesidad de garantizar plenamente la transparencia de la contratación administrativa como medio para lograr la mayor objetividad en la actividad administrativa, así como el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia.

Pero la Ley 13/1995 tuvo una vida muy corta. Fue objeto inmediato de modificaciones introducidas por siete diferentes Leyes, de las cuales tres se promulgaron ya durante el ejercicio de 1996. Y así, la Disposición Final Única de la Ley 53/1999 de 28 de diciembre, promulgada esencialmente como consecuencia de los cambios introducidos en las directivas comunitarias, autorizó al Gobierno, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 182 de la Constitución, para que éste elaborara un Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Y, en ejecución de dicha autorización, el Gobierno de la Nación dictó el 16 de junio de 2000 el Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprobó el hasta ahora vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

Pero también este Texto Refundido tuvo una corta vida jurídica. Y así, el 30 de octubre de 2007 se aprobó una nueva Ley de Contratos, ahora denominada Ley de Contratos del Sector Público. Aunque, una vez más, la pertenencia a la Unión Europea ha sido el motivo determinante de la apertura de un nuevo (y esperemos que duradero) proceso de revisión de nuestra legislación sobre contratos públicos, este punto de partida no ha operado como límite ni como condicionante de su alcance. La norma que ahora entra en vigor no se limita a trasponer las nuevas directivas comunitarias, sino que buscando, una vez más, un planteamiento con características de reforma global, introduce modificaciones sustanciales en diversos ámbitos de esta legislación. Y ello, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (universitarias, administrativas y empresariales) de introducir diversas mejoras en la misma y dar solución definitiva (si es que existen este tipo de soluciones) a ciertos problemas que la experiencia en la aplicación de la legislación que ahora se deroga ha ido poniendo de manifiesto.

Así, las diferentes reformas en la legislación contractual que se fueron sucediendo desde mediados de la década de los 80 del pasado siglo se encontraban anudadas, en última instancia, a un planteamiento que consideraba a la Administración General en sentido estricto como el sujeto de derecho sobre el que debía girar la figura del contrato administrativo. Pero la necesidad de tener en cuenta la contratación de otros sujetos públicos se solucio-

naba en el modelo anterior mediante la extensión parcial de la regulación de la normativa contractual aplicable a la Administración General del Estado. Como apunta la propia exposición de motivos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, esta técnica de regulación presentaba el inconveniente fundamental de situar el régimen aplicable a los contratos no celebrados por las Administraciones Públicas en un ámbito que se caracterizaba por su indefinición. Este rasgo estaba especialmente acentuado en el caso de los contratos no sujetos a las directivas comunitarias. También implicaba el tener que renunciar en el caso de los contratos sí sometidos a estas previsiones a efectuar una modulación, no siempre aceptada, de las diferentes normas de ese régimen para ajustarlas a las características propias de los distintos sujetos públicos.

En consecuencia, la nueva Ley de Contratos del Sector Público, separándose de sus antecedentes normativos, ha abordado la regulación de la actividad contractual pública desde una definición lo más amplia posible de su ámbito de aplicación. Y no ha olvidado que se trata de una norma que debe de operar, a partir de su entrada en vigor, en un contexto jurídico fuertemente mediatizado por normas supranacionales y en relación con una variada tipología de sujetos públicos. Ello permitirá: a) dar una respuesta más adecuada a los problemas antes apuntados, aproximando su ámbito de aplicación al de las normas comunitarias de referencia; b) incrementar la seguridad jurídica al eliminar remisiones que a veces eran imprecisas y susceptibles de diferentes interpretaciones; y c) aumentar la eficiencia de la norma al tener muy en cuenta la configuración jurídica peculiar de cada destinatario, lo que permite modular adecuadamente las reglas aplicables. De todo lo anteriormente expuesto, y de la lectura sosegada de la nueva Ley, podemos concretar alguna de sus características principales:

