Boletín informativo

nº 28

LA GESTIÓN DE LOS PRECIOS PÚBLICOS EN EL CONTEXTO DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS

Artículo de
D. ENRIQUE AMADOR BALLESTEROS

Consejería de Economía y Hacienda
INTERVENCIÓN GENERAL
JUNTA DE ANDALUCIA

Boletín informativo

nº 28

Octubre 1994

Consejería de Economía y Hacienda
INTERVENCIÓN GENERAL
JUNTA DE ANDALUCIA

CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA

INTERVENCIÓN GENERAL

Boletín 28

CONSEJO DE REDACCIÓN: MAGDALENA ÁLVAREZ ARZA, Consejera de Economía y Hacienda, JOSÉ SALGUEIRO CARMONA, Viceconsejero de Economía y Hacienda. **DIRECTOR:** EDUARDO LEÓN LÁZARO, Interventor General. **REDACTORES JEFES:** MANUEL GÓMEZ MARTíNEZ Y FRANCISCO OTAL SALAVERRI, Interventores Adjuntos al Interventor General. **REDACCIÓN:** SERVICIOFISCAL: LUIS HINOJOSA GÓMEZ, Jefe de Servicio; MANUELORDUÑA CUBILLO, ALFREDO BOLAÑOS RUIZ, FRANCISCO MOLINILLO LAMPARERO, MANUEL IZQUIERDO CUBERO, FRANCISCO JAVIER GÓMEZ-MILLÁN ROSELLO. **COORDINACIÓN:** Mª NIEVES DEL RíO LÓPEZ. **MECANOGRAFíA:** Mª LUZ SÁNCHEZ DELGADO.

ÍNDICE

COLABORACIONES: «La gestión de los precios públicos en el contexto de las prestaciones sanitarias", por D. Enrique Ballesteros, Interventor Provincial del S. A. S. 11

DISPOSICIONES NO PUBLICADAS EN B.O.J.A.

I. INSTRUCCIONES

I.1. Instrucción de la Dirección General de Tesorería y Política Financiera de 26 de julio de 1994 sobre procedimientos de reintegro. 19

INFORMES, DICTAMENES Y SENTENCIAS

I. CONTRATACIÓN: CONTRATOS EN GENERAL

I.1. Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 3 de febrero de 1994, (Informe 1/1994), sobre capacidad o incapacidad para contratar con la Administración teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 9 de la Ley de Contratos del Estado y 23 de su Reglamento. 23

I.2. Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 8 de junio de 1994, (Informe 9/1994), relativo a la acreditación por el contratista de estar al corriente de las obligaciones de la Seguridad Social. 27

I.3. Sentencia de 21 de enero de 1994 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo sobre resolución de contrato administrativo por modificación sustancial del P.C.A. por la Administración. 31

II. CONTRATACION: ASISTENCIA TÉCNICA

II.1. Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 28 de julio de 1994, relativa a la clasificación como empresa consultora y de servicios de una Universidad. 37

III. CONTRATACION: CONTRATACIÓN DE LAS CORPORACIONES LOCALES.

III.1. Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 8 de junio de 1994, sobre causas de incompatibilidad para contratar con una Corporación Social y extensión a diversos tipos de contratos no regulados en la L. C. E. 43

IV. CONTRATACIÓN: CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

IV. 1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 26 de octubre de 1994, de fiscalización de un expediente de celebración por el S.A.S. de un contrato singular para prestación de asistencia sanitaria en un Hospital privado. 51

V. CONTRATACIÓN: OBRAS.

V.I. Informe de la Intervención General de la Administración del Estado, de 13 de abril de

1994, por el que se contesta a escrito en el que se solicita que se admita como recepción provisional de las obras de Seguridad e Higiene en un determinado Centro, la recepción realizada sobre la obra de contratación de dicho Centro. 59

V.2. Informe de la Intervención General de la Administración del Estado, de 10 de mayo de 1994, en el que se cuestiona si las modificaciones recogidas en una liquidación provisional pueden entenderse incluidas en una cláusula del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales. 65

V.3. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 8 de julio de 1994, sobre la toma de razón de endosos de certificaciones de obras realizadas por empresa contratista que se encuentre en suspensión de pagos. 71

V.4. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 19 de julio de 1994, de fiscalización de una liquidación definitiva de una obra que modifica otra liquidación definitiva anterior que es revocada. 75

V.5. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 25 de julio de 1994, sobre la contratación directa de una obra cuya primera licitación fue declarada desierta. 79

V.6. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 10 de octubre de 1994, por el que se resuelve discrepancia en relación al abono por la Administración de las tasas por licencia urbanística al encontrarse la empresa contratista en suspensión de pagos. 85

V.7. Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 28 de julio de 1994, (Informe 10/94), sobre evaluación de costes indirectos e inclusión de partidas alzadas a justificar en conceptos de imprevistos en los contratos de obras. 93

VI. CONTRATACIÓN: SUMINISTROS

VI. 1. Informe de la Dirección General de Organización Administrativa e Inspección General de Servicios de la Consejería de Gobernación de 4 de julio de 1994, sobre régimen de adquisición de material auxiliar de informática que tenga carácter consumible o de fácil deterioro. 101

VI. 2. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 4 de agosto de 1994, sobre la sujeción o no al I.V.A. del beneficio presunto a abonar al contratista en los supuestos de modificación del contrato de suministro. 103

VI. 3. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de mayo de 1994, relativa a la omisión del anuncio de contratación en Diario Oficial de la Contratación directa del suministro de productos farmacéuticos a la Seguridad Social en España. 113

VII. OTROS CONTRATOS

VII.1. Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 8 de junio de 1994, relativo a la aplicación de la Ley del I.V.A. y de la exigencia al estar de alta en el censo del I.A.E. en los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales. 121

VIII. GASTOS EN GENERAL.

VIII.1. Informede la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 5 de agosto de 1994, sobre requisitos que deben cumplir los expedientes de convalidación de gastos, 129

VIII.2. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 13 de octubre de 1994, sobre sujeción o no al I.V.A. de los intereses de demora a que se refieren el artículo 27 de la Ley General de la Hacienda Pública y el artículo 57 de la Ley de Expropiación Forzosa. 131

IX. PERSONAL: ALTOS CARGOS

IX.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 28 de julio de 1994, sobre la consideración de las primas del seguro de vida y accidentes de los Altos Cargos de la Junta de Andalucía como retribución en especie a efectos del I.R.P.F. 141

IX.2. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 21 de septiembre de 1994, sobre la fecha de efectos económicos de los ceses y nombramientos de Altos Cargos en la Junta de Andalucía efectuado por Decreto del Consejo de Gobierno. 149

X. PERSONAL: LABORALES

X.1. Informe de la Intervención General de la Administración del Estado, de 14 de marzo de 1994, relativo a la utilización del contrato de interinidad previsto en el artículo 4 del Real Decreto 2104/1984 para cubrir plazas de personal laboral fijo. 153

X.2. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 25 de julio de 1994, sobre preceptiva autorización previa para la realización de horas extraordinarias de personal laboral. 163

XI. SUBVENCIONES

Xl.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 26 de octubre, por el que se resuelve discrepancia planteada contra notas de reparo sobre subvenciones a entidades sin ánimo de lucro, concedidas al amparo del Decreto 117/1989 de 31 de mayo. 169

XII. RESPONSABILIDAD CONTABLE

Xll.1. Sentencia del Tribunal de Cuentas sobre plazo de prescripción de la responsabilidad contable. 193

COLABORACIONES

LA GESTIÓN DE LOS PRECIOS PÚBLICOS EN EL CONTEXTO DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS

D. ENRIQUE L. AMADOR BALLESTEROS
INTERVENTOR PROVINCIAL DEL S.A.S.

LA GESTIÓN DE LOS PRECIOS PÚBLICOS EN EL CONTEXTO DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS.

D. ENRIQUE L. AMADOR BALLESTEROS

La prestación de asistencia sanitaria de carácter público, dirigida a colectivos o personas que carecen en principio del derecho a percibirlas, ha venido siendo una constante en los últimos años y con tendencia a crecer, por la considerable calidad asistencial y tecnológica que los dispositivos asistenciales públicos ofrecen a la sociedad en su conjunto.

La cuestión, que a primera vista podría parecer de mero detalle dentro del ingente volumen de recursos económicos que consume la sanidad pública en la Comunidad Autónoma, es susceptible de generar en cada ejercicio una facturación de varios miles de millones de pesetas, y lo que es más importante incluso, los servicios prestados que por cualquier razón queden sin facturar o cobrar, suponen la utilización de medios públicos financiados con recursos íntegramente presupuestarios para atender obligaciones por cuenta de un tercero obligado al pago, al que se le estaría en esta hipótesis generando cuanto menos un lucro ilícito.

Enunciada así la cuestión, abordaremos la situación actual sistematizando el conjunto de problemas que se han identificado, en torno a una doble óptica:

A) EN RELACIÓN CON LA FACTURACIÓN DE LOS SERVICIOS

Tomando como punto de partida la universalización del derecho a la asistencia sanitaria pública, que en los últimos años ha ido comprendiendo a un porcentaje cada vez mayor de beneficiarios, (en la actualidad muy cercano al 100% de la población de la Comunidad Autónoma), consideramos que no tiene amparo bajo aquél, la lectura de que en supuestos de servicios prestados mediando tercero responsable del pago y ante cualquier dificultad para facturar, al concurrir en el asistido la condición de beneficiario, opera el automatismo del derecho a la prestación sanitaria, resultando procedente la aplicación de la responsabilidad económica directa del sistema público como cobertura de la asistencia prestada. Entendemos que se trataría de una interpretación puramente acomodaticia, que puede suponer infracción en la administración de los ingresos públicos.

Cualquiera que sea la nacionalidad del asistido, la contingencia que la provoque, y el servicio asistencial que se preste, el sistema público viene siendo de hecho, muy a menudo (y salvo la excepción de las hospitalizaciones por accidentes de

tráfico, de trabajo y de los súbditos de países miembros de la U.E.), el responsable económico directo e inmediato de la asistencia prestada.

Esta hipótesis, que entendemos como insostenible, pese a ser conscientes de la dificultad que la gestión conlleva, deviene a poner de manifiesto que resulta necesario emplear la mayor atención al seguimiento y control de los trámites internos establecidos para determinados colectivos por normas externas al centro sanitario; también a diseñar estructuras y procedimientos propios para las diferentes prestaciones que el Centro concreto ofrece, y en general, en aplicar el mayor empeño para conseguir la adecuada facturación de todos los servicios que se prestan mediando un tercero responsable del pago.

Puede entenderse sin dificultad que, hasta fecha reciente, entre los problemas que tradicionalmente vinieron ocupando y preocupando a los gestores sanitarios, los que podían plantear la categoría de los entonces precios cuasi privados, actualmente precios públicos, no tuvieran carácter prioritario. Más bien, se vinieron considerando cercanos a la categoría de las simples cargas burocráticas impuestas por el sistema público en que se desenvolvían sin perjuicio del anhelo de los centros de contar con los ingresos facturados, como generadores inmediatos de créditos presupuestarios para cada uno de ellos.

Esta "extensión de hecho" de la gratituidad de los servicios al universo de ciudadanos, (hecha la salvedad de los accidentados de tráfico y de trabajo y de los Reglamentos Comunitarios), hace necesario dejar sentado desde ya, que es errada, puesto que sin merma del mantenimiento de la cobertura universalizada a través del sistema público y subsistiendo plenamente en cada caso concreto el derecho a la asistencia gratuita, cuando concurren determinadas circunstancias, los responsables económicos de la asistencia sanitaria resultan ser directamente, y sin pretensión de exhaustividad:

- Las Empresas mercantiles privadas que actúan en el mercado con ánimo de lucro, (Compañías de Seguros, tanto firmantes del Convenio de Asistencia Sanitaria con el Servicio Andaluz de Salud, como sin él).
- Las Agrupaciones de empresas privadas bajo la forma de Mutuas Patronales.
- Las Empresas privadas que asumen la asistencia sanitaria de sus trabajadores en régimen de autoaseguramiento, (Entidades Colaboradoras).
- Los Entes Territoriales y Mutualidades de Funcionarios que, en calidad de Entidades Aseguradoras para dispensar la asistencia a determinados colectivos, utilizan los recursos sanitarios del Servicio Andaluz de Salud.
- Las Compañías Privadas de aseguramiento de la asistencia.
- Mutualidad Deportiva, Isfas etc.
- Particulares sin derecho a asistencia gratuita.
- Sistemas de Seguridad Social o Estados Extranjeros por la asistencia prestada

a sus beneficiarios o súbditos, tanto de miembros de la Unión Europea como de Países con Convenio Bilateral.

Hasta fecha reciente, la actuación en el ámbito de la facturación sanitaria se ha reducido prácticamente a **la facturación de la asistencia hospitalaria** por consecuencia de accidentes de tráfico, accidentes de trabajo, y a la referida a la aplicación de los Reglamentos Comunitarios para la población de los países de la Unión Europea.

Probablemente la causa de que se limite la facturación sólo a determinados servicios y a concretos colectivos, sea en parte un reflejo de la extensión del principio de "gratuidad" al que antes nos referimos, y en parte también al hábito de venir facturando sólo respecto de aquellas asistencias que cuentan con el apoyo de una regulación procedimental externa al Centro, pormenorizada y detallista.

Por esto, aun reconociendo que las facturas emitidas son de colectivos importantes, y de servicios económicamente significativos, -como es el caso de las hospitalizaciones-, la situación actual no puede considerarse satisfactoria, porque con independencia de las disfuncionalidades que también en ellas se producen, ahí no se agota la obligación de facturar. No son los únicos colectivos ni las únicas prestaciones facturables.

Este estado de cosas parece demandar, no sólo la adecuación de las estructuras administrativas y el establecimiento de controles internos para evitar las importantes "fugas", que incluso en el bloque de hospitalizaciones que se viene facturando se observan, sino también, establecer un procedimiento unitario de facturación común para el resto de terceros no beneficiarios, con la minuciosidad que sea conveniente, y que incluya los controles que garanticen aquella respecto de todos los colectivos y servicios sanitarios sin distinción.

B) EN RELACIÓN CON EL COBRO DE LAS FACTURAS

A partir de la promulgación de la Ley 4/1988 de 5 Julio de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 Enero 1989 por el que se determinan bienes, servicios y actividades susceptibles de ser retribuidas mediante precios públicos y más concretamente, de la Orden de 28 Junio de 1993 por la que se fijan los precios públicos de los servicios sanitarios prestados a pacientes no beneficiarios del Servicio Andaluz de Salud en centros sanitarios dependientes del mismo, queda modificado sustancialmente el régimen jurídico que hasta ése momento tenían los servicios sanitarios prestados a terceros obligados al pago, pasando a ser precios públicos, y en cuanto tales, constitutivos de la categoría jurídica de ingresos públicos.

Se ha transitado pues, de un régimen de precios, (el anterior a la Orden de 28 Junio 1993), al que la doctrina llama precios cuasi privados, en cuanto que la Administración seguía las normas del mercado obteniendo un beneficio pero también incidentalmente un fin público, a un régimen de Precios Públicos por cuanto el Servicio Andaluz de salud oferta las prestaciones sanitarias a terceros no beneficiarios, -en concurrencia, o en todo caso, siendo susceptible de ser prestadas por el sector privado-, por ser útil al interés general.

Esta modificación del régimen jurídico de los precios de los Servicios Sanitarios,

que por otro lado aún no ha modificado de forma generalizada la dinámica de facturación y cobro seguida hasta el momento, no tendría mayor transcendencia en el ámbito de análisis de que nos ocupamos, si no conllevara tres novedades transcendentes de cara a su gestión:

- La obligación de facturar, **que para no perjudicar los ingresos públicos incurriendo en infracción, nace siempre para el gestor del centro donde se realice la prestación de los servicios sanitarios, cuando existe un tercero obligado al pago.** (Contenido del art. 99 de la Ley General 5/83 de la Hacienda Pública).

- La condición que para no exigir o reducir los precios públicos exige el art. 150 de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma, en cuanto que sólo podrán otorgarse por el Consejo de Gobierno y siempre que esté subvencionado en los términos previstos en el art. 146 de la propia Ley.

- El cobro de los servicios a través de una de las manifestaciones del imperium de los poderes públicos y medio de ejecución forzosa más conocido en el ámbito del derecho administrativo: la vía de apremio.

En este sentido, observamos dos circunstancias que han venido dificultando de manera muy considerable la facturación y el cobro de las prestaciones en el Servicio Andaluz de Salud:

- La ya anteriormente anunciada carencia de procedimiento unitario y común para la gestión y cobro de los servicios, -que pese al anuncio contenido en el artículo 6 de la Orden de la Consejería de Salud de 28 Junio 1993: "La facturación por los servicios prestados será realizada por el procedimiento que al efecto establezca el Servicio Andaluz de Salud"-, aún no se ha estatuido.

- El desconocimiento que hasta fecha reciente se ha mantenido respecto del acceso a la vía de apremio de los precios públicos a través de la remisión que se efectúa desde el artículo 152 de la Ley 4/1988, a lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de la misma, relativos a la gestión, inspección, intervención y liquidación de las Tasas.

C) CONSIDERACIONES FINALES

A modo de conclusión resulta de interés resumir:

1 º Los servicios sanitarios prestados con tercero responsable del pago, son precios públicos y como tales ingresos públicos, sometidos al régimen correspondiente de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma.

2º Los servicios sanitarios en cuanto que plenamente exigibles, han de ser facturados sin exclusión de colectivos, personas o servicios prestados, no siendo el hacerlo, un acto simplemente voluntarista de los responsables de la administración sanitaria de cada centro.

3º Entretanto se cuenta con los procedimientos de facturación para aquellos colectivos o prestaciones sanitarias que carezcan de el, subsiste la obligación de facturar en los supuestos de tercero obligado económicamente al pago.

4º Sería necesario que agotada la vía de pago voluntario, se iniciase por los Centros el trámite del procedimiento administrativo de apremio.

DISPOSICIONES NO PUBLICADAS EN B.O.J.A.

I. INSTRUCCIONES

I.1. Instrucción de la Dirección General de Tesorería y Política Financiera de 26 de julio de 1994 sobre procedimientos de reintegros.

INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TESORERíA Y POLíTICA FINANCIERA DE 26 DE JULIO DE 1994 SOBRE PROCEDIMIENTOS DE REINTEGROS

La demora que, en cuanto a promulgación y publicación está sufriendo el nuevo Reglamento de Tesorería y Ordenación de Pagos, la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos para 1994 de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en particular su artículo 22, así como el continuo crecimiento que experimenta la tramitación y Resolución de los procedimientos de reintegro en nuestra Comunidad Autónoma, han llevado a este Centro Directivo a considerar como absolutamente necesario e improrrogable, la elaboración de unas reglas que, faciliten la aplicación del artículo 44 del vigente Reglamento General de Tesorería y Ordenación de Pagos aprobado por Decreto 46/86, de 5 de marzo. Por consiguiente, las pautas a seguir en la incoación, instrucción y tramitación de los procedimientos de reintegro, se ajustarán a las siguientes reglas:

Primera.- La disposición de reintegrar cantidades percibidas indebidamente con cargo a los distintos capítulos y artículos del presupuesto, se efectuará por la Dirección General de Tesorería y Política Financiera.

