

Contratación pública y control externo: el papel del Tribunal de Cuentas

JORNADA SOBRE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Huesca, 9 de febrero de 2018



Manuel Pérez
Doctor en Derecho
Subdirector adjunto. Dpto. 4º. Tribunal de Cuentas



SUMARIO

1. Sistema de control del gasto público en España y en la Unión Europea.
2. Control interno.
3. Control externo: TCUE, TCU y OCEX.
4. Fiscalización de la contratación: LOTCu/LFTCu y LCSP.
5. Nuevos escenarios: fiscalización de la contratación.
6. Enjuiciamiento (jurisdicción contable) y control de la contratación pública.
7. *Nota: Esta presentación es obra exclusiva de su autor y no responde necesariamente a la posición del TCU*

Sistema de control del gasto público en España y en la Unión Europea

CARACTERES

- ❑ **Sistema complejo, dinámico** (en constante evolución) y **multinivel**.
- ❑ Sistema imbricado con los demás controles existentes: político, judicial, mediático, etc.
- ❑ Sistema **dual**: Control interno (ternario: AGE-CC.AA-EE.LL)-Control externo (binario: TCU-OCEX). Jurisprudencia constitucional: supremacía del TCU frente a los OCEX: SSTC 18/1991, 190/2000, 98/2001 y 77/2004: “cuando fiscaliza es supremo pero no único y único, pero no supremo, cuando enjuicia la responsabilidad contable”.
- ❑ **Europeización**: Tribunal de Cuentas de la Unión Europea.

CONTROL INTERNO

Control interno (clásico)

- **Administración General del Estado:** Intervención General de la Administración del Estado (IGAE).
- **Comunidades Autónomas:** Respectiva Intervención.
- **Entidades Locales:** Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

Conexo

- **Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF).** Creada en 2013 para garantizar la estabilidad presupuestaria ex art. 135 CE.
- **Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.** Ley 19/2013, de 9 de diciembre.
- **Supervisor contratación pública.** Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, art. 335.
- **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.** Ley 3/2013, de 4 de junio.

LAS INSTITUCIONES DE CONTROL EXTERNO (ICEX)



TRIBUNAL DE CUENTAS



CÁMARA DE CUENTAS DE ARAGÓN



TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN EUROPEA (TCUE)

- ▶ El TCUE se encuentra contemplado en el Tratado de la Unión Europea (TUE), en su artículo 13, y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que le dedica de manera específica la Sección Séptima del capítulo 1, de su Sexta Parte («Disposiciones institucionales y financieras»), además de los arts. 263, párrafo tercero, 319, 322 y 325.
- ▶ 287.3 TFUE: *«El Tribunal de Cuentas y las instituciones nacionales de control de los Estados miembros **cooperarán** con espíritu de confianza y manteniendo su independencia. Tales instituciones o servicios comunicarán al Tribunal de Cuentas si tienen la intención de participar en el mencionado control».*
- ▶ Los cauces de la citada cooperación son el Comité de Contacto que agrupa a los presidentes de las EFS de los Estados miembros de la UE y al TCUE; los agentes de enlace, que proporcionan una red activa de contactos profesionales en toda Europa, y los grupos de trabajo, redes y *task forces* sobre temas de auditoría específicos.
- ▶ Una forma de colaboración más avanzada son las fiscalizaciones coordinadas (que tienen un carácter voluntario: Actuación conjunta de los sistemas de gestión y control de las ayudas concedidas a través de los Fondos Estructurales; Informe sobre la aplicación de la normativa comunitaria de Fondos Estructurales que asegura que los Estados Miembros establecen una pista de auditoría adecuada y cumplimentan los controles independientes sobre el 5% de las transacciones; o en la Actuación conjunta sobre la gestión de los programas de fondos estructurales en materia de empleo y/o medioambiente.

TRIBUNAL DE CUENTAS



- Órgano constitucional (arts. 136 y 153.d CE):
LO y Ley de Funcionamiento. Normas de fiscalización.
Competencia dual primordial: supremo órgano fiscalizador y función de enjuiciamiento.
 - ▶ **Función consultiva** reforzada desde 2015. artículo 22.Dos de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa.
 - ▶ **Control de la financiación de los partidos políticos.**
- **Composición y estructura:** 12 consejeros. 2 secciones: Fiscalización/Enjuiciamiento. Coponencia partidos políticos. Fiscalía del TCu.
- **Potestad normativa interna.**
- **Ámbito subjetivo:** nº de entidades 14.400 aprox. (estatales, autonómicas y locales).
- **Control consuntivo o *ex post*.**

ÓRGANOS DE CONTROL EXTERNO COMUNIDADES AUTÓNOMAS (OCEX)

Solo funciones de fiscalización (TCu detenta el monopolio del enjuiciamiento contable).