- 1) La norma se separa, de manera definitiva, de la configuración adoptada por legislaciones anteriores, basada en una estructura binaria que se construía alrededor de una denominada "*parte general*" compuesta por normas aplicables a todos los contratos, y una "*parte especial*" en la que se recogían las peculiaridades jurídicas de los diferentes contratos administrativos. Esta sistemática, que pareció constituir en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, un interesante avance técnico respecto de la configuración existente en leyes anteriores a ésta, no resultó, sin embargo, la más idónea para constituir la base de una norma con el alcance que se pretende para la nueva Ley de Contratos del Sector Público.
- 2) La Ley lucha para no dejar entidades del sector público al margen de su regulación. Y así, la delimitación de los entes sujetos a la misma se realiza en términos muy amplios y generosos. Es destacable

que no se olvide ni a los sectores autonómico ni local, así como que la existencia de menciones expresas a las Universidades Públicas y a los denominados “*reguladores independientes*” esté formulada en términos muy amplios. Tampoco ha olvidado la Ley intentar asegurar el cierre del sistema, mediante la previsión de su artículo 3.1.h) que explicita que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la Ley debe extenderse a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la normativa comunitaria, deba estar sometido a sus prescripciones. Esta cláusula residual o de cierre reproduce, por otra parte, la definición que de Organismo Público da la Directiva 2004/18/CE, en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma.

- 3) La Ley distingue tres categorías de sujetos públicos que presentan un diferente nivel de sujeción a sus prescripciones, a saber: a) las Administraciones Públicas; b) los Entes del Sector Público que, no ostentando el carácter de Administración Pública, se encuentran sometidos a lo dispuesto en la directiva comunitaria 2004/18/CE; y c) los Entes del Sector Público que, ni son Administraciones Públicas, ni están sometidos a la directiva comunitaria antes mencionada. Pues bien, el hecho de que la nueva Ley ponga el acento en la regulación de la contratación de las Administraciones Públicas en sentido estricto, no significa que las restantes no puedan hacer uso de determinadas técnicas de contratación o de figuras contractuales contempladas de modo expreso sólo en relación con aquellas (como la subasta electrónica, los contratos de colaboración o los instrumentos para la racionalización de la misma). Ello es así porque siempre será posible que sean incorporadas a las instrucciones internas de contratación que deben aprobar esas entidades, o que se efectúen al amparo del viejo principio de libertad de pactos.
- 4) La Ley acuña una nueva categoría legal a la que denomina “*contratos sujetos a regulación armonizada*”. En esencia, este concepto legal cubre todos aquellos negocios que, por razón de la entidad contratante, del tipo de contrato, y de la cuantía del mismo, se encuentran sometidos a las directrices europeas. El elevar a categoría jurídica este tipo de contratos tiene por finalidad principal el permitir modular la aplicación de las disposiciones comunitarias a los distintos contratos del sector público. El concepto sirve también, utilizado en sentido negativo, para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene libertad absoluta para la configuración de su régimen jurídico.
- 5) Desde un punto de vista social, la nueva Ley de Contratos incluye sustanciales innovaciones en la fase de preparación y adjudicación

de los mismos. Estas novedades afectan, especialmente, a la aparición, por vez primera, de mecanismos que permitan introducir en la contratación pública consideraciones sociales y medioambientales, que se configuran, o bien como condiciones especiales de ejecución del contrato, o bien como criterios esenciales para la valoración de ofertas. Todo ello prefigura una nueva regulación que permite acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un comercio justo con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, en cumplimiento de la Resolución 2245 del año 2005, del Parlamento Europeo sobre Comercio Justo y Desarrollo.

- 6) También cuida la Ley de efectuar una revisión general de la normativa hasta ahora vigente con el fin de disminuir los costes y las cargas que recaían, tanto sobre las entidades contratantes, como sobre los contratistas particulares. Esta revisión ha afectado, de forma particular, al sistema de clasificación de contratistas, a los medios de acreditación de los requisitos de aptitud exigidos para contratar con el sector público y ha articulado un nuevo procedimiento negociado con publicidad para contratos no sujetos a regulación armonizada, siempre que no superen una determinada cuantía.
- 7) La nueva Ley viene a tipificar los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, como nuevas figuras contractuales que podrán ser utilizadas para la obtención de prestaciones muy complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial. Se prevé también, en este ámbito, que la financiación pueda ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio final a pagar por la Administración se irá acomodando a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen el objeto del contrato.