Segunda.- A tal efecto, las unidades administrativas que detecten la existencia de cantidades que deban ser objeto de reintegro, procederán a ponerlo en conocimiento de la Dirección General de Tesorería y Política Financiera en el plazo de un mes desde que se conozca la existencia de un saldo en contra, debiendo adjuntarse a dicha comunicación, cuantos datos y documentación resulten necesarios para la identificación de la deuda y la incoación e instrucción del procedimiento.

Tercera.- Al mismo tiempo que se da cumplimiento a lo establecido en la regla anterior, se comunicará al deudor la existencia de la deuda así como la puesta en conocimiento del órgano competente.

Cuarta.- Recibidas en la Dirección General de Tesorería y Política Financiera las comunicaciones pertinentes, se procederá a incoar el expediente de reintegro tras lo cual, se formulará el oportuno requerimiento abriéndose el plazo para el trámite de audiencia.

Quinta.- Expirado el plazo sin que por parte del interesado se hayan formulado ningún tipo de alegaciones, se procederá a emitir Resolución.

Sexta.- En el caso de que por el interesado se presenten alegaciones por la que se manifieste disconformidad con el contenido del requerimiento de reintegro, se procederá por la Dirección General de Tesorería y Política Financiera a recabar de los órganos

implicados los informes y datos necesarios a los efectos de constatar cuanto se puso de manifiesto en el trámite de audiencia y, posteriormente, a la vista de lo actuado se emitirá la Resolución oportuna que se comunicará al interesado.

Séptima.- La Resolución adoptada contendrá, además de los datos de identificación del deudor, los recursos y plazos. Asimismo se hará constar que la forma y plazo de ingreso de la deuda, será notificada por la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería de Economía y Hacienda.

Octava.- En el caso de Resoluciones de reintegro que concedan aplazamientos y/o fraccionamientos mediante detracción periódica en nómina por tratarse de personal en servicio activo, aquellas se remitirán a la Habilitación correspondiente, con copia a la Delegación Provincial de la Consejería de Economía y Hacienda que corresponda, debiéndose especificar en los ingresos que se produzcan al efecto por las Habilitaciones el número de expediente de reintegro de que dimanan los mismos.

Novena.- Los órganos periféricos que detecten la existencia de saldos en contra, lo comunicarán en el mismo plazo y con los mismo requisitos que los establecidos en la regla segunda a la Delegación Provincial de la Consejería de Economía y Hacienda que territorialmente corresponda, la cual procederá a dar inmediato curso a la Dirección General de Tesorería y Política Financiera.

Décima.- Las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Economía y Hacienda, informarán semestralmente a la Dirección General de Tesorería y Política Financiera de la situación en que se encuentran los expedientes pendientes, así como la fecha de ingreso de aquellos que hayan sido reintegrados. De estos últimos se comunicará al interesado y órganos implicados su correspondiente conclusión.

Undécima.- Los expedientes de reintegros que dimanen de supuestos a los que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 9/1993, de 30 de diciembre del Presupuesto de la Comunicación Autónoma de Andalucía para 1994, se regirán por el procedimiento establecido en el mismo.

INFORMES, DICTÁMENES Y SENTENCIAS

I. CONTRATACIÓN: CONTRATOS EN GENERAL

I.1. Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 3 de febrero de 1994, (Informe 1/1994), sobre capacidad o incapacidad para contratar con la Administración teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 9 de la Ley de Contratos del Estado y 23 de su Reglamento.

I.2. Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 8 de junio de 1994, (Informe 9/1994), relativo a la acreditación por el contratista de estar al corriente de las obligaciones de la Seguridad Social.

I.3. Sentencia de 21 de enero de 1994 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo sobre resolución de contrato administrativo por modificación sustancial del P.C.A. por la Administración.

DICTAMEN DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, DE 3 DE FEBRERO DE 1994.

* CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

– CONTRATOS EN GENERAL.

– CAPACIDAD O INCAPACIDAD PARA CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN, TENIENDO EN CUENTA LO DISPUESTO EN LOS ARTíCULOS 9 DE LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO Y 23 DE SU REGLAMENTO.

ANTECEDENTES:

Por el Presidente "X" se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor literal:

> "Al amparo de lo prevenido en el artículo 2º y párrafo primero del 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se solicita informe de esa Junta sobre la capacidad o incapacidad para contratar con la Administración, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado y 23 de Reglamento General de Contratación, que exige hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social, de las entidades que tengan impugnadas ante la autoridad judicial competente actas liquidatorias de cuotas levantadas por la Inspección de Trabajo, como consecuencia de discrepancias en la clasificación de algunos trabajadores de la Empresa en cuanto a los epígrafes de la Tarifa de Prima de Accidentes de Trabajo vigentes en la actualidad aplicables a los mismos".

CONSIDERACIONES:

1.- Como claramente resulta del escrito de consulta que ha quedado transcrito la misma se refiere al caso concreto de impugnación judicial de actas liquidatorias de cuotas levantadas por la Inspección de Trabajo, como consecuencia de discrepancias en la clasificación de algunos trabajadores de la Empresa en cuanto a epígrafes de la Tarifa de Prima de Accidentes de Trabajo vigentes. Sin embargo, para dar solución a la cuestión suscitada resulta indiferente el motivo concreto de la impugnación judicial y, en consecuencia, debe darse respuesta a la consulta en términos generales referidos a

todos los supuestos de impugnación judicial de actas liquidatorias de cuotas de la Seguridad Social, abordando esta cuestión, como hacía esta Junta en su informe de 7 de mayo de 1992 (Expediente 13/92) desde el punto de vista de la normativa de la contratación administrativa, desde el punto de vista de la normativa relativa a la recaudación de los recursos de la Seguridad Social y de la conexión que debe establecerse entre ambas.

2.- La vigente Ley de Contratos del Estado en su artículo 9, apartado 8, considera incursas en prohibición para contratar con la Administración a quienes no se hallen al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social, precepto que desarrolla el artículo 23 ter del Reglamento General de Contratación del Estado señalando que se entenderá que las empresas están al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social que les imponen las disposiciones vigentes, cuando concurran las siguientes circunstancias:

a) Estar inscrita en la Seguridad Social o, en su caso, si se tratase de un empresario individual, afiliado y en alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda, por razón de la actividad.

b) Haber afiliado, en su caso, y haber dado de alta a los trabajadores que tengan a su servicio y estar al corriente en el pago de las cuotas o de otras deudas con la Seguridad Social.

El propio precepto reglamentario termina aclarando que los licitadores podrán acreditar las circunstancias mencionadas mediante declaración expresa responsable y que cuando el contrato se adjudique por subasta, el adjudicatario deberá presentar al órgano de contratación, antes de la adjudicación definitiva, los documentos que acrediten el cumplimiento de las circunstancias mencionadas y que, en los restantes supuestos de adjudicación, los órganos de contratación deberán requerir a los empresarios que, a su juicio, puedan resultar adjudicatarios, la presentación de dichos documentos.

Por último, el artículo 23 del propio Reglamento, en su penúltimo párrafo, señala que el órgano de contratación puede recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios.

De los preceptos reseñados y de la totalidad del sistema de la contratación administrativa puede extraerse la conclusión obvia de que los órganos de contratación no son los encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social, como tampoco de las tributarias, sino que su papel se limita al ejercicio de un mero control formal que se ejerce sobre la base de la documentación expedida por otros órganos, sin que la legislación de contratos del Estado pueda imponer ni los requisitos, estructura y formato de esta documentación, ni mucho menos realizar calificaciones jurídicas de su contenido, concretamente en el caso sometido a consulta, si las impugnaciones o recursos judiciales obligan o no a ingresar los débitos y, en caso afirmativo, si han concurrido los requisitos legales para dispensar de los mismos, cuestiones todas ellas que, atribuidas a los múltiples órganos de contratación implicarían una complejidad excesiva de los procedimientos de contratación que, o bien no podría

ser resuelta, o lo sería con graves y serias dilaciones en perjuicio del interés público.

A mayor abundamiento y como norma que refleja el criterio que se sigue en materia muy similar del cumplimiento de las obligaciones fiscales debe citarse el artículo 3º del Real Decreto 1462/1985, de 3 julio, expresivo que los documentos que acreditan el cumplimiento por el empresario de los requisitos de las letras b) y c) del artículo anterior (declaraciones o documentos de ingreso de diversos Impuestos y relación anual de ingresos o pagos) serán las últimas declaraciones y documentos de ingreso, cuyo plazo reglamentario de prestación hubiese vencido durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de la adjudicación provisional, con lo que debe concluirse que, si en materia fiscal basta para considerar al corriente de las obligaciones fiscales la prestación de las últimas declaraciones o documentos de ingreso, en materia de Seguridad Social, debe aplicarse idéntica norma y la presentación indicada basta para acreditar que el empresario está al corriente de sus obligaciones de Seguridad Social, mientras expresamente los correspondientes certificados no consignen lo contrario.

Por ello como primera conclusión debe mantenerse que mientras la documentación expedida por los órganos competentes de la Seguridad Social no afirmen de manera expresa y categórica que el empresario no se encuentra al corriente de sus obligaciones de Seguridad Social, en el sentido expresado en el artículo 23 ter del Reglamento General de Contratación del Estado, con independencia o no de impugnación judicial, el órgano de contratación no debe apreciar, por este motivo, incurso al empresario en la causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 9, apartado 8 de la Ley de Contratos del Estado.

3.- La consideración anterior queda forzada con el examen de la normativa sobre recaudación de la Seguridad Social constituida por el Real Decreto 1517/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social y por la Orden ministerial de 8 de abril de 1992, que contiene una serie numerosa de preceptos bastante complejos. Del contenido de la citada normativa, a efectos del presente informe, deben destacarse las excepciones a la regla general resultante del artículo 190 del Reglamento citado de que la interposición de cualquier impugnación, reclamación o recurso no suspende la recaudación voluntaria ni la recaudación ejecutiva de las deudas a la Seguridad Social, excepciones establecidas en el mismo artículo directamente -que se preste garantía de los débitos o que se consigne su importe o que se acuerde por el órgano competente la suspensión o que resulta por la remisión que se contiene a los artículos 81 y 83 del propio Reglamento- casos de requerimiento de pago e interposición de recurso de reposición sin resolución expresa o presunta y casos de actos de liquidación impugnadas, mientras no se dicte la resolución administrativa correspondiente, -a lo que debe añadirse que en las reclamaciones en vía económico-administrativa o en vía contecioso-administrativa resulta factible la suspensión del acto impugnado por el órgano competente para conocer de la reclamación o recurso y que las normas recaudatorias de la Seguridad Social prevén supuestos distintos de extinción de las deudas de la misma (compensación y prescripción fundamentalmente).

De la normativa examinada se deduce idéntica conclusión a la anteriormente sentada, debiendo añadirse que si los órganos competentes de la Seguridad Social

constar en la documentación que se aporte la existencia de impugnación judicial sin más precisión ni aclaración, no puede deducirse con claridad que las empresas no estén al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social, sino más bien al contrario o, al menos, dejan la duda sobre tal circunstancia, al no poder conocerse el alcance de la impugnación judicial en orden a la posible suspensión de ingresos.

4.- Entrando en el tema de la conexión entre la normativa de la contratación administrativa y la relativa a la recaudación de las deudas de la Seguridad Social ya hemos apuntado anteriormente que el órgano de contratación no tiene por qué interpretar en cada caso concreto el alcance de esta última normativa tan compleja en orden al requisito de hallarse al corriente el contratista en las obligaciones de la Seguridad Social, por lo que, ante la indicación de la formulación de la existencia de una prohibición para contratar, dado el principio general del derecho de que las prohibiciones, como todas las circunstancias limitativas de la capacidad, son de interpretación restrictiva, sino que, por el contrario, ante la impugnación judicial el órgano de contratación tiene que llegar a la conclusión de que las empresas están al corriente en sus obligaciones de la Seguridad Social, mientras esta conclusión no quede desvirtuada por otro medios, entre los que no se excluye las comprobaciones y verificaciones que facultativamente puede realizar el propio órgano de contratación.

CONCLUSIÓN:

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que si en la documentación expedida por los órganos de la Seguridad Social se consigna la existencia de impugnaciones judiciales, sin más precisión ni aclaración, el órgano de contratación no debe estimar que las empresas afectadas están incursas en la prohibición de contratar prevista en el apartado 8 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado, es decir, que no están al corriente de las obligaciones de la Seguridad Social, a menos que de forma categórica y expresa se consigne tal circunstancia en la documentación de referencia y sin perjuicio de que puedan llegar a esta conclusión por la utilización facultativa de otros medios previstos en la vigente legislación de contratos del Estado.

DICTAMEN DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, DE 8 DE JUNIO DE 1994.

* CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

– CONTRATOS EN GENERAL.

– ACREDITACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL CONTRATISTA EN LOS SUPUESTOS DE ESTAR AL CORRIENTE DE LAS OBLIGACIONES CON LA SEGURIDAD SOCIAL.

ANTECEDENTES:

Por el Director general del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos dependiente del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«En el Pliego de condiciones para la contratación con este Organismo Autónomo Correos y Telégrafos y previamente a la formalización del contrato, el ofertante o adjudicatario debe acreditar, entre otros documentos, que está al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social mediante la acreditación de las siguientes circunstancias:

Haber afiliado y dado de alta a los trabajadores que tengan a su servicio y estar al corriente en el pago de las cuotas o de otras deudas con la Seguridad Social.

Las empresas ofertantes o adjudicatarias para acreditar estos hechos presentan certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social, en la que se acredita que están al corriente de todas sus obligaciones con la Seguridad Social pero no siempre los impresos TC-2 (de afiliación y alta de los trabajadores).

Por ello este Centro Directivo tiene especial interés en conocer el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre si es suficiente la certificación genérica de la citada Tesorería General, de estar al corriente de las obligaciones con la Seguridad Social para acreditar el hecho de que tiene afiliados y en alta a los trabajadores que tenga a su servicio, o si por el contrario se debe exigir además los referidos impresos TC-2».

CONSIDERACIONES:

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente, consistente en la forma de acreditar el adjudicatario de un contrato estar al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social y, en concreto, si se debe exigir por el órgano de contratación los impresos TC-2, de afiliación y alta de los trabajadores, ha de ser resuelta con los mismos criterios que inspiraron los informes de esta Junta de 7 de mayo de 1992 (expediente 13/92) y de 3 de febrero de 1994 (expediente 1/94), sobre la base de la normativa vigente, desde la doble perspectiva de la contratación administrativa y de la actividad recaudatoria de la Seguridad Social.

2. La vigente Ley de Contratos del Estado en su artículo 9, apartado 8, considera incursas en prohibición para contratar con la Administración a quienes no se hallen al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social, precepto que desarrolla el artículo 23 ter del Reglamento General de Contratación del Estado señalando que se entenderá que las empresas están al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social que les imponen las disposiciones vigentes, cuando concurran las siguientes circunstancias:

a) Estar inscrita en la Seguridad Social o, en su caso, si se tratase de un empresario individual, afiliado y en alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda, por razón de la actividad.

b) Haber afiliado, en su caso, y haber dado de alta a los trabajadores que tengan a su servicio y estar al corriente en el pago de las cuotas o de otras deudas con la Seguridad Social.

El propio precepto reglamentario termina aclarando que los licitadores podrán acreditar las circunstancias mencionadas mediante declaración expresa responsable y que, cuando el contrato se adjudique por subasta, el adjudicatario deberá presentar el órgano de contratación, antes de la adjudicación definitiva, los documentos que acrediten el cumplimiento de las circunstancias mencionadas y que, en los restantes supuestos de adjudicación, los órganos de contratación deberán requerir a los empresarios que, a su juicio, puedan resultar adjudicatarios, la presentación de dichos documentos.

Por último, el artículo 23 del propio Reglamento, en su penúltimo párrafo, señala que el órgano de contratación puede recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios.

De los preceptos reseñados y de la totalidad del sistema de la contratación administrativa puede extraerse la conclusión obvia de que los órganos de contratación no son los encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social, como tampoco de las tributarias, sino que su papel se limita al ejercicio de un mero control formal que se ejerce sobre la base de la documentación expedida por otros órganos, sin que la legislación de contratos del Estado pueda imponer, ni los requisitos, estructura y formato de esta documentación, ni mucho menos realizar calificaciones jurídicas de su contenido, cuestión que, atribuida a los múltiples órganos de contratación, implicaría una complejidad excesiva de los procedimientos de contratación que, o

bien no podría ser resuelta, o lo sería con graves y serias dilaciones en perjuicio del interés público.

3. La normativa sobre recaudación de la Seguridad Social, constituida por el Real Decreto 1517/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social y por la Orden ministerial de 8 de abril de 1992, que lo desarrolla, contiene una serie numerosa de preceptos, bastante complejos, que obligan a insistir en la idea de que los órganos de contratación no son los encargados de interpretar, en cada caso concreto, esta normativa tan compleja, con la finalidad de comprobar el cumplimiento del requisito de hallarse el contratista al corriente en las obligaciones de la Seguridad Social, sino que, por el contrario, por el simple control formal que deben ejercer, deben estar y pasar por el contenido de la documentación aportada por el contratista y expedida por los órganos competentes de la Seguridad Social.

4. Haciendo aplicación de las anteriores consideraciones al supuesto concretamente consultado, debe observarse que el artículo 23 ter del Reglamento General de Contratación del Estado, en el apartado b) de su segundo párrafo, si bien aparentemente establece dos requisitos que el adjudicatario debe acreditar -haber afiliado, en su caso, y haber dado de alta a los trabajadores que tenga a su servicio, por un lado, y estar al corriente en el pago de las cuotas o de otras deudas con la Seguridad Social, por otro-, lo cierto es que debe sostenerse que el segundo subsume al primero, puesto que lo decisivo de este no es, como fácilmente puede comprenderse, el hecho de la afiliación o el dar de alta a los trabajadores, sino el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias inherentes a la afiliación o alta de trabajadores, por lo que debe concluirse que si se acredita que el contratista está al corriente en el pago de las cuotas o de otras deudas con la Seguridad Social, mediante certificación genérica que así lo declare, en las mismas deben considerarse comprendidas, si no se hace salvedad alguna, las cuotas y deudas inherentes a la afiliación o alta de trabajadores, sin que sea, por tanto, necesario aportar, por cada trabajador, el correspondiente modelo impreso de afiliación y alta de trabajadores TC-2, aportación que, por otro lado, revestiría extraordinaria complejidad en empresas con gran número de trabajadores, lo que llevaría al órgano de contratación a la necesidad de comprobar cada uno de los justificantes aportados, tarea incompatible con la naturaleza de simple control formal que, como ha quedado indicado, debe ejercer el órgano de contratación en relación con el cumplimiento de estar al corriente, el adjudicatario, en el cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social.

CONCLUSIÓN:

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la certificación genérica de la Tesorería General de la Seguridad Social de que el adjudicatario de un contrato está al corriente de todas sus obligaciones con la Seguridad Social, debe considerarse suficiente a efectos de acreditar el requisito del apartado 8 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado, en el aspecto relativo a la Seguridad Social, sin que se considere necesario aportar, además, el modelo-impreso TC-2, de afiliación y alta de cada trabajador de la empresa.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 3ª DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, DE 21 DE ENERO DE 1994

* CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

– CONTRATOS EN GENERAL.

– RESOLUCIÓN DE CONTRATO POR MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL P.C.A.P. POR LA ADMINISTRACIÓN.