12 OCEX. No existen en Cantabria, Castilla-La Mancha (suprimido en 2015), Murcia, La Rioja ni Extremadura.

Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI)



La Declaración de Lima de INTOSAI de 1977 declara en su Art. 21 (Contratos públicos y obras públicas):

- 1. Los recursos considerables que el Estado emplea para contratos públicos y obras públicas justifican un control especialmente escrupuloso de los recursos empleados.*
- 2. La subasta pública es el procedimiento más recomendable para obtener la oferta más favorable en precio y calidad. De no convocarse una pública subasta, la Entidad Fiscalizadora Superior debe investigar las razones de ello.*
- 3. En el control de las obras públicas, la Entidad Fiscalizadora Superior debe procurar que existan normas apropiadas que regulen la actividad de la administración de dichas obras.*
- 4. El control de las obras públicas no sólo abarca la regularidad de los pagos, sino también la rentabilidad de la obra y la calidad de su ejecución.*

LCSP 9/2017

Artículo 1.1 Objeto y finalidad:

*La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y **control del gasto**, y el principio de integridad, una **eficiente utilización de los fondos** destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.*

Triple papel TCU en el control de la contratación pública

- ▶ Contratación “área de interés”. Implicaciones legales, presupuestarias y económicas.
- ▶ Función consultiva: Informe del Tribunal de Cuentas de 6 de julio de 2015 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.
- ▶ Auditoría y Fiscalización.
- ▶ Enjuiciamiento.

ICEX (TCU + OCEX)

TIPOS CONTROL CTOS. PÚBLICOS

- ▶ El control externo a realizar por las ICEX son de dos tipos: el basado en el sistema de la rendición (art. 335.1 y 2 LCSP 9/2017) y el basado en la fiscalización (artículo art. 335.3 LCSP 9/2017). Vigente art. 29 TRLCSP.
- ▶ El sistema basado en la fiscalización o auditoría externa tiene a su vez diverso contenido en función de su enfoque y objetivo. Las **fiscalizaciones de comprobación de la legalidad** son las más numerosas entre las realizadas en materia de contratación pública. Las fiscalizaciones de legalidad analizan el cumplimiento de los aspectos jurídico administrativos y presupuestarios. En este sentido, prácticamente todas las ICEX fiscalizan anualmente actividad contractual de sus entes fiscalizados.

Fiscalización de contratos LOTCu/LFTCU

- ▶ Artículo 11.1 LOTCu. [Objetos de fiscalización]. **El Tribunal de Cuentas fiscalizará en particular:** a) Los contratos celebrados por la Administración del Estado y las demás Entidades del sector público, en los casos en que así esté establecido o que considere conveniente el Tribunal.
- ▶ Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCu), dispone, en su artículo 39, que están sujetos a fiscalización los contratos celebrados por la Administración del Estado y demás entidades del Sector público y, en particular, aquellos que superen determinadas cuantías según tipo de contratos, así como los contratos administrativos que hubieran sido objeto de ampliaciones y modificaciones posteriores a su celebración cuando reúnan los requisitos previstos en la Ley.
- ▶ El artículo 40.1 de la LFTCu señala que la fiscalización de los referidos contratos comprenderá los distintos momentos de su **preparación, perfección y adjudicación, formalización, afianzamiento, ejecución, modificación y extinción**. A tal efecto, el artículo 40.2 de esta Ley establece que los Centros, Organismos o Entidades que hubieren celebrado contratos de los indicados en su artículo 39 deberán enviar anualmente al Tribunal una relación de los mismos, incluyendo copia autorizada de los respectivos documentos de formalización y de aquellos que acrediten su cumplimiento o extinción, sin perjuicio de aportar cualesquiera otros que el Tribunal de Cuentas requiriese.