IV. LA RELEVANCIA DE LA FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. ESPECIAL REFERENCIA AL CONTROL EXTERNO

Si la intervención de los poderes públicos se manifiesta, en porcentajes cada vez más importantes, en gastos de inversión pública muy elevados, y si la nueva legislación sobre contratos del sector público abre nuevas vías para someter a todo tipo de poderes públicos a su sujeción, el reto de la fiscalización de la contratación del sector público por los órganos legitimados para

ello, es uno de los más importantes que deben acometer, a partir de ahora, dichos órganos.

Y existen tres motivos fundamentales para que los Órganos de Control Externo (y no sólo el Tribunal de Cuentas, aunque a él nos refiramos de una manera especial), dediquen una buena parte de sus recursos humanos y materiales a la fiscalización de esta parcela de la gestión pública. En primer lugar, por el gran volumen de recursos públicos que invierten los Estados contemporáneos en la contratación. En segundo lugar, por el gran impacto social que han tenido algunas prácticas ligadas a la corrupción en la materia que nos ocupa.

En efecto, según ha tenido ocasión de poner de manifiesto este Tribunal, uno de los más importantes problemas a los que se enfrenta la sociedad actual es el de la corrupción, que, si se produce en el ámbito de lo público provoca una mayor reprobación social dado que se utilizan en ese comportamiento desleal medios públicos que perjudican a la colectividad en su conjunto, ocasionando un grave descrédito de las instituciones democráticas.

No es difícil adivinar que uno de los sectores más proclives al abuso de los caudales públicos y, eventualmente, a la corrupción, es precisamente el de la contratación por las Administraciones Públicas y, en concreto, la obra pública a gran escala. Los grandes proyectos para construir líneas de metro o ferrocarril, infraestructuras y equipamientos de todo tipo, tienen elementos objetivos que, quizás, les hacen más fácil burlar los mecanismos de control externo, al tratarse de inversiones de miles de millones de euros, cuya realización se prolonga durante años, que implican expedientes de gran complejidad técnica y administrativa y en los que suelen participar empresas subcontratadas.

Y, en tercer lugar, pero no por ello menos relevante, porque la legislación específica de los Órganos de Control Externo, efectúa una especial referencia a la fiscalización de la contratación. Así, y partiendo del mandato constitucional plasmado en el artículo 136 de nuestra Norma fundamental, que establece que *“el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del Sector Público”*, el artículo 11 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, establece que *“el Tribunal de Cuentas fiscalizará, en particular, los contratos celebrados por la Administración del Estado y las demás entidades del sector públicos, en los casos en que así está establecido o que considere conveniente el Tribunal”*. Por su parte, los artículos 39 y 40 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, establecen que están sujetos a fiscalización todos los contratos celebrados por el sector público, puntualizando que dicha fiscalización debe comprender todo el *iter* procedimental de la vida del contrato, desde su preparación hasta su extinción, y detallando el primero de los dos

artículos citados cual es la tipología de los contratos que deben ser fiscalizados “*en particular*” por el Tribunal de Cuentas¹.

También hay normas autonómicas creadoras de Órganos de Control Externo que confieren a estos la obligación de fiscalizar, específicamente, los contratos del sector autonómico o local que entran dentro de su ámbito subjetivo de competencias. Entre ellas podemos citar la Ley 1/1988, de 17 de marzo, creadora de la Cámara de Cuentas de Andalucía, la Ley 11/1999, de 29 de abril, creadora de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid y, finalmente, la Ley 10/2001, de 18 de junio, creadora de la Cámara de Cuentas de Aragón (Órgano de control éste, que pesar de los siete años transcurridos desde la promulgación de su Ley constitutiva, aún no ha entrado en funcionamiento).

El Tribunal de Cuentas fue muy pronto sensible a la importancia de su función fiscalizadora de la contratación administrativa. No es una simple anécdota el hecho de que, los tres primeros Informes, aprobados el 5 de octubre de 1983 por el Pleno del Tribunal de Cuentas tras la promulgación de su Ley Orgánica de 1982, tuvieran como ámbito objetivo la fiscalización de legalidad de diversos expedientes de contratación efectuados, respectivamente, por el Instituto Español de Oceanografía, la Dirección General de Carreteras, y el Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales. Pero este fue sólo el principio de una actividad fiscalizadora que no se ha detenido hasta nuestros días. Así, de los casi 800 Informes aprobados por el Pleno del Tribunal de Cuentas desde entonces hasta hoy, más de la mitad han tenido como objetivo único o parcial, la fiscalización de la contratación administrativa. Y aún hay más, para planificar adecuadamente el alcance de la fiscalización de los contratos, el Tribunal de Cuentas consideró que era imprescindible disponer de la mayor cantidad de información sobre la contratación celebrada en cada ejercicio, con independencia del régimen jurídico al que estén sometidos los diferentes órganos de contratación, y facilitar a los órganos contratantes las características de la documentación que debían poner en conocimiento del Tribunal de Cuentas, el Pleno de este órgano dictó dos resoluciones, en el mes de marzo de 2005, detallando de manera exhaustiva las relaciones, certificaciones y documentos que debían ponerse en su conocimiento. Dichos Acuerdos, publicados en el BOE (2 y 16 de mayo de 2005) ha sido una de las escasas manifestaciones de la actividad “*cuasinatormativa*” de esta Institución.