Celebrado un contrato de gestión de servicio de cocina y comedor de centros de enseñanza integrada, entre la Junta de Andalucía y una empresa, ésta solicitó la resolución del mismo por exigirse una condícíón que fue omitida al contratar.

Agotada la vía administrativa, la empresa dedujo recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente de la antigua Audiencia Territorial de Sevilla, que lo estimó por Sentencia de fecha 26 de abril de 1969.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de apelación promovido por la Administración autonómica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla de 26 de abril de 1989 que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la «S.E.G.R., S.A.» contra las resoluciones de la Delegación Provincial de Córdoba de la Consejería de Educación y Ciencia de la junta de Andalucía de 9 de febrero de 1987 y la desestimatoria del recurso de reposición por ella interpuesto, y acordó la devolución de la fianza provisional depositada por la actora por importe de 1.190.000 pesetas y la improcedencia de que abone indemnización alguna al Organismo reseñado, por la resolución de un contrato de gestión del servicio de Cocina-Comedor en el Centro de Enseñanza Integradas de Córdoba durante el curso 1986-1987, valorando, la incidencia de una condición de hacerse cargo de una plantilla de 20 limpiadoras que fue omitida al contratar, ha sido apelado por la Junta de Andalucía que alega en su escrito la inexistencia de la transgresión de la buena fe por parte de la Administración apreciado en la sentencia; insistiendo en sus razonamientos de oposición a la demanda del incumplimiento por la Sociedad actora del contrato celebrado por no iniciar sus prestaciones el día 1 de octubre de 1986 como se había convenido, por

lo que se procedió a la resolución del contrato con incautación de la fianza prestada y vatoración posterior de los prejuicios irrogados.

Segundo. La cuestión planteada en esta apelación ha sido examinada y resuelta con acierto en la Sentencia apelada sin que las alegaciones de la recurrente desvirtúen la fundamentación del fallo de la Sala «a quo» tras valorar las circunstancias fácticas del litigio. **Esta Sala tiene reiteradamente declarado** (Sentencias de 10 de marzo de 1982, 6 de febrero y 8 de noviembre de 1988 y 22 de enero de 1990) **que el pliego de condiciones en la contratación administrativa constituye la «lex contractus» con fuerza vinculante para la contratante y la Administración. Las cláusulas del mismo fijan las condiciones del acuerdo de voluntades de manera que la modificación de alguna determinante del consentimiento prestado ocasiona la nulidad del contrato celebrado,** de conformidad con el art. 1300 en relación a los años 1265 y 1266 del Código Civil de aplicación supletoria a tenor del art. 4. 1. de la Ley de Contratos del Estado que constituye -con su reglamento, según el art. 1º de la misma- la ordenación principal en la materia. De conformidad con el art. 40 del Reglamento de contratación del Estado los contratos que regula pueden quedar invalidadas por las causas reconocidas en el Derecho Civil.

El contrato litigioso es un contrato de gestión de servicios regulado -según los arts. 62 y 68 de la misma Ley- por ella cuyo art. 44 determina el cumplimiento «con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato» (art. 44) no pudiendo la Administración modificar los elementos que lo integran sino «dentro de los límites de la presente Ley y su Reglamento» (art. 45).

El Reglamento General de la Contratación del Estado establece en su artículo 20 los requisitos de la contratación por el Estado, determinando respecto de los pliegos administrativos el art. 34 que deberán aprobarse con anterioridad a la perfección e incluirán «los pactos y condiciones definidores de los derechos y las obligaciones que asumirán las partes del contrato» y «las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas que serán de aplicación, en principio, a todos los contratos de un objeto análogo además de las establecidas en la legislación de contratación del Estado».

Tercero. En el presente litigio ha quedado probado que la actora licitó al concurso convocado por la Delegación Provincial de la Consejería de Educación y Ciencia de Córdoba para adjudicación del servicio de limpieza y de cocina-comedor del Centro de Enseñanzas Integradas en el curso 1986-87 según pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación. En el mismo se señalaba que la empresa licitadora se comprometía a destinar «para la prestación de los servicios el número de personas contenido en la oferta» (cláusula 11.1.) señalándose en el modelo de proposición económica (folio 3.11 del Expediente) este compromiso de señalar el «total» de personas con carácter mínimo. En ninguna cláusula se mencionaba ni que existían 20 trabajadores de la limpieza del contratista anterior, ni el coste económico de esa plantilla, ni la obligación de subrogarse en los contratos laborales preexistentes, ni la relación laboral de trabajadores existentes.

También ha resultado probado que la actora al concurrir al concurso prestó la fianza de 1.190.000 ptas., y que se le adjudicó provisionalmente el concurso en 58.695.000

ptas., por la Mesa de Contratación el 4 de agosto de 1986, pero que al tener conocimiento de que existían 20 personas más en cuyo contrato sería necesario subrogarse y que todas ellas eran limpiadoras anunciaron al Delegado Provincial su intención de renunciar y desistir el contrato. No obstante recibió la adjudicación definitiva el 16 de septiembre de 1986, presentando al día siguiente, escrito de desistimiento formal basado en la modificación sustancial de las condiciones del concurso, iniciando el 1 de octubre del mismo año la apertura del expediente de resolución del contrato por incumplimiento y resolviéndose por la resolución impugnada con incautación de la fianza.

Cuarto. Los anteriores hechos revelan una modificación de las cláusulas establecidas en el pliego convenido que por su importancia afectaba a las condiciones económicas que principalmente habían dado motivo a celebrarlo y por tanto al consentimiento prestado al aceptar esas cláusulas del contrato convenido definidoras de las obligaciones asumidas, de manera que -en los términos del art. 44 del Reglamento de la Contratación de modo que se deduzca razonablemente que de no haber existido «no se había realizado la contratación».

De los hechos expuestos resulta la improcedencia de la argumentación de la Administración respecto al conocimiento de la situación laboral resultante de la contrata anterior, porque la cláusula 11.4 del mismo Pliego obligaba al adjudicatario «al cumplimiento de toda la legislación vigente o que se promulgue de carácter laboral» y que el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores impone a la empresa la obligación de subrogarse en los derechos y obligaciones del anterior contratista. No solamente la existencia de un personal laboral de 20 personas -que doblaba el ofrecido por la actora- es una circunstancia que exigía su específica determinación en las detalladas condiciones del concurso y la no adjudicación en caso de ofrecer el concursante menos personal que el así señalado, sino que la remisión a la legislación laboral vigente se hacía en la cláusula 11.4 citada al referirse a los casos de accidente o perjuicio ocurrido a los operarios del adjudicatario.

Quinto. En las circunstancias descritas no puede estimarse que la actora incumpliera el contrato administrativo celebrado con la consecuencia de incautación de la fianza depositada y de abrir un expediente para la fijación y valoración de los daños causados y que la sentencia apelada es ajustada a derecho al estimar que la Administración demandada -aquí apelante- «no estuvo inspirada por la buena fe que era esperable y exigible» al cambiar las condiciones de la contratación concertada para exigirle una obligación nueva que alteraba el consentimiento prestado. El recurso debe ser desestimado, sin imposición de las costas al no apreciarse sin embargo una temeridad o mala fe procesal al interponer y sostiene el presente recurso.

INFORMES, DICTÁMENES Y SENTENCIAS

II. CONTRATACIÓN: ASISTENCIA TÉCNICA

II.1. Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 28 de julio de 1994, relativa a la clasificación como empresa consultora y de servicios de una Universidad.

DICTAMEN DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, DE 28 DE JULIO DE 1994

* CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

– CONTRATOS DE ASISTENCIA TÉCNICA.

– CLASIFICACIÓN COMO EMPRESA CONSULTORA Y DE SERVICIOS A LA UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA.

DICTAMEN

ANTECEDENTES:

Con fecha 24 de mayo de 1994 tiene entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del Rector de la Universidad Politécnica de Valencia en el que solicita dictamen sobre la posibilidad de que la Universidad Politécnica de Valencia pueda acceder a la clasificación como empresa consultora y de servicios, según lo establecido en el Real Decreto 609/1982 y las Ordenes de 24 de noviembre de 1982 y de 30 de enero de 1991.

CONSIDERACIONES:

La cuestión que se suscita en el escrito del Rector de la Universidad Politécnica de Valencia fue abordada por esta Junta en su informe de 4 de abril de 1989 (expediente 8/89) emitido a solicitud del Secretario de Estado, Director de la Seguridad del Estado, sobre la posibilidad de celebrar un contrato de asistencia, precisamente con la misma Universidad Politécnica de Valencia, en el que se llegaba a la conclusión de que la relación de contenido contractual a establecer entre la Dirección de la Seguridad del Estado y la Universidad Politécnica de Valencia podía instrumentarse a través de un convenio de cooperación de los previstos en el número 4 del artículo 2 de la Ley de Contratos del Estado, para el que no resultaría necesaria la clasificación de la Universidad de Valencia y que si, no obstante, se optaba por la posibilidad de celebrar un contrato de los regulados en el Decreto 1.005/1974, de 4 de abril, dicho contrato debía ser autorizado por el Consejo de Ministros, al no estar clasificada como empresa consultora o de servicios -ni poder estarlo, añadimos– la Universidad Politécnica de Valencia.

Como razonamientos que apoyaban la conclusión sentada esta Junta consignaba los siguientes:

-«Partiendo del carácter de entes públicos que debe predicarse de los organismos intervinientes -la Dirección de la Seguridad del Estado por ser organismos de la Administración del Estado, concretamente del Ministerio del Interior, y la Universidad Politécnica de Valencia por resultar así de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria y más específicamente de sus Estatutos, aprobados por Decreto del Gobierno Valenciano de 20 de septiembre de 1985, que se completan por Decreto de 23 de diciembre de 1985- es criterio, reiteradamente mantenido por esta Junta, que las dificultades que suscita la aplicación de la legislación de contratos del Estado a estos entes determina que las relaciones de contenido contractual deben instrumentarse normalmente través de la vía del convenio de cooperación y sólo excepcionalmente a través de verdaderos y propios contratos administrativos, pudiendo citarse como expresivos de tal criterio no sólo los informes de 13 de junio de 1984 (expediente 14/84) y de 15 de octubre de 1985 (expediente 37/85), relativos al Servicio Militar de Construcciones, sino también los que con esta misma fecha se emiten en relación con los expedientes 1/89 y 6/89.

Como se ha indicado, la razón fundamental que se aduce en los citados informes para mantener tal conclusión radica en las dificultades que la legislación de contratos del Estado, pensaba para regular las relaciones contractuales entre, de un lado. Administraciones Públicas, y de otro, personas físicas o jurídicas que actúan en régimen de derecho privado (en la rúbrica del Decreto 1.005/1974, de 4 de abril, se habla expresamente de los contratos que celebre la Administración del Estado y sus Organismos autónomos con empresas consultoras o de servicios) suscrita en su aplicación a entes públicos y que se manifiestan, en el tema de la clasificación, incapacidades o prohibiciones de contratar, régimen de garantías, procedimientos de licitación en concurrencia, etc. Asimismo, en alguno de los informes de esta Junta citados se hace alusión también a las dificultades que puede presentar la legislación reguladora de estos entes públicos, que, salvo determinadas excepciones, no prevén, en el ejercicio de sus competencias y posibilidades de actuación, la contratación con otros entes públicos.

En el mismo informe del Servicio Jurídico del Estado del Ministerio del Interior, en el que se discrepa del criterio de esta Junta, se señala una serie de normas de la legislación de contratos -acreditación de no estar incursa en las causas del artículo 9 de la Ley, cumplimiento de obligaciones fiscales y de Seguridad Social y acreditación de la personalidad jurídica y de la representación- que no pueden ser cumplidas por las universidades y otra serie de normas -las relativas a la clasificación y a la prestación de fianza definitiva- que han de ser cumplidas, las primeras por la vía excepcional de la autorización del Consejo de Ministros y las segundas, con la única posibilidad de su exceptuación por disposición con rango de Ley, por lo que en el propio informe del Servicio Jurídico se consigna que “no puede desconocerse que el régimen contractual ordinario experimenta ciertas modificaciones, dada la propia condición de la Universidad Politécnica de Valencia”, sin citar norma alguna que de manera expresa justifique tales modificaciones, por lo que procede concluir que, pese a la discrepancia que con esta Junta Consultiva manifiesta mantener el Servicio Jurídico del Estado del Ministerio del Interior, en este punto, es más aparente que real, pues ambos órganos consultivos mantienen el criterio de las dificultades que la legislación de contratos del Estado supone en su aplicación a relaciones de contenido contractual entre entes públicos, en el presente caso, entre la Dirección de la Segu-

ridad del Estado y la Universidad Politécnica de Valencia».

-«El extremo que, a continuación, debe examinarse es el relativo a si la relación entre los citados entes públicos -Dirección de la Seguridad del Estado y Universidad Politécnica de Valencia- puede instrumentarse como un convenio de cooperación previsto en el número 4 del artículo 2 de la Ley de Contratos del Estado, manteniéndose un criterio negativo por el Servicio Jurídico del Estado del Ministerio del Interior, en base al distinto contenido del contrato y del convenio de cooperación independientemente del carácter de los sujetos intervinientes, pues mientras en el contrato hay intercambio de prestaciones a título oneroso y, por tanto, posiciones contrapuestas, en el convenio de cooperación cada una de las entidades públicas son titulares de determinados servicios o intereses públicos, produciéndose aportaciones conjuntas por parte de cada una de ellas, para el fin que interesa a ambas y produciéndose posiciones paralelas y no contrapuestas.

Por el contrario, esta Junta Consultiva, ratificando su criterio mantenido en otros informes, considera que el convenio de cooperación constituye la forma ordinaria y normal de establecer relaciones de contenido contractual entes públicos y el contrato administrativo la forma excepcional, pues, dejando aparte la circunstancia de que, en el presente caso -investigación para combatir el terrorismo-, pudiera encajar en la conceptuación del convenio de cooperación efectuada por el Servicio Jurídico del Estado del Ministerio del Interior, lo cierto es que tal conceptuación y diferenciación con el contrato administrativo se realiza con criterios puramente doctrinales, sin apoyo alguno en nuestro Derecho positivo, que no define el convenio de cooperación, limitándose a exigir que se celebre entre entes públicos, por lo que parece lícito concluir que a dichos convenios, cuyo contenido no resulta normado, ni, en consecuencia, obligado, puede acudirse, conforme a la legislación vigente, en supuestos como el planteado en el presente expediente.

A mayor abundamiento, en apoyo del criterio de esta Junta, debe señalarse la contraposición existente entre la redacción del número 4 del artículo 2 de la Ley de Contratos del Estado que, como hemos visto, se refiere a convenios de cooperación entre entes públicos y la redacción del número 7 del mismo artículo, que según establece el artículo 12 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para 1989, comprende, para excluirlos de la Ley, los convenios de colaboración que se celebren con personas físicas o jurídicas de Derecho privado “siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esa Ley o en normas administrativas especiales”, salvedad esta última que, al no figurar en el número 4, permite sostener que los convenios de cooperación comprendidos en este último, es decir, los que se celebren con entes públicos, a diferencia de los convenios de colaboración con particulares, pueden tener por objeto el de los contratos regulados por la Ley de Contratos del Estado o por normas administrativas especiales, figurando entre estas últimas, como es obvio, el Decreto 1.005/1974, de 4 de abril, por lo que estos convenios de cooperación pueden ser celebrados al no existir norma positiva alguna que lo impida, para el mismo objeto y finalidad que los de un contrato de asistencia, como sucede en el presente caso, de los regulados en el citado Decreto».

Todo lo hasta aquí expuesto es perfectamente trasladable a la consulta que ahora se formula por el Rector de la Universidad Politécnica de Valencia y sostener, por tanto,

la imposibilidad de clasificación como empresa consultora o de servicios de la citada Universidad, sin perjuicio de que el requisito de la clasificación pueda ser sustituido por la autorización del Consejo de Ministros, prevista en el artículo 2 del Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero.

La conclusión sentada lo es, como es obvio, de conformidad con la legislación vigente, lo que no excluye que se haya tomado en consideración la cuestión suscitada para tratar de introducir en la futura Ley de Contratos de las Administraciones Públicas un precepto tendente a exceptuar del requisito de clasificación a las Universidades para facilitar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria.

INFORMES, DICTÁMENES Y SENTENCIAS

III. CONTRATACIÓN: CONTRACIÓN DE LAS CORPORACIONES LOCALES.

III.1. Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 8 de junio de 1994, sobre causas de incompatibilidad para contratar con una Corporación Social y extensión a diversos tipos de contratos no regulados en la L.C.E.

DICTAMEN DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, DE 8 DE JUNIO DE 1994

* CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

CONTRATACIÓN DE LAS CC.LL.

– CAUSAS DE INCOMPATIBILIDAD PARA CONTRATAR CON UNA CORPORACIÓN LOCAL Y EXTENSIÓN A DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS NO REGULADOS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO.

ANTECEDENTES:

1. Por el Presidente de la Diputación Provincial de Huesca se dirige a esta junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor literal:

«Como consecuencia de la contestación publicada en *El consultor de los Ayuntamientos y Juzgados* número 2, del pasado día 30 de enero, cuya copia se adjunta a la presente solicitud, respecto a la aplicación del régimen de incompatibilidades a las enajenaciones de bienes, haciendo referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1990 (arz. 8400), esta Corporación solicita a esta Junta informe acerca de si las causas de incompatibilidad para contratar con una Corporación local afectan, únicamente, a los contratos de obras, gestión de servicios y suministros o, por el contrario, su ámbito de aplicación se extiende a todo tipo de contratos que celebre una entidad local en cuanto que las causas de incompatibilidad caen dentro de la preparación de un contrato, la cual se rige por el derecho administrativo independientemente de la naturaleza pública o privada del mismo».

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo fotocopia de la contestación a una consulta publicada en la revista *El consultor de los Ayuntamientos y Juzgados* número 2, de 1994, de fecha 30 de enero, en la que con la cita de la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1990 se sustenta la tesis de que la incompatibilidad prevista en el apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado, en relación con el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, si bien resulta aplicable a los contratos de obras, gestión de servicios públicos y suministros, puede sostenerse que no lo es a los contratos patrimoniales de compraventa, basando esta conclusión negativa en ser el «contratante» en un contrato de compraventa distinto del «contratista» a que se refiere el artículo 178 de la Ley 5/1985, de 19 de junio; en que las incompatibilidades, en cuanto

medidas restrictivas de la capacidad de obrar, han de ser entendidas estrictamente para casos concretos previstos en las Leyes, sin permitir una extensión analógica, y, en definitiva, en la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1990 en la que se declara que la incompatibilidad «se refiere a la contratación para obras y servicios públicos, no para otra clase de contratos como los de arrendamiento, préstamo, depósito o compraventa, ya que en nada repugna a la moral, a la Ley, ni la máxima transparencia que ha de presidir toda la actuación de la Administración, el que la misma, observando los requisitos y garantías que aquella exige, alquile o compre un mueble a uno de sus funcionarios o a un miembro de la corporación, siempre que los mismo se abstengan de invertir en la formación de voluntad del órgano cumpliendo su aludida obligación de abstención; y al igual que la Administración puede adquirir en arriendo un inmueble propiedad de un funcionario, de un Concejal o de un Diputado de la Corporación, puede también comprarlo, previo el correspondiente concurso».