Nº 1.230

INFORME DE FISCALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO
LOCAL, EJERCICIO 2015

Aprobado por el Pleno TCU en julio de 2017

Informes sobre Tranvía de Parla o de Jaén



Plan estratégico del Tribunal de Cuentas 2017-2021

1.3. IDENTIFICAR Y FISCALIZAR LAS PRINCIPALES ÁREAS DE RIESGO, CON ESPECIAL HINCAPIÉ EN LAS PRÁCTICAS QUE PUEDAN PROPICIAR EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN

MEDIDA

2. Fiscalizar sistemáticamente contratación y subvenciones.

2.2. REFORZAR LA COOPERACIÓN Y LA COORDINACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL EXTERNO EN ESPAÑA

MEDIDA

2. Incrementar la colaboración con los OCEX en el ámbito de la rendición telemática de las cuentas y de la remisión de información sobre contratación del sector público, así como respecto de otras áreas de su competencia.

**PROGRAMA DE FISCALIZACIONES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS
PARA EL AÑO 2018**

**Aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas
el 21 de diciembre de 2017
(entre otras)**

- ❖ Fiscalización de la contratación menor celebrada por los ayuntamientos de más de 500.000 habitantes, ejercicio 2016.
- ❖ Fiscalización de los contratos de gestión de servicios públicos celebrados por las entidades locales de las comunidades autónomas sin órganos de control externo propio, ejercicio 2017.

Nuevos escenarios fiscalización contratación I

- ▶ Potenciar los mecanismos de control: legitimidad sistema, crisis económica, etc.
- ▶ Mediante la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas (a los que debería reforzarse sus potestades, permitiendo **investigación de oficio en cualquier momento y con posibilidad de suspender procedimientos**). GIMENO FELIU. ¿Carácter consuntivo?.
- ▶ Agencias de Lucha antifraude. **OLAF, Agencia Antifraude Cataluña.**
- ▶ Creación de autoridades de vigilancia sobre los contratos públicos. **Dudas sobre la nueva gobernanza.**
- ▶ La necesaria independencia y un control efectivo y ágil.

Nuevos escenarios fiscalización contratación

II

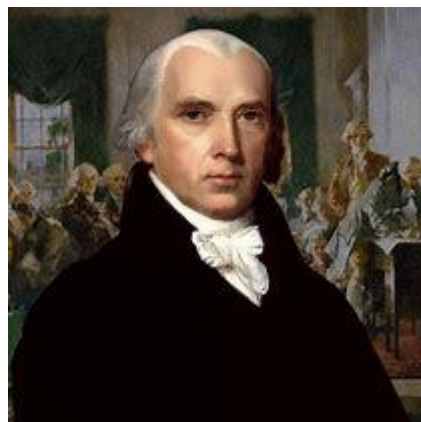


- ▶ Fiscalización cláusulas sociales.
- ▶ Fiscalización ética, marcos de integridad, *compliance*, conflictos de interés, transparencia, etc.
- ▶ Fiscalización ambiental.
- ▶ Fiscalización políticas públicas. ¿Nueva gobernanza contratación?
- ▶ Tensión entre principios en muchos casos opuestos. i.e: caso Seguridad privada (AGE).

ENJUICIAMIENTO (JURISDICCIÓN CONTABLE) Y CONTROL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA



- El enjuiciamiento contable no se extiende a controlar la legalidad de los acuerdos a la vista de normativa ajena al ámbito contable/presupuestario (contratación pública, función pública, tributario, etc.)
- De manera expresa el Tribunal Supremo ha declarado que no es el ámbito de responsabilidad contable el adecuado para enjuiciar el ajuste a la normativa contractual: *«Y no es el procedimiento de responsabilidad contable por alcance el ámbito adecuado para enjuiciar el no cumplimiento escrupuloso de la normativa sobre contratación pública. [...] De su contenido no se colige que incumbiera al Interventor recurrente comprobar la realización material de las obras, por otro lado ejecutadas independientemente de que su recepción no cumpliera lo exigido en el procedimiento de contratación —cuestión ajena al procedimiento de responsabilidad contable— sino que su control legal se limitaba a la intervención formal de la ordenación del pago»* (STS de 21 de enero de 2015, Sala Tercera, Sección 7ª, recurso de casación nº 1371/2013, Ponente: Sra. Celsa Pico Lorenzo, Vocales Marbella, FJ 9)
- Con ello se muta la consolidada apreciación del reintegro por alcance cuando concurría tanto un ilícito contable y presupuestario como un ilícito de otra naturaleza, siempre que este último generase pagos indebidos.



«Si los hombres fueran ángeles, el Estado no sería necesario.
Si los ángeles gobernaran a los hombres, ningún control al
Estado, externo o interno, sería necesario».

James MADISON, *El Federalista*, nº 51 (1788)