¹ La referencia del art. 39.1 de la Ley de Funcionamiento a los contratos que deben ser fiscalizados con carácter particular, no debe ser entendida como una referencia “*numerus clausus*”, sino como una referencia, quizás innecesaria del legislador de 1988 a los contratos que consideraba de mayor relevancia jurídica o económica.

En dichas instrucciones se pone de manifiesto, en primer lugar, que la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, dispone en su artículo 39 que están sujetos a fiscalización todos los contratos celebrados por la Administración del Estado y demás entidades del Sector público, señalándose que se fiscalizarán en particular aquéllos que superen determinadas cuantías según tipo de contratos, así como todos los superiores a 60.101,21 euros que hubieren sido objeto de ampliaciones o modificaciones posteriores a su celebración que supongan incremento de gasto superior al 20 por ciento del presupuesto primitivo o eleven el precio total del contrato por encima de las cuantías anteriormente señaladas, así como los que hayan producido las mencionadas ampliaciones o modificaciones. Asimismo, se efectúa una previsión específica para cualquier contrato administrativo que, superando la citada cuantía, hubiere sido objeto de resolución y, en su caso, para aquellos otros que se otorguen en sustitución del resuelto.

En consecuencia, con la finalidad de facilitar el cumplimiento de las previsiones legales, se comunicó en su momento a determinadas entidades los criterios que deberían seguirse en la selección y remisión de la documentación al Tribunal de Cuentas. No obstante, la experiencia adquirida en ejercicios anteriores, el distinto alcance de las referencias normativas a las que se ha aludido y la conveniencia de efectuar un análisis armonizado de las mismas, junto con la oportunidad de extender a todos los Órganos de contratación los criterios que, a juicio del Tribunal, deben aplicarse en la aportación de la información han aconsejado actualizar las instrucciones previamente dictadas.

Y así, a fin de planificar adecuadamente el alcance de la fiscalización de la contratación, se consideró imprescindible disponer de información sobre toda la contratación celebrada en cada ejercicio, por lo que se requiere de todos los Órganos de contratación, con independencia del régimen jurídico al que estén sometidos, la remisión de una relación exhaustiva de todos los contratos celebrados en el ejercicio precedente, excluidos los denominados contratos menores. Por otra parte, en concordancia con lo establecido en el mencionado artículo 57 del TRLCAP, para las entidades que hayan de aplicar los procedimientos establecidos en dicho TRLCAP, se relacionan los contratos, según tipo y cuantía, de los que dentro de los plazos legalmente establecidos habrá de enviarse al Tribunal un extracto de su expediente, para lo que en el correspondiente anexo se relacionan los documentos que, a juicio del Tribunal, han de conformar dicho extracto.

En consecuencia, se diferenció una doble remisión, una generalizada a efectuar por todas las entidades públicas, que se materializa en una relación anual de la contratación celebrada en el ejercicio precedente, y otra restrin-

gida a los Departamentos Ministeriales, Organismos y Entidades Públicas sometidas al régimen contemplado en el TRLCAP, que se concreta en el envío de determinados documentos relacionados con los contratos específicos que a continuación se mencionan.