CONSIDERACIONES:

1ª. La cuestión que se suscita en el presente expediente -la del alcance de la incompatibilidad para contratar con la Administración en los supuestos de contratos de compraventa celebrados por Entidades en las que interviene como comprador o vendedor algún Concejal de la respectiva Entidad- tiene que ser resuelta con arreglo a la normativa vigente en la actualidad, afirmación que adquiere relevancia en el presente expediente, por cuanto con posterioridad a los hechos enjuiciados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1990, cuya doctrina sirve de fundamento a la tesis de inexistencia de incompatibilidad, se han producido modificaciones normativas de indudable repercusión para la resolución de la cuestión que se examina.

2ª. Para determinar la normativa aplicable en la actualidad a los contratos de compraventa de inmuebles de las Entidades Locales, únicos a los que parece constreñirse la consulta, dado que la compra de bienes muebles a un Concejal por encajar en el concepto amplio de suministro del artículo 83 de la Ley de Contratos del Estado no suscita dificultades de interpretación, en orden a la aplicación de la incompatibilidad, hay que partir de la circunstancia de que el artículo 11 del Reglamento de bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1.372/1986, de 13 de junio, establece que las adquisiciones de bienes a título oneroso, es decir, la compra por las Entidades Locales, exigirá el cumplimiento de los requisitos contemplados en la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales y el artículo 112.1 del mismo Reglamento, en el mismo sentido, señala que las enajenaciones de bienes patrimoniales, es decir, las ventas efectuadas por las Entidades Locales, se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación por la misma normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales.

Esta remisión a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales obliga a entender incluida en la misma el artículo 9, apartado 6, de la vigente Ley de Contratos del Estado, dado que como declaraba esta Junta en su informe de 16 de febrero de 1994 (expediente 32/93) «frente a la existencia inicial en materia de contratación administrativa, de dos bloques normativos independientes -el regulador de la contratación administrativa estatal y el regulador de la contratación administrativa local- en la evolución posterior se ha producido una aproximación entre ambos, que se

inicia con el Real Decreto 3.046/1977, de 6 de octubre, por el que se desarrollaba con rango de Ley el Estatuto de Bases de Régimen Local y que culmina con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local y con el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local, aprobado por Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, de cuyo artículo 112 se deduce la aplicabilidad de la legislacíón de contratos del Estado a las Entídades Locales sin perjuicio de las especialidades propias del Texto refundido». En el citado informe se hacía una referencia a la Sentencia de 5 de octubre de 1990 en la que después de proclamar que con la evolución normativa reseñada «culmina la aspiración de máxima aproximación de la actuación de las Corporaciones Locales a la Legislación del Estado, manteniendo sólo las imprescindibles peculiaridades o diferencias que exigen las necesidades locales» declara que hasta tanto no se produzca el desarrollo reglamentario que espera el Texto refundido, «debe entenderse en vigor el Reglamento de Contratacíón de las Corporaciones Locales de 1953, pero sólo en aquellos aspectos en que no se encuentra derogado, debiendo entenderse producida dicha derogación en los casos patentes de oposición a los principios y regulación básicos de la legislación estatal sobre contratación» y termina con la declaracíón expresa de que este último «constituye también fuente directa de la contratación administrativa local fuera de las especialidades propias que contempla el Texto refundido».

El citado apartado 6 del artículo 9, en cuanto establece en su primer párrafo, que constituye una circunstancia determinante de la prohibición de contratar el «estar incursa la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos, o de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General» y en cuanto añade, en su segundo párrafo, que «la prohibición alcanza igualmente a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes menores de edad de las personas a que se refiere el párrafo anterior de este apartado» viene a contemplar supuestos de incompatibilidad de plena aplicación a las Entidades Locales, frente a los que deben decaer los supuestos contemplados en el artículo 5, del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, de un lado más restringidos, por referirse sólo a contratos de obras y de servicios públicos, de otro más amplios, por referirse al tercer grado de parentesco, pero, en definitiva, distintos, lo que determina la prevalencia de la legislacíón de contratos del Estado sobre el citado Reglamento de 1953 que, en este extremo concreto, debe considerarse ha sído sustituido por aquella.

También en este extremo hay que sostener que se llegaría a idéntica solución acudiendo, para estos contratos de compraventa, a lo dispuesto en la regla 3ª, apartado A), del artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, pues si bien la preparación y adjudicación de estos contratos han de regirse, ante todo, por sus normas administrativas especiales, lo cierto es que estas últimas, en este extremo y como hemos vísto, se remiten a la normativa sobre contratación de las Entidades Locales (artículos 11 y 112 del Reglamento de Bienes), por lo que, para impedir la existencia de remisiones sin sentido, hay que concluir con la aplicabilidad a estos contratos de compraventa celebrados por las Entidades Locales del artículo 9, apartado 6, de la Ley de Contratos del Estado.

3ª. El citado apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado en la redacción dada al mismo por el artículo 11 de la Ley 9/1991, de 22 de marzo, contiene una última remisión, dado que considera incompatibles para contratar con la Administración a los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, lo que obliga al examen del artículo 178, apartado 2, d), que considera incompatible con la condición de Concejal a los contratistas o subcontratistas de contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes. En definitiva, por aplicación conjunta del apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado y del artículo 178, apartado 2, d), de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, esta Junta Consultiva entiende que, siempre que se den las condiciones de financiación exigidas por el artículo citado en último lugar, las Entidades Locales no podrán celebrar contratos de compraventa con Concejales de la respectiva Entidad, por estar estos últimos incursos en circunstancias determinante de prohibición de contratar con la Administración respectiva.

4ª. Para abordar todas las cuestiones suscitadas en el presente informe conviene hacer algunas consideraciones últimas sobre la opinión publicada en la revista *El consultor de los Ayuntamientos y Juzgados* y sobre la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1990, que sirve de fundamento a la tesis que se propugna.

En cuanto a la opinión del autor de la contestación publicada en la citada revista, su único argumento, independientemente de los de la Sentencia de 30 de octubre de 1990 que cita, consiste en diferenciar contratista de contratante, diferencia que si bien puede ser admitida desde un punto de vista gramatical, carece de trascendencia desde un punto de vista jurídico, ya que tan contratante o contratista es un particular en un contrato de compraventa con la Administración, como contratista o contratante es el mismo particular en un contrato administrativo, sin que exista precepto alguno de nuestro ordenamiento jurídico que permita atribuir distintos efectos jurídicos a la alternativa gramatical reseñada.

Por lo que respecta a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1990, que, por cierto se transcribe parcialmente sin permitir apreciar los supuestos de hecho y la fundamentación jurídica completa de la misma, hay que tener en cuenta que se refiere a unos acuerdos de una Diputación Provincial del año 1984, anteriores por tanto a la Ley del Régimen Electoral General y, sobre todo, anteriores a la reforma operada en el apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del estado por el artículo 11 de la Ley 9/1991, de 22 de marzo, y que basa su doctrina en el argumento central de que resulta aplicable el artículo 5, apartados 1 y 2, del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953 que sólo se refiere a contratos de obras y de servicios públicos. Ya han quedado suficientemente expuestos y razonados los argumentos por los que esta Junta Consultiva considera que el artículo 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953 ha sido sustituido por el artículo 9, apartado 6, de la Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada al mismo por el artículo 11 de la Ley 11/1991, de 22 de marzo, normativa que por razón de la fecha de los acuerdos enjuiciados, incluso por la fecha de la propia Sentencia, no pudo ser tomada en consideración por la misma y debilita toda argumentación que pretenda basarse en su doctrina.

CONCLUSIÓN:

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que a los contratos de compraventa de bienes inmuebles celebrados por Entidades Locales les resulta de aplicación el artículo 9, apartado 6, de la Ley de Contratos del Estado y, en consecuencia, existirá incompatibilidad para celebrarlos en el Concejal de la respectiva Entidad, siempre que se den las condiciones de financiación a que hace referencia el artículo 178, apartado 2. d) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

INFORMES, DICTÁMENES Y SENTENCIAS

IV. CONTRATACIÓN: CONTRACIÓN DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

IV.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 26 de octubre de 1994, de fiscalización de un expediente de celebración por el S.A.S. de un contrato singular para prestación de asistencia sanitaria en un Hospital privado.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCíA, DE 26 DE OCTUBRE DE 1994.

* CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

– CONTRATAS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

– INFORME DE FISCALIZACIÓN SOBRE CELEBRACIÓN DE UN CONCIERTO SINGULAR PARA LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA TÉCNICA EN UN HOSPITAL PRIVADO.

Se ha recibido en esta Intervención General, para su fiscalización, expediente del Servicio Andaluz de Salud (S.A.S.), correspondiente a "Propuesta de establecimiento de concierto singular con la Entidad "X" para la prestación de asistencia sanitaria en el Hospital F.A.C. "Y" por importe de 4.304.040.000.- pesetas.

El citado concierto se propone financiar con arreglo al siguiente cuadro:

APLICACIÓN PRESUPUESTARIA	IMPORTE
0.1.17.31.03.00.0924.525.04.31.E.5	116.670.000.-
3.1.17.31.03.00.0924.252.04.31E.1.1995	750.020.000.-
3.1.17.31.03.00.0924.252.04.31 E.2.1996	1.033.350.000.-
3.1.17.31.03.00.0924.252.04.31E.3.1997	1.234.000.000.-
3.1.17.31.03.00.0924.252.04.31E.4.1998	1.170.000.000.-
TOTAL	4.304.040.000.-

Examinadas las actuaciones comprensivas del expediente, se plantean una serie de cuestiones que es necesario analizar:

A) **La sujeción del concierto a la Ley General de Sanidad.-**

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (L.G.S.), dentro de su Título IV, "De las Actividades Sanitarias Privadas", se refiere a las "Entidades Sanitarias" en sus artículos 89 a 94.

El artículo 90 prevé que las Administraciones Públicas puedan celebrar conciertos con otras entidades, sean públicas o privadas, para la prestación de servicios sanitarios.

En efecto, el apartado 1 del artículo 90 de la L.G.S., en su primer párrafo, dispone lo siguiente:

"Las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas".

Así pues, la celebración, por parte del S.A.S., de conciertos con otras entidades para la prestación de servicios sanitarios encuentra su amparo en la Ley General de Sanidad.

Ahora bien, el propio apartado 1 del artículo 90 de la L.G.S. contiene un límite intrínseco a la posibilidad reconocida a las Administraciones Públicas para la celebración de conciertos: la utilización óptima de los recursos sanitarios propios.

Dice el artículo 90.1 de la L.G.S., en su párrafo segundo:

"A tales efectos, las distintas Administraciones Públicas tendrán en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios".

El expediente del presente informe tiene por objeto la celebración de un concierto por parte del S.A.S. con un Hospital de titularidad privada de Málaga.

Sin embargo, este Centro Directivo debe poner de manifiesto que en el citado expediente no se acredita que exista una utilización óptima de los recursos sanitarios propios del S.A.S., y que, no obstante dicha optimización, sea necesario la celebración del concierto con otra entidad.

Por tanto, falta en el expediente el informe técnico acreditativo de la utilización óptima de los recursos sanitarios propios del S.A.S.

B) **La sujeción del concierto a la Legislación de Contratos del Estado.-**

La ley de Contratos del Estado (L.C.E.) y el Reglamento General de Contratación del Estado (R.G.C.E.) que desarrolla la anterior, regulan, como uno de los tipos de contratos administrativos, el Contrato de Gestión de Servicios Públicos.

A su vez, prevé la legislación contractual cuatro modalidades de la contratación de los servicios públicos (artículo 66 L.C.E. y artículo 201 R.G.C.E.), una de las cuales es el "concierto".

Cuando la Ley General de Sanidad, en su artículo 90.1, prevé la posibilidad de que las Administraciones Públicas Sanitarias pueden establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas, al hablar de estos conciertos no se está refiriendo a una figura jurídica distinta del "concierto" regulado en la L.C.E. y el R.G.C.E. como una de las modalidades de contratación de los servicios públicos.

En efecto, el artículo 197 del R.G.C.E. exige, como requisito previo para la contratación de la gestión de un servicio público, el que se encuentre promulgado el

"régimen jurídico básico" del mismo, "que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trate queda asumida por el Estado como propia del mismo".

Este régimen jurídico básico está constituido por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

El propio artículo 90 de la L.G.S. establece una serie de particularidades en la celebración de estos conciertos: la prioridad para que, en condiciones de igualdad, se celebren con entidades sin ánimo de lucro (apartado 2); la prohibición de concertar cuando ello pueda contradecir los objetivos establecidos en los planes de salud (apartado 3); la fijación por la Administración de requisitos y condiciones mínimas, básicas y comunes (apartado 4); el establecimiento de las condiciones económicas en base a módulos, previamente establecidos y revisables por la Administración (apartado 4); la exigencia de homologación de los centros sanitarios susceptibles de ser concertados (apartado 5); un contenido necesario en cada concierto (apartado 6).

En ejercicio de sus competencias y en desarrollo de esta normativa, la Consejería de Salud ha promulgado la Orden de 26 de marzo de 1993, por la que se establecen las normas para la revisión de las condiciones económicas aplicables a la prestación de asistencia sanitaria concertada por el S.A.S. durante 1990 y 1991, cuyo artículo 7 regula la celebración de "conciertos singulares" por el S.A S. con entidades públicas, privadas o beneficio-privadas. Igualmente, la Orden de 11 de mayo de 1993, por la que se atribuye a la Dirección General de Planificación, Financiación y Concertación, la competencia para la gestión de determinados conciertos, desarrollada por Resoluciones de 17 de mayo de 1993 y de 10 de enero de 1994.

Pero el artículo 90 de la L.G.S. no excluye la sujeción a la legislación de contratos del Estado de los mencionados "conciertos", ni las particularidades recogidas en el citado precepto en ningún momento desvirtúan la naturaleza de estos conciertos para la prestación de servicios sanitarios como verdaderos contratos de gestión de servicios públicos, ni impiden la aplicación a ellos de las normas de la LC.E. y del R.G.C.E.

Por todo lo anterior, es preciso concluir que los conciertos celebrados por la Administración para la prestación de servicios sanitarios previstos en la L.G.S. constituyen una verdadera contratación del servicio público sanitario y, por tanto, están sujetos a las disposiciones de la L.C.E. y del R.G.C.E., sin perjuicio de las particularidades previstas en la propia L.G.S. y en la normativa que la desarrolla.

Una vez determinado que los conciertos sanitarios están sujetos a la normativa de la L.C.E. y del R.G.C.E., es preciso analizar las dos cuestiones siguientes reguladas en esta normativa:

a) Las actuaciones administrativas preparatorias.-

Dispone la legislación vigente que todo contrato de gestión de servicios públicos irá precedido de las siguientes actuaciones:

-La elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y, en su caso, de las obras precisas; los anteproyectos de explotación comprenderán un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas (artículo 68.1 L.C.E. y artículos 209.1 y 210 R.G.C.E.).

-La tramitación y resolución del expediente de contratación, con aprobación del Pliego de Cláusulas de Explotación a que haya de acomodarse la del servicio, en sus aspectos jurídicos, económico y administrativo, y la aprobación, en su caso, del gasto correspondiente; los Pliegos deberán contemplar los puntos expresamente establecidos en el artículo 211 del R.G.C.E. (artículos 68.2 L.C.E. y artículos 209.2 y 211 R.G.C.E.).

b) La forma de adjudicación.-

El procedimiento ordinario de adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos, cualquiera que sea su modalidad, será el concurso (artículo 69 L.C.E. y en el artículo 213 del R.G.C.E.).

Se prevé la contratación directa en los supuestos expresamente establecidos en el artículo 69 de la L.C.E. y en el artículo 213 del R.G.C.E.

Uno de los supuestos en que se prevé la contratación directa es el establecido en los apartados 1 de los artículos 69 de la L.C.E. y del artículo 213 del R.G.C.E.: “Aquellos servicios respecto de los que no sea posible promover concurrencia en la oferta o en que, por circunstancias excepcionales que habrán de justificarse en el expediente, no convenga promoverla”.

A la vista de esta regulación, un análisis del expediente objeto del presente informe permite poner de manifiesto lo siguiente:

-No consta en el expediente la elaboración y aprobación del anteproyecto de explotación, con el estudio a que se refiere el artículo 210 del R.G.C.E.

-No se aporta en el expediente el Pliego de Cláusulas de Explotación con el contenido previsto en el artículo 211 del R.G.C.E., ni la resolución de aprobación del mismo. Ciertamente, el borrador de concierto a firmar entre el S.A.S. y “X” reúne todos los extremos que el artículo 211 del R.G.C.E. prevé como contenido del Pliego de Cláusulas de Explotación, pero en ningún caso el contrato puede ser sustitutivo de aquel.

-No se especifica en el expediente el motivo que determina la contratación directa del concierto ni, en su caso, la causa que lo justifica.

C) **Las referencias contenidas en el expediente las Gerencias Provinciales del S.A.S.–**

El Decreto 208/1992, de 30 de diciembre, modificado por Decreto 155/1994, de 10 de marzo, estableció la nueva estructura orgánica básica de la Consejería de Salud y

del Servicio Andaluz de Salud.

Por lo que se refiere al S.A.S., el Decreto 208/1992 establece sus órganos superiores de gestión, pero no hace referencia alguna a las Gerencias Provinciales.

Por otro lado, el citado Decreto 208/1992, en su artículo 1.5, dispone lo siguiente:

> "En cada provincia, al frente de la Delegación Provincial de la Consejería de Salud, figurará un Delegado que asume, en el ámbito de su jurisdicción, la representación política y administrativa de la misma, así como las funciones que a los Gerente Provinciales del Servicio Andaluz de Salud les están atribuidas por el artículo 8 de la Ley 8/1986, de 6 de mayo, del Servicio Andaluz de Salud".

Por el Decreto 57/1994, de 1 de marzo, se establece la nueva Relación de Puestos de Trabajo de la Consejería de Salud y del S.A.S., adecuada a la estructura orgánica de ambas aprobada por el referido Decreto 208/1992.

El Decreto 57/1992 establece la Relación de Puestos de Trabajo (R.P.T.) en los servicios centrales de la Consejería de Salud, en sus Delegaciones Provinciales, y en los servicios centrales del Servicio Andaluz de Salud, pero no se prevé R.P.T. alguna en las Gerencias Provinciales del S.A.S.

Por su parte, la Disposición Adicional Primera del citado Decreto 57/1994 establece.

> "Por las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud se ejercitarán, en su respectivo ámbito territorial, las funciones que, hasta la entrada en vigor del Decreto 208/1992, de 30 de diciembre, correspondían a las Gerencias Provinciales del Servicio Andaluz de Salud".

De toda esta normativa vigente anteriormente expuesta se ha de concluir que las Gerencias Provinciales del S.A.S. han desaparecido como unidas administrativas orgánicas propias, al no tener puestos de trabajo adscritos y al haber asumido sus funciones las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud, sin perjuicio de las competencias que corresponden al Gerente Provincial del S.A.S. en virtud de la Ley 8/1986 (cuyas funciones igualmente asume el Delegado Provincial de la Consejería).

Por todo ello, entiende esta Intervención General que las referencias contenidas en el proyecto de concierto del expediente objeto del presente informe a las Gerencias Provinciales del S.A.S. deben suprimirse y realizarse, bien a los Gerentes Provinciales del S.A.S., bien a las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud.