El alcance de esta Instrucción, de conformidad con el objetivo perseguido, se limitó a señalar la documentación que ha de remitirse regularmente al Tribunal para que pueda llevar a cabo la correspondiente fiscalización. No obstante, cualquier Departamento de la Sección de Fiscalización que tuviera asignada la fiscalización de la contratación de una determinada entidad o subsector público podrá ampliar el alcance de la relación anual de contratos a remitir al Tribunal o solicitar que, junto con la documentación relacionada en esta Instrucción, sea aportada cualquier otra documentación relativa a los expedientes de los contratos que a continuación se indican en el epígrafe 11.2 o a cualquier otro contrato adjudicado. En este caso, la entidad pública requerida deberá facilitar la información y documentación solicitada, en cumplimiento del deber de colaboración previsto en el artículo 7 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y de lo expresamente establecido en los referidos artículos 40.2 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y 57. 3 del TRLCAP.

En concordancia con lo expuesto, la información y documentación a remitir al Tribunal de Cuentas, relativa a los contratos celebrados por las entidades públicas, se ha venido ajustando a los siguientes criterios:

a) Documentación a remitir una vez concluido el ejercicio correspondiente.

A fin de tener un adecuado conocimiento de la actividad contractual llevada a cabo en cada ejercicio y poder planificar oportunamente la actividad fiscalizadora, todas las entidades públicas, con independencia del régimen jurídico al que estén sometidas, remitirán al Tribunal de Cuentas una relación certificada, comprensiva de todos los contratos celebrados en dicho ejercicio, exceptuados los contratos menores, identificados a estos efectos como los contratos de obras inferiores a 30.050,61 euros y los contratos de cualquier otra modalidad que no superasen el importe de 12.020,24 euros.

Esta relación debe enviarse al Tribunal de Cuentas antes de que concluya el mes de enero del ejercicio siguiente, acompañada del correspondiente escrito del responsable de la entidad pública en el que se certifique que la relación que se adjunta incluye todos los contratos celebrados en el ejercicio de referencia. La relación debe remitirse en soporte papel y en soporte informático, utilizando el formato base de datos access, siguiendo determinadas instrucciones técnicas y cumplimentando una aplicación informática que a tal fin se facilita por correo electrónico. En el supuesto de que no se hubiese celebrado ningún contrato que superase las cuantías mencionadas, debe ha-

cerse constar dicha circunstancia mediante certificación negativa, siguiendo un modelo que se facilita por el Tribunal.

En los expedientes de contratación que hayan dado lugar a múltiples adjudicatarios, y por tanto a múltiples contratos, por la existencia de lotes o partidas, en el modelo establecido para relacionar los contratos sólo se deberá anotar un único número de orden por cada expediente de contratación y se hará constar el importe total de los contratos del expediente, relacionando a continuación los datos correspondientes a todos los contratos derivados del mismo, ordenados de mayor a menor importe de adjudicación, cualquiera que sea éste.

A efectos de uniformar el criterio a seguir en la inclusión de los contratos en la mencionada relación anual, se debe atender al año de su adjudicación, por lo que la relación certificada debe comprender todos aquellos contratos que hubieran sido adjudicados en el ejercicio de referencia, aun cuando su formalización y ejecución se hubiera podido realizar en el ejercicio siguiente.

b) Documentación a remitir a lo largo del año.

De conformidad con lo dispuesto en el entonces vigente art. 57 TRLCAP, a lo largo del año, y dentro de los tres meses siguientes a la formalización del contrato, las entidades sometidas a los procedimientos establecidos en el TRLCAP deben remitir al Tribunal copia certificada del documento mediante el que se hubiere formalizado el contrato, acompañada de un extracto del expediente, que a estos efectos se entenderá conformado por determinados documentos que facilita este Tribunal, según la naturaleza, el procedimiento y la forma de adjudicación, siempre que el contrato supere las siguientes cuantías:

- Contratos de obras y gestión de servicios públicos cuya cuantía exceda de 601.012,10 euros.
- Contratos de concesión de obras públicas cuya cuantía exceda de 601.012,10 euros.
- Contratos de suministro de cuantía superior a 450.759,08 euros.
- Contratos de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía superior a 150.253,03 euros.
- Contratos administrativos especiales de cuantía superior a 150.253,03 euros.

Igualmente deben comunicarse, en el trimestre siguiente al que se hayan producido, las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos y extinción de los contratos indicados.

c) *Requerimiento de otra documentación*

Con independencia de la información y documentación señalada en los epígrafes anteriores, el Departamento de la Sección de Fiscalización que tuviera asignada la fiscalización de la correspondiente entidad pública, puede requerir el envío de documentación adicional en relación con los contratos anteriormente identificados o con cualquier otro incluido en la relación anual de los contratos celebrados y que se haya previsto fiscalizar, así como, en su caso, información sobre los denominados contratos menores. Dicho requerimiento debe ser atendido en los términos y plazos en que se hubiera planteado.

Pero se aproximan nuevos retos. La Ley de Contratos del Sector Público, a la que hemos venido haciendo referencia en este documento, va a obligar a los órganos de control externo, y en concreto, al Tribunal de Cuentas, a una ampliación del ámbito subjetivo de fiscalización². Y es que las últimas modificaciones legales han sido constantes en la ampliación del ámbito de aplicación de las Leyes que rigen la contratación pública. El objetivo del legislador es someter la disciplina de la legislación de contratos a cada vez más entidades que, de alguna manera, se encuentran dentro de la órbita del sector público. Ante la huída del Derecho Administrativo que se ha venido produciendo en los últimos años, según expresión acuñada por GARCÍA DE ENTERRÍA y acrisolada en la doctrina, no procede sino, en línea con la normativa comunitaria, que se va reflejando, de manera debida, en la legislación española, siempre dentro del marco legal, controlar, al menos en las fases iniciales del *iter* procedimental de los contratos la forma en que los gestores públicos invierten recursos de dicha naturaleza en un campo tan sensible como el de la contratación. Esta tendencia va a ser iniciada ya por el Tribunal de Cuentas en sus próximos informes, sobre la contratación celebrada por todas las entidades públicas. A continuación se van a poner de manifiesto algunas sugerencias sobre como pueda procederse a una fiscalización más eficaz de la contratación pública.

- a) Con carácter general, y sin olvidar el preceptivo control de legalidad, que es la base de la fiscalización de una administración tan sometida a una normativa jurídica como la española, parece conveniente profundizar en el control de eficacia. Aunque algunos autores³ entienden que la controversia control de legalidad *versus* con-

² Ello obligará, entre otras cosas, a la elaboración de nuevas instrucciones, que modifiquen a las de 2 y 16 de mayo de 2005, a las que se han venido haciendo referencia, y que ya han sido tratadas en los últimos Plenos del Tribunal de Cuentas.

³ Véase el trabajo de CUERVO-ARANGO SOLAZ, M.J.; DÍAZ FERNÁNDEZ, M.E.; DE LA FUENTE RUIZ, C.E.; NÚÑEZ MUNÁIZ, R.; SANTOS HERNÁNDEZ, E.L., "Una visión práctica de

trol de eficacia, carece de sentido, no participamos de dicha opinión. En efecto, en las fiscalizaciones efectuadas por el Tribunal de Cuentas no es infrecuente el detectar infracciones del ordenamiento jurídico —en todo caso criticables— que, sin embargo, no tienen que ir aparejados, de manera necesaria, de una falta de eficacia y de un mayor consumo de recursos públicos. Nos referimos al ejemplo paradigmático de la utilización por los órganos de contratación de procedimientos de adjudicación directa, sin licitación pública, en los que sin embargo se obtienen importantes bajas sobre el presupuesto de contrata. Y es que, aunque es cierto que la licitación suele llevar aparejado un menor presupuesto de adjudicación, ello no ocurre en todos los casos.

- b) Existe otro aspecto muy ligado al anterior, que merece ser destacado. La depuración del precio en las fases de preparación y adjudicación del contrato no debería ser nunca analizada sin el correlato necesario de la fiscalización de la ejecución del contrato. Porque es habitual que contratos que han sido adjudicados cumpliendo escrupulosamente la legalidad vigente, al menos desde un punto de vista formal, y en los que se ha obtenido una interesante depuración del precio, se ven, en su fase de ejecución, afectados por la existencia de un buen número de modificaciones de contrato, en cualquiera de las modalidades que, en cada instante, ha venido permitiendo la legislación vigente, hasta desembocar en un gasto final para los presupuestos públicos mucho más elevado que el que se podía haber derivado de una adjudicación, incluso con contravención de la norma jurídica, y con un precio inicial no depurado.
- c) Debe también intentar fiscalizarse, en toda su amplitud, y sin perjuicio de lo que antes hemos indicado, que el principio de concurrencia es seguido por todos los gestores públicos más allá de lo que supone el cumplimiento formal de la norma, analizando los planes de inversión plurianuales de los órganos de contratación, de los Informes técnicos que sirvan de base al expediente de contratación, los proyectos y su supervisión.
- d) Por lo que se refiere a los expedientes de modificación debe acentuarse el énfasis en que en los mismos queden debidamente justificados los motivos de interés público que motiven su tramitación.
- e) Debe reforzarse, de acuerdo con la nueva Ley de Contratos del Sector Público, el control de la subcontratación efectuada por las em-