D) **Conclusiones.-**

Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, este Centro Directivo pone de manifiesto que el expediente del S.A.S. correspondiente a "Propuesta de establecimiento de concierto singular con Entidad "X" para la prestación de asistencia sanitaria en el Hospital F.A.C. "Y" objeto del presente informe de fiscalización, adolece de los siguientes defectos:

-No se aporta informe técnico acreditativo de la óptima utilización de los recursos propios del S.A.S.

-No consta la elaboración y aprobación del anteproyecto de explotación.

-No se aporta el Pliego de Cláusulas de Explotación, debidamente informado y aprobado.

-No se especifica el motivo que determina la contratación directa del concierto ni, en su caso, la causa que lo justifica.

Por todo ello, en base al artículo 7.1. y 12 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía (R.I.J.A.), aprobado por Decreto 149/1988, de 5 de abril, relativos a la fiscalización previa o crítica, y en base al artículo 83 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de Andalucía (L.G.H.P.A.), referente a la fiscalización de la disposición de gastos, esta Intervención General formula **Nota de Reparos** del mencionado expediente.

Por otro lado, y al amparo del artículo 7.2 del R.I.J.A., se formula la siguiente observación: conforme a lo expuesto en el apartado C) del presente informe, entiende este Centro Directivo que las referencias y menciones contenidas en diversos documentos del expediente a las Gerencias Provinciales del S.A.S. deben sustituirse por referencias a los Gerentes Provinciales del S.A.S. o a las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Salud, según los casos.

INFORMES, DICTÁMENES Y SENTENCIAS

V. CONTRATACIÓN: OBRAS.

V.1. Informe de la Intervención General de la Administración del Estado, de 13 de abril de 1994, por el que se contesta a escrito en el que se solicita que se admita como recepción provisional de las obras de Seguridad e Higiene en un determinado Centro, la recepción realizada sobre la obra de contratación de dicho Centro.

V.2. Informe de la Intervención General de la Administración del Estado, de 10 de mayo de 1994, en el que se cuestiona si las modificaciones recogidas en una liquidación provisional pueden entenderse incluidas en una cláusula del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales.

V.3. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 8 de julio de 1994, sobre la toma de razón de endosos de cetificaciones de obras realizadas por empresa contratista que se encuentre en suspensión de pagos.

V.4. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 19 de julio de 1994, de fiscalización de una liquidación definitiva de una obra que modifica otra liquidación definitiva anterior que es revocaba,

V.5. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 25 de julio de 1994, sobre la contratación directa de una obra cuya primera licitación fue declarada DESIERTA.

V.6. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 10 de octubre de 1994, por el que se resuelve discrepancia en relación al abono por la Administración de las tasas por licencia urbanística al encontrarse la empresa contratista en suspensión de pagos.

V.7. Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 28 de julio de 1994, (Informe 10/94), sobre evaluación de costes indirectos e inclusión de partidas alzadas a justificar en conceptos de imprevistos en los contratos de obras.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, DE 13 DE ABRIL DE 1994

* CONTRATACIóN ADMINISTRATIVA.

– OBRAS.

– RECEPCIÓN PROVISIONAL DE LAS OBRAS DE SEGURIDAD E HIGIENE.

Se ha recibido en esta Intervención General, escrito de esa Dirección General, en el cual solicita que se admita como recepción provisional de las obras de Seguridad e Higiene en el Centro "X", la recepción realizada sobre la obra de construcción de dicho Centro "X".

En relación con la recepción provisional solicitada, en este Centro Fiscal constan los siguientes

ANTECEDENTES

Con fecha 8 de julio de 1991, tuvo entrada en esta Intervención General escrito de la Secretaría General "Y" solicitando la designación de un representante de este Centro fiscal, para que asistiera al acto de recepción provisional de las **obras de Seguridad e Higiene** en el Centro "X", adjudicadas a la empresa "Z", por importe de 44.749.000 ptas.

Con fecha 9 de julio de 1991, y en contestación a dicha solicitud, esta Intervención General Designó como representante a un Interventor de la Administración del Estado en…, asistido por un arquitecto de la Delegación de Hacienda de esta misma ciudad, dado que dichas obras no se habían incluido en el presupuesto de adjudicación de las obras de construcción del Centro "X".

El 29 de enero de 1992, se levanta acta de comparecencia por el Interventor designado y su facultativo asesor en la que se pone de manifiesto que "una vez reunidos, no pudo comprobarse la realidad física de las mismas ni su ejecución, toda vez que las instalaciones analizadas según declaraciones de la dirección de obras, ya habían sido retiradas".

Con fecha 28 de abril de 1992, se recibe el escrito de V.I. anteriormente mencionado, en el que se pone de manifiesto que, una vez "personado el interventor, éste se negó a realizar dicha recepción por no existir elementos a recibir", debido a que "por

error" no se solicitó la designación de representante al tiempo que la obra principal; pero, dado que "lo ejecutado con arreglo al citado estudio eran medidas de protección y seguridad individuales y colectivas a establecer durante la ejecución de la obra y que a su finalización desaparecen por completo", se ruega que se admita como recepción del **estudio de Seguridad e Higiene** la recepción realizada sobre la obra a que el mismo hace referencia.

Del contenido del escrito recibido parece deducirse lo siguiente.

CUESTIÓN

Determinar si pueden entenderse incluidas las obras de Seguridad e Higiene en el Centro "X", en la obra principal de construcción de dicho Centro, recibida provisionalmente según consta en acta, el día 29 de julio de 1991.

Para la solución de la cuestión planteada esta Intervención General estima necesario efectuar las siguientes

CONSIDERACIONES

Como puede apreciarse, de los antecedentes anteriormente expuestos, existe una contradicción entre las alegaciones efectuadas por V.I. en su escrito, y las actuaciones registradas en este Centro fiscal, puesto que a esta Intervención General se solicitó la designación de un representante para que asistiera a la recepción provisional de un contrato de obras y, en concreto, **"obras de Seguridad e Higiene** en el Centro "X", mientras que V.I. se refiere a la recepción provisional del **"estudio de Seguridad e Higiene** de las obras de construcción" de dicho Centro.

No obstante, del análisis de los antecedentes que obran en esta Intervención General, se desprende que la recepción controvertida se refiere a las obras de Seguridad e Higiene, realizadas en aplicación de dicho estudio.

Esta puntualización resulta necesaria, ya que la intervención de la comprobación material de una inversión se realiza de acuerdo con la naturaleza y características de la prestación que se debe recibir por la Administración.

El estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo se encuentra regulado en el Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero, el cual, además de exigir la obligatoriedad de que dicho estudio forme parte del proyecto de ejecución de obra (para obra pública o privada, de nueva planta, ampliación, reforma, reparación e incluso demolición), establece su forma de elaboración y aplicación.

Los artículos 2 y 3 de dicho Real Decreto anteriormente citado disponen que el estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo recogerá todas las medidas preventivas adecuadas a los riesgos que conlleve la realización de la obra, así como los derivados de los trabajos de reparación, conservación, entretenimiento y mantenimiento, desarrollándose en cinco documentos mínimos, entre los cuales se encuentra el presupuesto,

que se incorporará al presupuesto general de la obra como unidad independiente.

El contratista está obligado a elaborar un plan de Seguridad e Higiene en el Trabajo en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen en función del propio sistema de ejecución de las obras las previsiones contenidas en el citado estudio. En dicho plan se incluirán, en su caso, las propuestas de medidas alternativas de prevención que proponga la empresa adjudicataria con la correspondiente valoración económica, que no podrá implicar una variación del presupuesto aprobado para las mismas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4º del Real Decreto 55/1986, que se viene analizando.

Según se deduce de los preceptos citados, el estudio sólo constituye un documento donde se recogen los medios y medidas de prevención que se proponen para evitar los posibles riesgos que pueden conllevar la ejecución de una obra, pero no supone todavía la realización o instrumentación física de dichas medidas.

Por consiguiente, la recepción provisional que se cuestiona no tiene por objeto el "estudio de Seguridad e Higiene de las obras del Centro "X" sino las "obras de Seguridad e Higiene" de dicho Centro, previstas en el estudio anteriormente mencionado, y que se han concretado en un plan elaborado por el contratista.

Una vez realizada la puntualización anterior, debe tenerse en cuenta que la intervención de la comprobación material de la inversión constituye una modalidad de la función interventora, cuyo ejercicio se atribuye a esta Intervención General por el artículo 16 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria y, según lo dispuesto en el artículo 93.2.d) de este mismo texto legal, tiene como finalidad verificar la aplicación o empleo de las cantidades destinadas a obras, suministros, adquisiciones y servicios mediante el examen o inspección física de los bienes u objetos en que se haya materializado la inversión.

Asimismo, la legislación de Contratos del Estado establece que, al acto de recepción provisional del contrato de obras, deberá asistir un representante de este Centro Fiscal en sus funciones de "fiscalización de la inversión", siendo obligatoria su presencia cuando se trate de obras de importante superior a 50.000.000 pesetas y potestativa en los demás casos. El resultado de esta recepción provisional se acredíta mediante un acta que se debe extender en ejemplar triplicado que deberán firmar todas las personas que hayan asistido a dicho acto.

Por consiguiente, el Interventor que asiste al acto de recepción provisional debe comprobar que la obra existe y que se ha realizado conforme a las condiciones generales y particulares previamente establecidas en el contrato, consignando su opinión en un informe o en la propia acta que se levante para acreditar su resultado.

Las obras para la construcción de instalaciones provisionales de Seguridad e Higiene deben estar incluidas en el estudio de Seguridad e Higiene y presupuestadas en su correspondiente presupuestos, formando parte del presupuesto de ejecución de obra, según se analizaba anteriormente, de manera que, una vez adjudicado el contrato y determinado el presupuesto de adjudicacíón, constituyen una parte de inversión total realizada por la Administración, que debe ser objeto de comprobación material.

No obstante, al efectuar la comprobación material de la inversión debe tenerse en cuenta que los medios y medidas de Seguridad e Higiene en el Trabajo son gastos físicamente identificables y deben distinguirse de las unidades de obra del proyecto de ejecución. A este respecto, el artículo 9.1 del Real Decreto 555/1986, de 21 de febrero, dispone: "El abono de las partidas presupuestarias en el estudio de Seguridad e Higiene, y concretadas en el Plan de Seguridad e Higiene de la obra, lo realizará la propiedad de la misma al contratista, previa certificación de la Dirección facultativa, expedida **conjuntamente** con las correspondientes a las demás unidades de obras realizadas". Por ello las certificaciones de obra a favor del contratista han de diferenciar qué importes deben imputarse a las unidades de obra y cuáles deben imputarse a las medidas de seguridad e higiene que estas unidades llevaban como accesorias.

Por consiguiente, las obras de Segundad e Higiene pueden recibirse con la obra de ejecución principal, si bien, debe quedar acreditado en el acta de recepción que se levante que se reciben conjuntamente.

No obstante, en el presente caso, estas obras no se han incluido en el acta de recepción de la obra de ejecución principal levantada el 29 de julio de 1992, por lo que no puede considerarse que este acta justifique su realización.

Asimismo, dado el carácter de provisionalidad de estas obras, y su distinto plazo de terminación, puesto que, según consta en el escrito de solicitud de designación de representante de esta Intervención General, deberán haberse terminado el 6 de junio de 1989; de acuerdo con el artículo 170, párrafo segundo del Reglamento General de Contratos del Estado, en virtud del cual: "Podrán ser objeto de recepción provisional aquellas parte de obra que deban ser ejecutadas en los plazos parciales establecidos en el contrato", las obras de Seguridad e Higiene en el Centro "X" constituían gastos físicamente identificables diferentes de la obra de ejecución principal y deberían haberse recibido con anterioridad a éstas.

De las consideraciones anteriormente expuestas esta Intervención General llega a la siguiente

CONCLUSIÓN

Las obras de Seguridad e Higiene en el Centro "X" no pueden entenderse recibidas, al no encontrarse incluidas en la obra de construcción principal, puesto que la comprobación material de aquellas tenía por objeto verificar la existencia real de los medios y medidas de seguridad tanto individuales como colectivas en el estudio de Seguridad e Higiene y concretadas en el plan de aplicación del mismo, constituyendo gastos físicamente identificables diferentes de la obra de ejecución principal.

Consecuentemente, esta Intervención General entiende que en la actualidad no es posible efectuar la comprobación material de la inversión, al no existir las obras de Seguridad e Higiene a recibir, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 30 del Reglamento de 3 de marzo de 1925, en el que se hace constar que "los Ordenadores de Pagos se abstendrán de expedir ningún libramiento en firme y los Interventores de intervenirlos si, siendo preceptiva, no consta en el expediente que

ha tenido lugar la comprobación de la inversión".

Por tanto, el Interventor Delegado en el Ministerio de Justicia no podrá fiscalizar favorablemente el reconocimiento de las obligaciones reseñadas, debiendo formular reparo, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 30 del Reglamento de 3 de marzo de 1925 en relación con el artículo 97.d) del texto refundido de la Ley General Presupuestaria.

No obstante, de conformidad con el mismo párrafo tercero del artículo 30 del Reglamento de 3 de marzo de 1925, en relación con el artículo 98.1 del texto refundido de la ley General Presupuestaria, si ese Departamento no se mostrase conforme con el reparo formulado, podrá elevar el expediente en discrepancia a la consideración del Consejo de Ministros.

Si el Ministro de ese Departamento acordara someter las actuaciones a la decisión del Consejo de Ministros, se recuerda el contenido del Decreto 493/1967, de 3 de marzo, que deberá comunicarlo al Ministro de Economía y Hacienda, por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado, con cinco días, por lo menos de antelación, a la reunión de dicho Consejo en que el asunto haya de ser objeto de deliberación.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, DE 10 DE MAYO DE 1994

* CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

– OBRA.

– LIQUIDACIóN PROVISIONAL. POSIBILIDAD DE INCLUIR EN LA MISMA DETERMINADAS OBRAS YA EJECUTADAS.

Se ha recibido en este Centro fiscal expediente relativo a la liquidación provisional de las obras de "CONSTRUCCIÓN DE 6 UNIDADES DE ENSEÑANZA GENERAL BÁSICA EN LA LOCALIDAD DE "X" que V.I., al amparo de lo establecido en el artículo 98.1. a) del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, somete a resolución de esta Intervención General de la Administración del Estado en discrepancia con los reparos formulados por la Intervención Territorial..., con ocasión de la fiscalización previa limitada de la liquidación de referencia.

Examinadas las actuaciones recibidas, se ponen de manifiesto los siguientes:

ANTECEDENTES

Las obras, previa fiscalización favorable de dicha Intervención Territorial, de fecha 27 de julio de 1990, fueron adjudicadas en el mes de febrero de 1991, a la Empresa "Y" en la cantidad de 56.511.880 pesetas.

Con fecha 18 de febrero de 1992, se llevó a cabo el acto de recepción provisional de las obras, según acta levantada al efecto en la que se hace constar que la Comisión Receptora acuerda recibirlas provisionalmente "por encontrarlas ejecutadas de acuerdo con el proyecto aprobado".

Previa la medición general y definitiva, se procedió a practicar la liquidación provisional de las obras realmente ejecutadas, según establece el artículo 172 del Reglamento General de Contratación, y, una vez calculada la valoración de la obra resultante de dicha medición tomando como base las condiciones económicas establecidas en el contrato, resultan los siguientes datos de liquidación:

I. OBRA

-Valoración líquida obra ejecutada ..... 62.163.033 ptas.-
-Presupuesto vigente..... 56.511.880 ptas.-

Adicional de liquidación .....5.651.153 ptas.-

II. LIQUIDACIÓN AL CONTRATISTA

-Importe obra realmente ejecutada ..... 62.163.033 ptas.
-Certificaciones abonadas ..... 56.444.760 ptas.

Obra pendiente de certificar..... 5.718.273 ptas.

-Incremento IVA (12 al 15 por 100)..... 153.166 ptas.

SALDO A FAVOR DE CONTRATISTA..... 5.871.439 ptas.

El reseñado "adicional de liquidación", por importe de 5.651.153 ptas., según se indica, resulta del exceso de medición de las unidades de obra realmente ejecutadas sobre las previstas en las cubicaciones del proyecto y representan un íncremento del 9,99 por 100 sobre el presupuesto de adjudicación del contrato.

La liquidación que antecede fue informada favorablemente por la Sección de Liquidaciones y Obras de la Subdireccíón General de Proyectos y Construcción de la Junta de Construcciones, Instalaciones y Equipo Escolar del Departamento, con fecha 31 de mayo de 1993, en el ejercicio de sus funciones de Oficina de Supervisión de Proyectos.

El Interventor Regional, con fecha 20 de agosto de 1993, con ocasíón de la fiscalización previa limitada del gasto adicional propuesto, considera que el mismo corresponde a modificaciones del proyecto de obra y no a simples diferencias de medición, carentes de aprobación por el órgano de contratación y de fiscalización previa del gasto; toda vez que, entiende, no pueden ser recogidas en la liquidación que se practica con la cobertura de la cláusula 62 del Pliego de cláusulas administrativas generales, modificaciones del proyecto que suponen, por ejemplo, incrementos del 40% del capítulo "Movimientos de tierras", 132% del de "Cimentación", 15% del "Estructura", y/o poner solera en 224,76 m^2 existiendo en proyecto sólo 24,18 o instalar 524,15 m^2 de aislante, estando previsto en presupuesto 6,76 m^2. Ello, a juicio de la Intervención Regional, implica defectos, imprevisiones o errores del proyecto original -que debieron ser detectados en la confección, supervisión o replanteo- o bien, modificaciones introducidas en la ejecución del mismo sin la preceptiva autorización del proyecto modificado que debió ser tramitado. Por lo cual, estima que, según se deriva de las actuaciones, se ha realizado un gasto sin fiscalización previa y, por tanto, el expediente se encuentra incurso en la situación que contempla el artículo 25 del Reglamento de 3 de marzo de 1925, pudiendo el titular del Departamento, si lo considera conveniente, acordar que se someta lo actuado a la decisión del Consejo de Ministros para que adopte, en vista de ello, la resolución a que hubiera lugar.

Por su parte, el Director Provincial de Educación y Ciencia de..., en escrito de fecha 21 de diciembre de 1993, considera que la liquidación cumple las limitaciones

previstas en la cláusula 62 del Pliego de las administrativas generales para contratación de obras del Estado, y expone su discrepancia con los criterios del Interventor Regional, en los siguientes términos:

1º Las modificaciones se han producido únicamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las cubicaciones del proyecto, no apareciendo ninguna partida de obra nueva.

2º Las modificaciones no representan un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio del contrato, sin que la citada cláusula 62 establezca que tenga que existir tope alguno en el exceso puntual de una partida concreta, sino en el conjunto de todas ellas.

El Arquitecto Jefe de la Unidad Técnica de la Dirección Provincial, en informe ampliatorio de fecha 8 de marzo pasado, solicitado por esta Intervención General, manifiesta que el incremento de las unidades de obra en los Capítulos "Movimientos de tierras" y "Cimentación" son consecuencia de que el firme se encontró a mayor profundidad de lo previsto en el proyecto, lo cual, produjo un mayor volumen de excavación, transporte de tierras y de hormigón. En el Capítulo de "Estructura" justifica el mayor volumen de hormigón armado en vigas y zunchos, por haber sído cambiadas las direcciones de vigas y de forjados por recomendación de la empresa de Control de Calidad, para aplicación de la nueva norma EH-91. El resto de los incrementos en diversos capítulos, según dicho informe, son debidos a bajas mediciones del proyecto.