presas adjudicatarias. Es este un foco de riesgo que ha dado lugar en los últimos años, a graves problemas en la ejecución de las obras públicas, difuminando y diluyendo las responsabilidades ante la Administración y ante los ciudadanos, de los gestores públicos y de sus empresas adjudicatarias.

- f) Finalmente, y por lo que se refiere a la presentación de los Informes de contratación, debe tenderse a una simplificación en la puesta de manifiesto de los resultados de la fiscalización. Para ello sería conveniente reconsiderar si es pertinente la elaboración de Informes horizontales de fiscalización, en esta materia, dada la diversidad que, a partir de ahora, se acentúa, de los órganos de contratación y de los tipos de la misma.

V. CONCLUSIONES

1.^a) Desde el final de la Segunda Guerra Mundial el papel desempeñado por el Sector Público en la creación de la infraestructura económica de las naciones desarrolladas no ha dejado de aumentar. Por lo que se refiere a España la inversión pública en los últimos años ha aumentado la cifra de setenta mil millones de euros, cifra que supone más del 10% del Producto Interior Bruto.

2.^a) Una parte importante de la inversión pública se canaliza a través de la contratación administrativa. La legislación sobre la contratación del sector público ha sufrido profundas modificaciones en los últimos cuarenta años. Han sido dos los hitos más importantes que han motivado la necesidad de la modificación de esta legislación: a) la promulgación de la Constitución española de 1978; y b) el ingreso de España en la Unión Europea en 1986 y la necesaria adaptación de la legislación española a la comunitaria.

3.^a) La fiscalización de la contratación administrativa es uno de los objetivos fundamentales de todo órgano de control externo. Porque así lo impone la legislación propia de dichos órganos de control; por el elevado volumen de gasto que supone para los presupuestos públicos; y por la gran alarma social que se ha despertado como consecuencia de prácticas corruptas de gran envergadura.

4.^a) Es necesario potenciar la fiscalización de la eficacia en la contratación administrativa, que no siempre coincide con un control de legalidad en sentido estricto. En particular, se considera necesario que la fiscalización que se efectúe de un contrato administrativo englobe todas las fases del mismo sin excluir, en ningún caso, la fase de ejecución. La fiscalización de la ejecución no sólo tiene importancia, en sí misma considerada, sino que, sin la

misma, suele carecer de sentido la fiscalización de la adjudicación del contrato.

5.ª) La entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 supone, en línea con la legislación comunitaria, a la que se debe especialmente la legislación de la contratación pública en España, la apertura de nuevos retos en la fiscalización de la contratación, sobre todo como consecuencia de la ampliación del número de organismos que van a verse sujetos a las previsiones de dicha norma legal, consiguiendo que el fenómeno de la huída del derecho administrativo no coarte a los Órganos de Control Externo en la fiscalización de los fondos públicos.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRERE, A. *Economía Financiera*. Ed. de Derecho Financiero. Madrid.
- COSCIANI, C. *Principios de Ciencia de la Hacienda*. Madrid.
- CUERVO-ARANGO SOLAZ, M.J. y otros. “Una visión práctica de la Fiscalización Externa de la Contratación Pública”. *Rev. Auditoría Pública*, N.º 41
- FASIANI, M. *Principios de la Ciencia de la Hacienda*. Ed. Aguilar. Madrid.
- HERBER, B.P. *Hacienda Pública Moderna*. Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda. Madrid.
- MORENO MOLINA, J.A. y otro. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Ed. La Ley.
- NÚÑEZ MUNAIZ, R. *Comentarios al Texto Refundido y al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Ed. Dykinson, S.L.
- TORRES FERNÁNDEZ, J.J. y otros.— *Contratación Administrativa*. Ed. Thomson-Aranzadi. Madrid.