En base a los antecedentes expuestos, esta Intervención General estima que debe resolverse la siguiente

CUESTIÓN

Si las modificaciones recogidas en la liquidación provisional, pueden entenderse incluidas en las cláusula 62 del Pliego de cláusulas administrativas generales.

Con el fin de dar respuesta a la cuestión planteada, este Centro fiscal estima oportuno formular las siguientes:

CONSIDERACIONES

1) La cláusula 62 del Pliego de cláusulas administrativas generales, aprobado por el Decreto 3854/1970 de 31 de diciembre, establece:

"Ni el contratista ni el Director podrán introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato sin la debida aprobación de aquellas modificaciones y del presupuesto correspondiente. Exceptuándose aquellas modificaciones que, durante la correcta ejecución de la obra, se produzca únicamente por variación en el número de *unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las cubicaciones del proyecto,* las cuales podrán ser recogidas en la liquidación provisional, *siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio del contrato",*

Es decir, la cláusula transcrita permite, con carácter excepcional, la inclusión de modificaciones del proyecto en la liquidación de las obras, siempre que rigurosamente cumplan las siguientes limitaciones:

a) La variación sólo es posible respecto de unidades de obra previstas; es decir, se pueden sobrepasar el número de proyectadas, pero no variar su naturaleza (pueden ser más, pero no otras).

b) El incremento del gasto no puede sobrepasar el 10 por 100 del precio del contrato.

Según expone el Director Provincial de Educación y Ciencia de... en su escrito, de fecha 21 de diciembre de 1993, en el caso que nos ocupa se cumplen las anteriores limitaciones, y el Arquitecto jefe de la Unidad Técnica acredita en su informe, de fecha 8 de marzo pasado, que las modificaciones producidas son de la misma naturaleza que las proyectadas y que, en todo momento, fueron conocidas por la Dirección de la obra y por la Administración contratante, es decir consistieron su ejecución.

2) El Interventor Regional entiende que dichas modificaciones no pueden ser recogidas en la liquidación dado el elevado porcentaje del incremento del número de algunas unidades de obra en relación con las cubicaciones del proyecto original, que implican la existencia de defectos, imprevisiones y/o errores del proyecto que debieron ser incorporados al expediente modificado que debió ser tramitado (artículos 146 y ss. del RGC).

Este Centro fiscal comparte con el Interventor que existieron errores a la hora de elaborar el proyecto, toda vez que aparecen algunas unidades de obra insuficientemente cubicadas y valoradas, circunstancia confirmada en su informe por el Ingeniero Jefe de la Unidad Técnica. Por lo cual, es preciso analizar el alcance y repercusión de dichos errores en la ejecución del contrato, atendiendo la naturaleza de los mismos, toda vez que la Intervención Regional considera que debieron ser objeto de tramitación, en su día, de la correspondiente modificación del proyecto.

De los informes técnicos obrantes en el expediente, y de la propia liquidación provisional practicada, se desprende que el proyecto aprobado contenía algunas unidades de obra que, en la práctica de su ejecución, resultaron estar insuficientemente cubicadas causando el exceso observado; si bien, la valoración de la medición final de las mismas representa un incremento del presupuesto inferior al 10 por 100 del precio del contrato.

De acuerdo con la cláusula 62 anteriormente transcrita, en tal supuesto, las variaciones resultantes pueden ser recogidas en la liquidación provisional de las obras, y seguidamente establece:

“No obstante, cuando posteriormente a la producción de algunas de estas variaciones hubiere necesidad de introducir en el proyecto *modificaciones de otra naturaleza,* habrán de ser recogidas aquellas en la propuesta a elaborar, sin esperar para hacerlo a la liquidación provisional de las obras”.

Del anterior principio resulta claramente definido que no es preciso el trámite de modificación de un proyecto cuando se observe la existencia de mayor número de unidades de obra a ejecutar, -siempre que no representen un incremento de presupuesto superior al 10 por 100-, debiendo esperar a ser recogidas en la liquidación provisional. Solamente si fuese preciso reformar el proyecto por la necesidad de introducir unidades de obra de naturaleza distinta a las contenidas en el primitivo, aquellas variaciones deben ser integradas en el proyecto modificado; circunstancia que no se ha dado en el caso que nos ocupa.

Por otra parte, el alto porcentaje en el incremento del número de algunas unidades de obra, puesto de manifiesto por la Intervención Regional, a juicio de este Centro, tampoco es motivo de tramitación de proyecto modificado, pues, como indica el Director Provincial la cláusula 62 no contempla limitación alguna al efecto, sino únicamente que la variacíón del presupuesto del contrato no sobrepasa al 10 por 100, circunstancia que no se da en el presente caso, aunque se aproxime. A este respecto el Servicio Jurídico del Estado, en informe de fecha 20 de octubre de 1993, emitido a petición del órgano de contratación manifiesta: "…siguiendo los criterios de interpretación de las normas recogidas en el artículo 3.1 del Código Civil, parece claro que el porcentaje recogido en la cláusula 62 va referido no al precio de una unidad aislada de obra sino al precio total del contrato".

3) Por último, esta Intervención General considera oportuno manifestar que se observa error en el gasto propuesto por incremento del IVA del 12 al 15 por 100, toda vez que haya que tener en cuenta que dicho impuesto se devenga en el momento de la entrega del bien; por lo cual, al haber tenido lugar la recepción provisional de las obras el día 18 de febrero de 1992, el tipo general aplicable debe ser el vigente en dicha fecha, es decir el 13 por 100, de acuerdo con la Ley 31/1991 de 30 de diciembre.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, esta Intervención General de la Administración del Estado:

RESUELVE

La discrepancia planteada en favor del centro gestor, entendiendo, que el exceso de medición por variación en el número de unidades de obra realmente ejecutadas sobre las previstas en las cubicaciones del proyecto de referencia, pueden ser recogidas en la liquidación provisional de las obras, conforme a lo establecido en la cláusula 62 del Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras el Estado, aprobado por el Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCíA, DE 8 DE JULIO DE 1994

* CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

– OBRA.

– TOMA DE RAZÓN DE ENDOSOS DE CERTIFICACIONES DE OBRAS REALIZADAS POR EMPRESAS CONTRATISTAS QUE SE ENCUENTRAN EN SUSPENSIÓN DE PAGOS.

En fecha 28 de junio de 1994 se ha recibido en esta Intervención General su escrito la misma fecha por el que se formula consulta sobre la procedencia o no de realizar la toma de razón de los endosos de dos certificaciones núms. 2 y 3 del contrato de obras "Ampliación de 6 de Unidades e Instalaciones Complementarias en el "X".

A la vista de la documentación del expediente se formulan las siguientes:

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Los antecedentes del expediente son los siguientes:

1º) En fecha 23 de diciembre de 1992 se celebra contrato entre la Dirección General de Construcciones y Equipamiento Escolar de la Consejería de Educación y Ciencia y la entidad mercantil "Y" cuyo objeto era la ejecución de las obras de "Ampliación de 6 unidades e Instalaciones Complementarias en "X", por un precio de 82.100.499.- ptas.

2º) Durante la ejecución de la obra se emitieron las correspondientes certificaciones, quedando aun pendientes de pago las siguientes:

– Certificación núm. 2, emitida en fecha 26/2/93, por importe de 2.588.762.- ptas.

– Certificación núm. 3, emitida en fecha 30/3/93, por importe de 9.941.285.- ptas.

– Certificación núm. 4, emitida en fecha 30/4/93, por importe de 1.341.108.- ptas.

– Certificación núm. 5, emitida en fecha 30/5/93, por importe de 3.335.420.- ptas.

3º) Según consta en las propias certificaciones núms. 2 y 3, en fechas 25/3/93 y

19/4/93, respectivamente, las mismas fueron endosadas por “Y” al Banco Bilbao Vizcaya.

4º) Asimismo, las certificaciones núms. 4 y 5, en fechas 30/4/93 y 30/5/93, respectivamente, fueron endosadas por “Y” al Banco Español de Crédito.

5º) En fecha 30/7/93, la Intervención Provincial de la Delegación de la Consejería de Economía y Hacienda de Granada tomó razón de los endosos de las certificaciones núms. 4 y 5.

6º) En fecha 22 de septiembre de 1993, el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla competente dicta Providencia por la que se tiene por presentada la solicitud de declaración del estado de suspensión de pagos de la entidad “Y”.

7º) En fecha 24 de noviembre de 1993, los Interventores de la suspensión de pagos nombrados por la anterior Providencia comparecen ante el Servicio de obras y Patrimonio de la Dirección General de construcciones y Equipamiento Escolar de la Consejería de Educación y Ciencia, a los efectos de personarse en el procedimiento del expediente de resolución del contrato de obras.

8º) Por escrito de fecha 10 de marzo de 1994, reiterado en fecha 20 de abril, esa Dirección General formula consulta a esta Intervención General sobre si son válidos y se aceptan los endosos de las certificaciones núms. 4 y 5 del mencionado contrato de obras.

9º) Por escrito de esta Intervención General de fecha 26 de mayo de 1994 se emite Informe en contestación a la anterior consulta. En este informe se manifiesta que la toma de razón de los endosos de las certificaciones núms. 4 y 5 es válida aunque haya sido realizada no por el órgano gestor sino por la Intervención Provincial. Por otra parte, se declara en el Informe que la determinación de si las certificaciones han de abonarse al contratista endosante o al endosatario dependerá del momento en que la Administración haya tenido conocimiento de la suspensión de pagos; en el caso concreto, al ser las tomas de razón de los endosos de fecha anterior, no sólo al conocimiento por la Administración de la suspensión de pagos, sino a la propia resolución judicial en que se tiene por presentada la solicitud, se concluye que las certificaciones núms. 4 y 5 habrán de ser abonadas a la entidad cesionaria en virtud de los endosos.

10º) Por otro lado, en fecha 30 de julio de 1993 el Arquitecto Director de las Obras emite informe en el que hace constar el ritmo lento de las obras y el incumplimiento del plazo de ejecución. A la vista de este Informe, por Resolución del Consejero de Educación y Ciencia de fecha 27 de septiembre de 1993 se acuerda la iniciación del expediente de resolución del contrato de obras, con la adopción de las medidas provisionales oportunas.

11º) Por resolución del Consejero de Educación y Ciencia de fecha 12 de abril de 1994, previa la tramitación del oportuno expediente anteriormente mencionado, se acuerda la resolución del contrato de obras “Ampliación de 6 Unidades e Instalaciones Complementarias en “X”, siendo la causa de resolución imputable el incum-

plimiento de las cláusulas del contrato (pues la petición por parte del contratista de la deciaración judicial de la situación legal de suspensión de pagos es posterior en el tiempo). Asimismo se acuerda la aprobación de la liquidación única y final con un saldo a favor de la Administración de 63.627.839.- pesetas por obra no ejecutada y un saldo de 1.266.085 ptas., a favor de la empresa contratista por obra ejecutada y no certificada, estando pendientes de abono las certificaciones núms. 2, 3, 4 y 5, se incauta al contratista la fianza depositada el 18/12/92 por importe de 3.893.325.- pesetas, y finalmente, se acuerda la iniciación del expediente de valoración de daños y perjuicios causados a la Administración por la resolución del contrato.

12º) En fecha 28 de junio de 1994 se ha recibido en este Centro Directivo escrito de esa Dirección General de la misa fecha por el que se formula nueva consulta sobre la procedencia o no de realizar la toma de razón de los endosos de las certificaciones núms. 2 y 3 de la obra mencionada, escrito que da lugar al presente Informe.

SEGUNDA.- La cuestión que se plantea en la presente consulta es si la Administración puede tomar razón de los endosos de certificaciones cuando ya ha tenido conocimiento de la resolución judicial por la que se tiene por presentada la solicitud de la suspensión de pagos de la entidad endosante.

Para resolver esta cuestión, lo fundamental es determinar el momento en que se presentan los endosos ante la Administración para su toma de rezón por ésta:

a) Endoso presentados a la Administración para su toma de razón antes de que tuviera conocimiento de la resolución judicial.

En este caso, la Administración debe tomar razón de los endosos, aún en el momento actual.

Ello es lógico, pues si los endosos se presentaron a la Administración, y por causa no imputable al endosante ni al endosatario, aquella no procedió a tomar razón de los mismos en su momento, alegar en la fecha presente que no se puede tomar razón de los endosos como consecuencia de la suspensión de pagos del endosante supondría causar un perjuicio a terceros derivado de una actuación negligente de la Administración (no haber tomado razón de los endosos en su momento).

b) Endosos presentados a la Administración para su toma de razón con posterioridad a que aquélla tuviera conocimiento de la resolución judicial.

Conforme a lo dispuesto en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, una vez dictada la providencia judicial por la que se tiene por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos y en la que se designan los Interventores, todas las operaciones de la persona o entidad suspensa quedarán intervenidas; corresponde a estos Interventores, entre otras funciones “intervenir todas las operaciones que el suspenso puede hacer con arreglo a la Ley” (artículo 5. 2º Ley 26/7/22).

Es decir, si la certificación endosada se presenta para su toma de razón después de que la Administración haya tenido conocimiento de la resolución judicial, no podrá

aceptar el endoso y, por tanto, no podrá tomar razón del mismo si dicho endoso no está debidamente intervenido por los Interventores judiciales de la suspensión de pagos.

TERCERA.- En el supuesto objeto de la presente consulta, los endosos de las certificaciones núms. 2 y 3 tienen fecha de 25 de marzo y 19 de abril de 1993, respectivamente.

Por su parte, la Providencia del Juzgado de Primera Instancia por la que se tiene por solicitada la declaración del Estado legal de suspensión de pagos y se designan los Interventores es de fecha 22 de septiembre de 1993.

Y los Interventores judiciales comparecen ante la Administración a efectos de personarse en el expediente de resolución del contrato de obras en fecha 24 de noviembre de 1993.

Así pues, en principio, los endosos de las certificaciones núms. 2 y 3 son de fecha anterior no sólo al momento en que la Administración tuvo conocimiento de la providencia judicial sino a la fecha de la misma resolución judicial. Por tanto y conforme a lo expuesto en la Consideración anterior, la Administración debería tomar nota de razón de los endosos.

Sin embargo, es necesario precisar que, a estos efectos, la fecha que la Administración ha de tener en consideración para tomar razón de los endosos no es la que consta en la certificación como fecha del endoso entre la empresa contratista endosante y la entidad endosataria, sino la fecha en que le fueron presentados para su toma de razón, en base a lo dispuesto en el artículo 1227 del Código Civil, según el cual "la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros, sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio".

Finalmente, no le consta a este Centro Directivo la fecha en que fueron presentados ante la Administración los endosos de las certificaciones núms. 2 y 3 de la obra para su toma de razón.

CUARTA.- En conclusión, y contestando a la consulta planteada, en relación con los endosos de las certificaciones, núms. 2 y 3 de la obra "Ampliación de 6 Unidades e Instalaciones Complementarias en "X", se manifiesta los siguiente:

1º) Si los endosos de las certificaciones fueron presentados a la Administración para su toma de razón antes de la fecha en que ésta conoció la providencia judicial por la que se tiene por solicitado el estado legal de suspensión de pagos, y no se procedió a tomar razón de los endosos por causa no imputable al endosante o al endosatario, la Administración deberá tomar razón de los endosos.

2º) Si los endosos de las certificaciones fueron presentados a la Administración después de que ésta conociera la suspensión de pagos, la Administración no podría proceder a tomar razón de los mismos sin que dicha operación de endoso esté debidamente intervenida por los Interventores judiciales.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCíA, DE 19 DE JULIO DE 1994

* CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

– OBRA.

– LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DE UNA OBRA QUE MODIFICA OTRA LIQUIDACIÓN DEFINITIVA ANTERIOR QUE ES REVOCADA.

Se ha recibido en esta Intervención General para su fiscalización, expediente de la Consejería de Obras Públicas y Transportes correspondiente a la Liquidación Definitiva. Modificación Núm. 2. Obra "X" que genera un adicional líquido de 2.567.587.- ptas.

La citada Liquidación Definitiva se propone financiar con arreglo al siguiente cuadro:

APLICACIÓN PRESUPUESTARIA	CÓDIGO PROYECTO	IMPORTE
0.1.14.00.17.00.617.01.41B.0	1993.008683	2.567.587.-

Dicho expediente se somete a informe de este Centro Directivo a tenor de los dispuesto en el artículo 72.1.b.) del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía (R.I.J.A.), aprobado por Decreto 149/1988, de 5 de abril.

Examinadas las actuaciones comprensivas del expediente, se formulan las siguientes:

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Los hitos fundamentales que se han experimentado en la tramitación del presente expediente son los siguientes:

-En fecha 24/10/84 se licitaron las obras "X".

-En fecha 24/11/84 fueron adjudicadas las obras a la empresa "Y", por un importe líquido de 687.110.031.- pesetas, lo que produjo un coeficiente de adjudicación de 0'571086137.

-En fecha 24/1/85 se firmó el Acta de Replanteo, comenzando las obras el día

25/1/85. Las obras tenían prevista un plazo de ejecución de 30 meses.

-En fecha 19/12/85 se aprueba la Modificación Núm. 1 de las obras, que generó un adicional líquido por importe de 81.777.604.- pesetas más 29.714.466.- pesetas por aplicación del I.V.A., sin que se amplíe su plazo de ejecución.

-En fecha 8/6/87 se aprueba la Modificación Núm. 2 de las obras, que generó un adicional líquido de 55.347.542.- pesetas más 3.689.836.- pesetas de I.V.A., es decir, un total de 59.037.378.- pesetas, sin que tampoco se ampliara su plazo de ejecución.

-En fecha 25/7/87 finalizaron las obras teniendo en ese momento un presupuesto vigente de 857.639.479.- pesetas.

-En fecha 19/12/88 se firma el acta de recepción provisional, aprobándose en fecha 7/11/89 la Liquidación Provisional por un importe total líquido de 956.994.114.- pesetas.

-En fecha 4/7/90 se firma el acta de recepción definitiva, y en fecha 12/2/92 se aprueba la Liquidación Definitiva, por el mismo importe que la Liquidación Provisional, con lo que no se genera adicional ni saldo alguno.

-Con posterioridad, el Servicio de Carreteras de la Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Obras Públicas y Transportes observa un error en la determinación del saldo de liquidación, originado por un error en la Certificación núm. 30 debido a que se le aplicó un I.T.E. del 5% y no un I.V.A. del 12%. En consecuencia, la Liquidación Definitiva no tendría un saldo de 0.- pesetas, sino que generaría un adicional de 2.567.587.- pesetas, saldo a favor del contratista.

-Presentando, para su fiscalización, el nuevo expediente de Liquidación Definitiva por el saldo de 2.567.587.- pesetas a la Intervención Delegada de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, ésta, en fecha 13/5/94, emite nota de reparos en base a que en tanto no se revisa o revoque el acto de aprobación de la Liquidación Definitiva de 12/2/92 “no podrá tramitarse nuevo expediente de Liquidación”; asimismo, se manifiesta que la competencia para la fiscalización del expediente corresponde a la Intervención General.

-En fecha 25/5/94 la Dirección General de Infraestructura y Servicios del Transporte dicta Resolución de Revocación de la Liquidación Definitiva de las Obras y de Aprobación de nueva Liquidación Definitiva que genera un adicional líquido de 2.567.587.- pesetas.

-En fecha 7/7/94 se remite el expediente a este Centro Directivo para su fiscalización, lo que genera el presente informe.

SEGUNDA.- La Revisión o Revocación de Oficio de los actos de las Administraciones Públicas se regula por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el Capítulo I del Título VII, artículos 102 a 106.

El artículo 102 regula la revisión de los actos nulos; el artículo 103 regula la revisión de los actos anulables declarativos de derechos, distinguiendo según concurran o no las circunstancias previstas en su apartado 1; el artículo 105.1 regula la revocación de los actos no declarativos de derechos y los de gravamen; y el artículo 105.2 se refiere a la rectificación de los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en los actos administrativos.

TERCERA.- En el expediente objeto del presente informe, se ha producido la revocación de un acto, en concreto, la revocación del acto de fecha 12/2/92 de aprobación de la Liquidación Definitiva de unas obras.

No consta en el expediente que en la presente revocación se hayan seguido los trámites establecidos en el artículo 102 ni en el artículo 103 de la Ley 30/1992.

Es decir, parece que la Dirección General de Infraestructura y Servicios del Transporte ha considerado que el acto de aprobación de la Liquidación Definitiva que se revoca, o bien no es acto declarativo de derechos (art. 105.1), o bien en el mismo se ha padecido un error material, de hecho o aritmético (art. 105.2), y, por tanto, que no sería necesario trámite especial alguno para proceder a su revocación.

CUARTA.- En lo que se refiere a la posibilidad de que en el acto revocado se haya padecido un error material, aritmético o de hecho, considera esta Intervención General que no cabe entenderlo así, pues la modificación en el importe de la Certificación núm. 30 -que es lo que origina la nueva Liquidación Definitiva- se debe a la aplicación de la Ley reguladora del I.V.A., que entró en vigor el 1/1/86.

En todo caso, es preciso señalar que la modificación en el importe de la certificación del I.V.A. pudo haberse tenido en cuenta al aprobarse la referida Certificación núm. 30 (el 30/6/87), al aprobarse la Liquidación Provisional (el 7/11/89) y al aprobarse la Liquidación Definitiva (el 12/2/92), y todas estas actuaciones contaron con la conformidad de la Administración contratante, de la dirección de obras y de la empresa contratista.

QUINTA.- Por otra parte, a esta Intervención General se le plantean serias dudas sobre si el acto de fecha 12/2/92 por el que se aprobó la Liquidación Definitiva puede calificarse o no como un “acto declarativo de derechos” y, en caso afirmativo, la revocación del mismo debería seguir los trámites establecidos en el artículo 103 de la ley 30/1992.

Esto es algo que en el presente expediente no se plantea, y no existe informe alguno que aborde dicha cuestión.

SEXTA.- En congruencia con lo expuesto anteriormente, esta Intervención General considera que no puede pronunciarse sobre la fiscalización de la nueva Liquidación Definitiva presentada en tanto no se aporte al expediente informe de la Asesoría Jurídica competente sobre la cuestión planteada relativa a los trámites a seguir en la revisión o revocación del acto de aprobación de la anterior Liquidación Definitiva de fecha 12/2/92.

En consecuencia, se procede a devolver, sin fiscalizar, el expediente de la Con-

sejería de Obras Públicas y Transportes correspondiente a la Liquidación Definitiva. Modificación núm 2 de la obra “X”.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCíA, DE 25 DE JULIO DE 1994.

* CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

– OBRA.

– CONTRATACIóN DIRECTA DE UNA OBRA CUYA PRIMERA LICITACIÓN FUE DECLARADA DESIERTA.

En fecha 30 de junio de 1994 se ha recibido en esta Intervención General su escrito de fecha 20 de junio por el que se formula consulta sobre la aplicación del art. 117.6 R.G.C.E. en una obra adjudicada por contratación directa.

A la vista de la consulta planteada se formulan las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- En primer término, y aunque no es objeto concreto de la consulta, es preciso poner de manifiesto lo siguiente:

Según se desprende del escrito de la consulta, el objeto de la licitación está constituido por la redacción de proyecto y la ejecución de obra, en base a un anteproyecto supervisado por la Administración, y que inicialmente se licitó por el sistema de subasta.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Contratos del Estado (L.C.E.), en la nueva redacción dada por la Ley 4/1990, de 4 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, deberán celebrarse **necesariamente** mediante concurso este tipo de contratos.

En concreto, el artículo 35.1 L.C.E. dice:

> "Se celebrarán mediante concurso aquellos contratos en que la selección del contratista no se efectúe exclusivamente en atención a la oferta económica más ventajosa y, necesariamente, en los siguientes casos:
>
> 1. Los que se refieran a la ejecución de obras cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos, previamente, por la Administración y deban

ser presentados por los licitadores".

Así pues, en el expediente sometido al presente examen se pone de manifiesto una primera irregularidad: el contrato debería haberse licitado mediante el sistema de concurso y no mediante el sistema de subasta.

SEGUNDA.- Centrándonos ya en la concreta cuestión objeto de la consulta, la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento regulan la contratación directa como una forma de adjudicación del contrato de obras, junto con la subasta y el concurso.

La contratación directa sólo procederá en los supuestos taxativamente enumerados en el artículo 37 L.C.E. (y el correlativo art. 117 R.G.C.E.), entre los cuáles se encuentra el caso en que el contrato no se haya podido adjudicar por otro sistema (apartado 6 del precepto).

Dice el artículo 37 L.C.E.:

> "La contratación directa sólo podrá acordarse por el órgano de contratación respecto a las obras en que concurra alguna de las siguientes circunstancias, que deberán justificarse en el expediente:
>
> (…)
>
> 6. Las que no llegaran a adjudicarse por falta de licitadores o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles, siempre que la adjudicación directa se acuerde en las condiciones fundamentales y precio no superior a los que hayan sido objeto de licitación.
>
> (…)
>
> Excepto en los supuestos de los apartados 1 y 5 de este artículo, el órgano de contratación deberá consultar, antes de realizar la adjudicación, al menos a tres empresas, si ello es posible, capacitadas para la ejecución de las obras, y fijar con la seleccionada el precio justo del contrato, dejando constancia de todo ello en el expediente".

Así pues, procederá la contratación directa cuando las obras no se adjudicaron, bien por falta de licitadores, bien porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

-Que el órgano de contratación, antes de realizar la adjudicación, consulte al menos a tres empresas, si ello es posible, capacitadas para la ejecución de las obras, dejando constancia de ello en el expediente.

-Que la adjudicación directa se acuerde en las condiciones fundamentales y precio no superior a las que hayan sido objeto de licitación.

TERCERA.- En el supuesto del expediente objeto de la presente consulta, parece que se cumple el presupuesto para que se pueda adjudicar el contrato por el sistema de

contratación directa.

En efecto, se trata de un contrato de redacción de proyecto y ejecución de obras que se ha licitado por el precio de 120.000.000.- pesetas por el sistema de subasta (sistema respecto del cual ya se ha puesto de manifiesto su irregularidad en la Consideración Primera anterior), y esta subasta ha sido declarada desierta por ausencia de licitadores. Por tanto, concurre el requisito del artículo 37.6 L.C.E. para poder proceder a la adjudicación directa del contrato.

En cuanto al requisito establecido en el último párrafo del artículo 37 L.C.E., esto es, la consulta a tres empresas capacitadas para la ejecución de las obras, si ello es posible, dejando constancia de todo ello, del texto de la consulta formulada a esta Intervención General no se puede determinar el cumplimiento o incumplimiento de estos requisitos en el expediente que, por otro lado, no son objeto de la consulta.

Finalmente, es el requisito de que "la adjudicación directa se acuerde en las condiciones fundamentales y precio no superior a los que hayan sido objeto de licitación" (art. 37.6 "in fine" L.C.E.) el que plantea mayores problemas y es objeto de la consulta planteada.

CUARTA.- En el expediente a que se refiere la consulta formulada, se trata de un contrato de redacción de proyecto y ejecución de obra que es licitado con un presupuesto de 120.000.000.- pesetas mediante el sistema de subasta, que fue declarada desierta por ausencia de licitadores, acordándose posteriormente la adjudicación directa del contrato, pero ampliando el plazo de ejecución y figurando como objeto del contrato exclusivamente la ejecución de la obra.

La concreta cuestión que se formula en la consulta es si estas dos modificaciones en el contrato adjudicado por contratación directa (ampliación del plazo y reducción del objeto) respecto del que fue licitado por subasta supone o no una quiebra del requisito del artículo 37.6 L.C.E., que exige que la adjudicación directa se acuerde "en las condiciones fundamentales y precio no superior a los que hayan sido objeto de licitación".

La adjudicación por contratación directa se ha realizado por el mismo precio de licitación de la subasta, es decir, 120.000.000.- pesetas, por lo que en el expediente sí se ha cumplido este requisito del art. 37.6 L.C.E.

Sin embargo, la controversia está en determinar si el plazo de ejecución y el objeto del contrato constituyen o no una "condición fundamental", puesto que, en caso afirmativo, su modificación implicaría un cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 37.6 L.C.E.

La Ley de Contratos del Estado, en su redacción originaria, disponía que en estos casos la adjudicación directa debía acordarse "en las mismas condiciones". Tras la reforma de la L.C.E. operada por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, el precepto se refiere a las "condiciones fundamentales".

No se determina ni en la Ley ni en el Reglamento cuáles son aquellas condiciones

del contrato que han de calificarse de “fundamentales” y, por tanto, no pueden modificarse en la adjudicación directa, y cuáles han de considerarse como “no fundamentales” y, en consecuencia, sí cabría su modificación en la adjudicación directa respecto a la licitación originaria.

Como regla general, se puede afirmar que han de calificarse como “fundamentales” aquellas condiciones del contrato que constituyen elemento esencial del mismo y que determinan la voluntad de las empresas contratistas a la hora de decidir si concurren o no a la licitación así como el contenido de sus respectivas proposiciones, mientras que serían condiciones “no fundamentales” aquellas en que no concurren las anteriores circunstancias.

En todo caso, es necesario proceder al concreto examen de aquellas condiciones del contrato objeto del presente informe y que han experimentado una modificación al procederse a su adjudicación directa:

a) El plazo de ejecución del contrato.-

El contrato objeto de subasta tenía establecido un plazo de ejecución de 6 meses, mientras que posteriormente fue adjudicado por contratación directa con un plazo de 8 meses; es decir, el plazo de ejecución del contrato se ha ampliado en 2 meses.

En principio, no parece que la modificación en el plazo de ejecución de las obras desde 6 hasta 8 meses pueda calificarse de “condición fundamental” del contrato, dada la escasa entidad de la diferencia existente entre uno y otro plazo.

Ahora bien, la modificación del plazo de ejecución de las obras no puede implicar una modificación de lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares originario en relación a la revisión de precios, cuestión ésta que podría plantearse puesto que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 461/1971, de 11 de marzo, el plazo de 6 meses para la ejecución de las obras tiene gran incidencia en orden a la inclusión o no de cláusulas de revisión de precios. Es evidente que la inclusión o no de la cláusula de revisión de precios en el Pliego sí es una “condición fundamental” del contrato y, por tanto, lo previsto sobre esta cuestión en el contrato licitado mediante subasta ha de mantenerse en la ulterior adjudicación directa del mismo.

b) El objeto del contrato.-

El contrato que fue licitado por el sistema de subasta tenía como objeto la redacción del proyecto y la ejecución de la obra; sin embargo, el contrato que ha sido adjudicado por el sistema de contratación directa tiene como objeto exclusivamente la ejecución de la obra.

En este caso, parece evidente que el objeto del contrato si ha de calificarse como “condición fundamental” del mismo; es decir, se trata de una circunstancia esencial en el contrato y determinante de la voluntad de los posibles licitadores, máxime cuando la modificación del objeto es de tal entidad como la que se produce en el presente expediente, pues si el objeto originario del contrato era doble -la redacción de un proyecto y la ejecución de una obra-, ese objeto originario ha sido disminuido y

convertido en uno sólo -la ejecución de la obra-.

En consecuencia, es necesario afirmar que esta modificación en el objeto del contrato en la adjudicación directa respecto del que fue licitado mediante subasta supone que la adjudicación directa no se ha acordado "en las condiciones fundamentales" a las que fueron objeto de licitación y, por tanto, se ha infringido lo preceptuado en el artículo 37.6 L.C.E.

Por otro lado, también podría considerarse que esta modificación en el objeto del contrato supone una modificación en el precio. En efecto, al reducirse el objeto del contrato (que antes era la redacción de un proyecto y la ejecución de una obra y ahora es sólo la ejecución de una obra) y mantenerse al mismo precio (120.000.000.- pesetas), se podría afirmar que implícitamente se ha incrementado el precio de la contratación, ya que en un principio se ofertaban 120.000.000.- pesetas por la redacción de un proyecto y la ejecución de una obra, mientras que posteriormente se ha ofertado idéntica cantidad por la ejecucíón de la mísma obra, pero sin que el contratista tenga que redactar el proyecto (y, por tanto, no corra con el coste de su redacción), con lo que, realmente, se va a pagar más dinero por la ejecución de la misma obra.

QUINTA.- En conclusión, consecuentemente a lo expuesto con anterioridad, y contestando a la consulta planteada, esta Intervención General manifiesta lo siguiente:

La adjudicación directa de un contrato que tiene por objeto la ejecución de una obra, cuando previamente se licitó por el sistema de subasta pero teníendo como objeto el contrato la redacción de un proyecto y la ejecución de la obra, implica una modificación de las "condiciones fundamentales" del contrato respecto de las que fueron objeto de licitación por subasta y, por tanto, un incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 37.6 L.C.E. para que se pueda proceder a la contratación directa.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCíA, DE 10 DE OCTUBRE DE 1994

* CONTRATACIóN ADMINISTRATIVA.

– OBRA.

– ABONO POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN DE LAS TASAS POR LICENCIA URBANíSTICA AL ENCONTRARSE LA EMPRESA CONTRATISTA EN SUSPENSIÓN DE PAGOS.

Se ha recibido en esta Intervención General escrito de la Dirección General "X", de la Consejería "Y" de la Junta de Andalucía de fecha 12 de mayo de 1994, por el que se formula Discrepancia frente a la Nota de Reparos de la Intervención Delegada de la citada Consejería de fecha 29 de abril de 1994 en relación al expediente de abono a la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de "M" de las Tasas por Licencia Urbanística de las obras "Adaptación de edificio".

De dicho escrito, así como de la documentación del expediente, se deducen los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO.- En fecha 30 de diciembre de 1988 la Consejería "Y" de la Junta de Andalucía adjudicó a la empresa "F" el contrato para la ejecución de las obras "Adaptación de edificio", formalizándose el correspondiente contrato en fecha 6 de marzo de 1989.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en lo sucesivo, P.C.A.P.) del mencionado contrato, en su cláusula 16.1, dispone lo siguiente:

> "Son de cuenta del contratista los gastos derivados de los anuncios de la licitación en Boletines y medios de comunícación social. Asimismo habrá de satisfacer el pago de las tasas que la ejecución de las obras lleve consigo, tanto las que expresamente hayan sido establecidas por la Comunidad Autónoma, como las de carácter municipal o provincial. Entre dichas tasas se incluye la correspondiente a la licencia municipal de obras".

SEGUNDO.- Iniciadas las obras, la Gerencia Municipal de Urbanismo (G.M.U.) del

Ayuntamiento de “M” presentó liquidación a la empresa contratista “F” por las Tasas por Licencia Urbanística por importe de 7.933.198 pesetas.

Al no satisfacer la empresa “F” el pago de dichas Tasas, en fecha 19 de marzo de 1990 la G.M.U. presentó certificación de descubierto, por una cantidad total de 9.519.838 pesetas, de los que corresponden 7.933.198 pesetas al importe de la tasa y 1.586.640 pesetas de recargo de apremio.

TERCERO.- En fecha 23 de abril de 1992 la Consejería “Y” acuerda la iniciación del expediente de resolución del referido contrato de obras en base al artículo 45 L.C.E.

En fecha 3 de septiembre de 1992 la Consejería “Y” acuerda la resolución del mencionado contrato y la incautación de la fianza depositada.

Con posterioridad a estas actuaciones, la empresa “F” presentó solicitud de declaración de suspensión de pagos, acordándose la misma por el Juzgado competente.

CUARTO.- La Dirección General “X” solicitó de la G.M.U. del Ayuntamiento de “M” la pertinente Licencia de Ocupación.

En fecha 8 de marzo de 1994 la Gerencia Municipal de Urbanismo remite escrito a la Dirección General “X” por el que se le comunica que “hasta tanto no presente el correspondiente original Certificado Final de Obras visado por el colegio correspondiente, nada podrá resolverse sobre la Licencia de Ocupación referenciada”. Y añade lo siguiente. “Igualmente, deberá aportar justificante de haber efectuado el pago de la tasa por este concepto”.

QUINTO.- Ante la situación de suspensión de pagos de la empresa contratista “F”, y ante la decisión de la Gerencia Municipal de Urbanismo de condicionar la Licencia de Ocupación al previo pago de la Tasa por Licencia Urbanística, en fecha 6 de abril de 1994 la Dirección General “X” remite escrito la G.M.U. en la que le manifiesta que “esta Dirección General se hará cargo del pago del importe de las mencionadas tasas”, solicitando asimismo que se levante el recargo de apremio.

SEXTO.- En fecha 8 de abril de 1994 la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de “M” gira nueva Liquidación a la Dirección General “X” por las mencionadas tasas por importe de 7.933.198 pesetas.

SÉPTIMO.- En fecha 14 de abril de 1994 la Consejería “Y” acuerda efectuar el pago de la Tasa por Licencia Urbanística por importe de 7.933.198 pesetas, “con el fin de no detener el proceso de finalización del edificio”, y “con independencia de las acciones legales que para su reintegro se sigan contra la empresa adjudicataria de las obras “F”, obligada a su pago de acuerdo con el P.C.A.P.“.

OCTAVO.- En fecha 27 de abril de 1994 se presenta ante la Intervención Delegada de la Consejería “Y” el correspondiente documento contable “Propuesta de ADOP” por importe de 7.933.198 pesetas, en favor de la G.M.U. del Ayuntamiento de “M” en abono de la Tasa por Licencia Urbanística.

NOVENO.- En fecha 29 de abril de 1994 el Interventor Delegado de la Consejería formula Nota de Reparos frente a la anterior propuesta.

El reparo se basa en que "ajuicio de esta Intervención Delegada la Consejería "Y" no está facultada para hacerse cargo de las deudas cuyo pago corresponde a una empresa contratista de la misma para obras en un inmueble de la Junta de Andalucía, ya que con el pago propuesto se podrían causar quebrantos económicos a la Hacienda Pública de esta Comunidad Autónoma.

DÉCIMO.- En fecha 12 de mayo de 1994 la Dirección General "X" formula escrito de Discrepancia frente a la anterior Nota de Reparos, escrito que motiva el presente trámite.

En la discrepancia se alega que "la razón de asumir por la Administración el pago de las tasas urbanísticas era el objeto de suplir los mayores perjuicios que ocasiona el hecho de no poder disponer de la licencia de ocupación del edificio a los efectos de la contratación de agua y luz distinta de la obra, con lo que se encuentra el edificio en la actualidad, todo ello, tal como se decía en la misma memoria, con independencia del ejercicio de las acciones legales que contra la empresa se ejerzan al objeto de conseguir su pago".

Y se añade que "dejar al arbitrio de la Gerencia Municipal de Urbanismo el ejercicio de proceder ejecutivamente contra el deudor no resuelve el problema, teniendo en cuenta además que el contratista es el sustituto legal del contribuyente, en este caso de la Administración, y que al estar el contratista en fase de suspensión de pagos en última instancia sería la Administración de la Junta la deudora de tales tasas".

Finalmente, se argumenta que al estar pendiente la liquidación de la medición así como la instrucción del expediente para la valoración de daños y perjuicios causados "existen ocasiones suficientes para que la Administración se resarza del pago de tales tasas".

A los anteriores Antecedentes son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Para la resolución de la presente discrepancia la cuestión fundamental planteada en el expediente se centra en determinar las posiciones tributarias de la Administración titular de una obra y del contratista respecto a la Tasa Municipal por Licencia Urbanística.

Para analizar la cuestión planteada, es decir, la posición jurídica existente en los distintos sujetos pasivos que intervienen en la relación tributaria surgida como consecuencia del otorgamiento de una licencia municipal de obras, se ha de acudir a la vigente normativa jurídica sobre las Haciendas Locales.

La Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales preceptúa, en su artículo 23.1, lo siguiente:

"Son sujetos pasivos de las tasas, en concepto de contribuyentes, las personas físicas y jurídicas, y las Entidades a que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria que soliciten o que resulten beneficiarias o afectadas por los servicios o actividades locales".

Y el párrafo 2 del citado artículo 23 de la Ley 39/1988 añade lo siguiente:

"Tendrán la condición de sustitutos del contribuyente: (...) b) En las tasas establecidas por el otorgamiento de las licencias urbanísticas (...) los constructores y contratistas de obras".

En términos idénticos a los anteriores se pronuncia la Ordenanza Fiscal por Prestación de Servicios Urbanísticos al amparo de la Ley del Suelo, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de "M" en fecha 23 de diciembre de 1992.

El artículo 4 de las citadas Ordenanzas dispone:

"Son sujetos pasivos de esta tasa, en concepto de contribuyente, las personas físicas o jurídicas, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades, que carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o un patrimonio separado, susceptible de imposición, solicitantes de los respectivos servicios municipales técnicos y administrativos, y los que resulten beneficiados o afectados por los mismos".

Y el artículo 5.1. de las Ordenanzas establece:

"De conformidad con lo establecido en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 23 de la Ley 39/1988, tendrán la condición de sustitutos del contribuyente los constructores y contratistas de las obras".

De la anterior regulación legal se desprende que la Junta de Andalucía, en aquellas obras en la que actúa como Administración contratante, es el sujeto pasivo de la tasa en concepto de "contribuyente", y que la empresa contratista también asume el papel de sujeto pasivo de la tasa, pero en la distinta condición de "sustituto del contribuyente".

SEGUNDA.- Una vez realizadas las anteriores precisiones sobre la distinta condición tributaria de cada uno de los sujetos pasivos que intervienen en la referida relación tributaria, es necesario acudir a la Ley General Tributaria (en lo sucesivo, L.G.T.), para clarificar el concepto de cada una de las mencionadas figuras tributarias.

El artículo 30 L.G.T. dice:

"Es sujeto pasivo la persona natural o jurídica que según la Ley resulta obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea como contribuyente o como sustituto del mismo".

El artículo 31.1. L.G.T. establece:

"Es contribuyente la persona natural o jurídica a quien la Ley impone la carga tributaria derivada del hecho imponible".

Finalmente, el artículo 32 L.G.T. dispone lo siguiente:

"Es sustituto del contribuyente el sujeto pasivo que, por imposición de la Ley y en lugar de aquél, está obligado a cumplir las prestaciones materiales y formales de la obligación tributaria (. ..)".

De la definición que la L.G.T. hace del sustituto del contribuyente se desprende claramente lo siguiente: en primer lugar, que en los supuestos de sustitución se dan dos presupuestos de hecho diferentes, el hecho imponible que nace de la obligación tributaria, y el hecho de la obligación del sustituto, que debe ser "por imposición de la Ley"; en segundo lugar, el sustítuto está obligado a cumplir "las prestaciones materiales y formales de la obligación tributaria", "en lugar" del contribuyente.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 32 L.G.T., el sustituto del contribuyente, cuando así lo impone la Ley (y ello ocurre en el supuesto a que se refiere la discrepancia), se coloca en el lugar del contribuyente en el momento del cumplimiento y no del nacimiento de la obligación tributaria. La Ley impone la transmisión de la deuda del contribuyente al sustituto del mismo, de tal modo que éste se encuentra obligado a cumplir con la obligación del contribuyente, como propia. Es decir, la realización del presupuesto de hecho de la sustitución, siempre posterior a la realización del hecho imponible, determina la transmisión de la obligación tributaria del contríbuyente al sustituto y la asunción por éste de tal obligación como una obligación propia, por mandato de la Ley.

Otro punto importante a determinar es el del alcance de la sustitución, esto es, si la misma es completa y total del contribuyente por el sustituto. Sobre este particular es preciso afirmar que la sustitución es total y completa, y ello porque del texto del tan reiterado artículo 32 L.G.T. no parecen deducirse posibles responsabilidades del contribuyente frente a la Hacienda Pública una vez operada la sustitución.

Avala la anterior apreciacíón el hecho de que si bien el artículo 9.3 del Reglamento General de Recaudacíón de 1968 dispuso que "la falta de pago por parte del sustituto no libera al contribuyente del débito para con la Administración, salvo que demuestre haberse realizado retención del tributo por aquél", ya la doctrina había señalado en su día la ilegalidad de este precepto reglamentario en cuanto extendía al contribuyente unas responsabilidades que la Ley imputaba únicamente al sustituto, y el actual Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 30 de diciembre, ha seguido tal criterio al no incluir precepto alguno similar al transcrito artículo 9.3 del anterior Reglamento.

A mayor abundamiento, se ha de hacer referencia al P.C.A.P. que regula el contrato de obras suscrito entre la Junta de Andalucía y la empresa "F", ya que en su cláusula 16ª estipula que el contratista "habrá de satisfacer el pago de las tasas que la ejecución de las obras lleve consigo, tanto las que expresamente hayan sido establecidas por la Comunidad Autónoma, como las de carácter municipal o provincial. Entre dichas tasas se incluye la correspondiente a la licencia munícípal de obras".

Se advierte, finalmente, que todo el régimen legal descrito anteriormente deriva de normas legales con rango de Ley o Decreto. En consecuencia, y en aplicación del principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 9 de la Constitución, ninguna disposición contenida en Ordenanzas Municipales puede vulnerar lo dispuesto en normas legales o reglamentarias superiores.

TERCERA.- A la vista de la normativa anteriormente examinada, y en relación con el pago de la Tasa por Licencia urbanística al Ayuntamiento de "M" por las obras a que se hace referencia en el presente informe, es necesario realizar las siguientes precisiones:

1ª) Es sujeto pasivo de la obligación tributaria derivada de la mencionada Tasa, a título de contribuyente, la Junta de Andalucía, al ser "solicitante de los respectivos servicios municipales técnicos y administrativos" y resultar "beneficiado o afectado por los mismos" (artículo 23.1 de la Ley 39/1988 y artículo 4 de la Ordenanza Fiscal).

2ª) Es sujeto pasivo de dicha obligación tributaria, en concepto de sustituto del contribuyente, la empresa contratista "F" (artículo 23.1 de la Ley 39/1988 y artículo 5.1 de la Ordenanza).

3ª) El incumplimiento de la obligación tributaria (el pago de la Tasa por Licencia Urbanística) por parte de la empresa "F" (sustituto del contribuyente), no implica que la Administración Autonómica Andaluza (contribuyente) deba asumir el pago de la Tasa, puesto que el sustituto debe cumplir dicha obligación por imperativo legal.

CUARTA.- En base a los argumentos expuestos en las Consideraciones anteriores, esta Intervención General considera que la G.M.U. del Ayuntamiento de "M" no es acreedora de la Junta de Andalucía (contribuyente) por la mencionada Tasa por Licencia Urbanística, sino que lo es de la empresa "F", en su calidad e sustituto del contribuyente, y contra la cual se liquidó la Tasa y se expidió certificación de descubierto, puesto que la circunstancia de que la citada empresa no haya abonado el importe de la Tasa no implica la traslación de la obligación tributaria desde la misma hacia la Junta de Andalucía.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que el hecho de que la empresa "F" se encuentre en suspensión de pagos no impide que la G.M.U. proceda contra la citada entidad para la recaudación en vía ejecutiva de las Tasas adecuadas.

QUINTA.- Finalmente, como consecuencia de lo expuesto con anterioridad, en el presente expediente no se acredita suficientemente el derecho del perceptor en el pago propuesto, concurriendo, por tanto, la causa prevista en el artículo 83.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía (L.G.H.P.A.), que motiva el reparo y suspende la tramitación del expediente.

SEXTA.- Con independencia de lo expuesto en las Consideraciones anteriores, centradas en el concreto objeto de la Discrepancia planteada, esta Intervención General ha de poner de manifiesto que concurre en el expediente otro motivo de reparo que

determina la suspensión de la tramitación de aquel en base al artículo 83.a) de la L.G.H.P.A.: la inadecuación del crédito presupuestario.

En efecto, el pago de la Tasa se propone realizar con cargo a la Sección 31, "Gastos de Diversas Consejerías", Programa 5.1.C. "Gestión y Administración del Patrimonio de la Comunidad Autónoma", Aplicación 602.01, "Construcción", Proyecto 1994.000053, "Honorarios Profesionales y Estudios Técnicos".

Es evidente que, en el supuesto examinado, el crédito al que se pretende imputar el gasto es inadecuado a su naturaleza, puesto que se pretende pagar un tributo (como es la Tasa por Licencia Urbanística), con cargo a un proyecto que tiene por objeto los gastos derivados de "honorarios profesionales y estudios técnicos".

En consecuencia, esta Intervención General, en base a los antecedentes y consideraciones anteriores, y de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía (R.I.J.A.), aprobado por Decreto 149/1988, de 5 de abril,

RESUELVE

Ratificar la Nota de Reparos de la Intervención Delegada de la Consejería "Y" de 29/4/94, en el sentido ya expuesto en la misma, puesto que no procede el pago por parte de la Junta de Andalucía, a favor de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de "M", por el concepto de Tasas por Licencia Urbanístíca derivada de las obras "Adaptación de edificios", como se expone en las Consideraciones Primera a Quinta del presente dictamen, y, asimismo, poner de manifiesto la concurrencia de otro motivo de reparo, cual es la falta de adecuación en el crédito al que se pretende imputar el gasto, según se expone en la Consideración Sexta anterior.

Se recuerda que de no estar conforme con la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en el artículo 13 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, se podrían trasladar las actuaciones, para su definitiva Resolución, al Consejo de Gobierno o a la Comunidad General de Viceconsejeros, según su cuantía, comunicándolo al Consejero de Economía y Hacienda en la forma prevista en el artículo 10 del citado Reglamento.

DICTAMEN DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, DE 28 DE JULIO DE 1994

* CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

– OBRA.

– EVALUACIÓN DE COSTES INDIRECTOS E INCLUSIÓN DE PARTIDAS ALZADAS A JUSTIFICAR EN CONCEPTOS DE IMPREVISTOS EN LOS CONTRATOS DE OBRAS.

ANTECEDENTES:

Por el Consejero de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalidad Valenciana se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito del siguiente tenor literal:

«Con cierta frecuencia, en algunos de los proyectos técnicos enviados al Servicio de Supervisión de Proyectos (Oficina Técnica) de esta Consellería para la emisión del pertinente informe (artículo 76 del Reglamento General de Contratación), se incluyen anejos de determinación de costes indirectos, redactados de acuerdo con lo prevenido en la Orden de 12 de julio (debe ser junio de 1968 (Obras Públicas), "por la que se dictan normas complementarias de aplicación al Ministerio de Obras Públicas, de los artículos 67 y 68 del Reglamento General de Contratación del Estado". Esta disposición se refiere al derogado Reglamento de 28 de diciembre de 1967 y, al parecer, no ha tenido posterior desarrollo tras la publicación del Reglamento de 25 de noviembre de 1975 actualmente en vigor. No obstante, los artículos 67 y 68 aludidos, se ven reflejados en el nuevo Reglamento sin modificaciones sustanciales, por lo que parece procedente la aplicación de la Orden en cuestión a la evaluación de los costes indirectos de los proyectos que se redactan en la actualidad.

En este supuesto, el artículo 3º de la citada Orden establece que "el cálculo de todos y cada uno de los precios de las distintas unidades de obra se basará en la determinación de costes directos e indirectos precisos para su ejecución. Cada precio se obtendrá mediante la aplicación de una expresión del tipo:

$$P_n = (1+K/100)\ C_n$$

en la que:

P_n, es el precio de ejecución material de la unidad en pesetas,
K, es el porcentaje que corresponde a "costes indirectos",
C_n, es el "coste directo" de la unidad en pesetas.

El valor K será constante para cada proyecto y se calculará con una sola cifra decimal.

Por otra parte, el artículo 12 de la citada orden indica que "el valor de K estará compuesto de dos sumandos: el primero, el porcentaje que resulte de la relación entre la valoración de los costes indirectos obtenido con los criterios señalados (artículo 9) y el importe de los costes directos de la obra, y el segundo, el porcentaje correspondiente a imprevistos. Estos imprevistos, a integrar en el citado coeficiente, serán cifrados en un 1, 2 o 3 por 100, según se trae de obra terrestre, fluvial o marítimo, para tener en cuenta las características peculiares de cada una de ellas".

En distintos proyectos, presentados generalmente por particulares o entidades que desean acogerse a alguno de los auxilios económicos vigentes de esta Consellería, los autores de los mismos, no funcionarios, entienden que los imprevistos reseñados no son los correspondientes a la ejecución de la totalidad de las obras, sino a la valoración de los propios costes indirectos, y en consecuencia incluyen como "partida alzada a justificar", en concepto de imprevistos de obra, cantidades en ocasiones importantes.

El criterio seguido por este Conseller como Organo de Contratación, es el de no admitir con carácter general "partidas alzadas a justificar" en concepto de imprevistos, y con mayor motivo, cuando los proyectos incluyen anejos de determinación de costes indirectos en los que se fijen algunos de los porcentajes (1, 2 o 3) aludidos, en función del tipo de obra descrito.

Por otra parte, la cláusula número 52 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales establece las características de las "partidas alzadas a justificar", exigiendo la posibilidad de su medición en unidades de obra con precios unitarios, por lo que, en principio, deberán referirse a unidades incluidas en el cuadro de precios del proyecto. La propia naturaleza de los imprevistos dificulta tal posibilidad, si bien sería de aplicación lo dispuesto en la misma cláusula, en el párrafo que literalmente establece que "cuando los precios de una o varias unidades de obra de las que integran una partida alzada a justificar no figuren incluidos en los cuadros de precios, se procederá conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 150 del Reglamento General de Contratación", con las limitaciones de los párrafos siguientes.

Por lo expuesto, este Conseller solicita informe de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en los términos siguientes:

1º ¿Resulta de aplicación, en cuanto a la determinación del porcentaje de costes indirectos, la Orden de 12 de junio de 1968 en aquellos artículos que no se opongan al Reglamento vigente?

2º Si la respuesta es afirmativa, ¿responde el porcentaje fijado en un 1, 2 o 3, según se trate de obra terrestre, fluvial o marítima, a la valoración de los imprevistos que puedan presentarse durante la ejecución de las obras?

3º ¿Pueden incluirse en los presupuestos partidas alzadas a justificar en concepto de imprevistos, tanto con carácter general, como en el caso de haberse determinado el coeficiente de costes indirectos con inclusión del 1, 2 o 3 por 100 aludidos?»

CONSIDERACIONES

1. Para centrar las cuestiones que se suscitan en el escrito del señor Consejero de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalidad Valenciana se hace preciso partir del alcance de las normas a que se refiere la consulta, pues citándose en la misma determinados preceptos del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre, del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, aprobado por Decreto 3.854/1970, de 31 de diciembre, y de la Orden de 12 de junio de 1968, del entonces Ministerio de Obras Públicas, por la que se complementan los artículos 67 y 68 del Reglamento General de Contratación, entonces vigente, la primera conclusión que debe sentarse es la de que dichas normas resultan aplicables directamente a los contratos de obras sujetos a la legislación de contratos del Estado, sin que, en consecuencia, con tal carácter, lo sean a contratos de obras celebrados entre particulares como parecen ser los supuestos a que se refiere el párrafo cuarto del escrito de consulta al indicar que «en distintos Proyectos, presentados generalmente por particulares o entidades que desean acogerse a alguno de los auxilios vigentes de esta Consejería...».

La aplicación de las normas de la legislación de contratos del Estado, en particular de las citadas en el escrito de consulta, sólo podrá tener lugar a contratos celebrados entre particulares, bien porque al amparo del principio de libertad de pactos se estipule expresamente la aplicación, bien porque las normas reguladoras de la concesión de auxilios económicos de la Consejería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalidad Valenciana Condicionen la concesión a la sujeción de los respectivos proyectos a las indicadas normas, extremo que se desconoce y, por tanto, lo que a continuación se expone debe entenderse subordinado a la aplicabilidad de las normas que se examinan a los supuestos de hecho a que se refiere el escrito de consulta.

2. Hecha la anterior consideración procede examinar las cuestiones planteadas por el Consejero de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalidad Valenciana en su escrito de consulta, siendo la primera la relativa a la vigencia de la orden del entonces Ministerio de Obras Públicas de 12 de junio de 1968.

La citada Orden ministerial fue promulgada para completar lo dispuesto en los artículos 67 y 68 del Reglamento General de Contratación entonces vigente, aprobado por Decreto 3.354/1967, de 28 de noviembre, y al amparo de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 67 en el sentido de que los Departamentos ministeriales dictarían las normas complementarias de aplicación al cálculo de los precios unitarios en los distintos proyectos elaborados por sus servicios. Teniendo en cuenta que el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre, incorpora sin modificaciones sustanciales, en sus artículos 67 y 68, el contenido de los mismos artículos del Reglamento anterior, incluso la cláusula relativa a normas complementarias en el último párrafo del artículo 67, con el mismo carácter de normas complementarias puede admitirse la vigencia de la Orden de 12 de junio de 1968 en relación con los artículos 67 y 68 del vigente Reglamento General de Contratación del Estado.

Para la aplicación complementaria de los preceptos reseñados hay que tener en cuenta que el artículo 67 del Reglamento General de Contratación del Estado, al igual que el anterior Reglamento, menciona expresamente dentro de los costes indirectos,

junto con otros gastos, los imprevistos, señalando que todos los gastos que menciona, excepto aquellos que luzcan en el presupuesto valorados en unidades de obra o en partidas alzadas, se cifrarán en un porcentaje de los costes directos, igual para todas las unidades de obra, «que adoptará en cada caso, el técnico autor del proyecto a la vista de la naturaleza de la obra proyectada, de la importancia de su presupuesto y de su posible plazo de ejecución» y que, por su parte, el artículo 12 de la Orden de 12 de junio de 1968 establece que los gastos imprevistos «serán cifrados en un 1, 2 o 3 por 100, según se trate de obra terrestre, fluvial o marítima, para tener en cuenta las características peculiares de cada una de ellas».

La conclusión que, ajuicio de esta Junta, debe ser mantenida, teniendo en cuenta la redacción del artículo 67 del Reglamento General de Contratación del Estado y del artículo 12 de la Orden de 12 de junio de 1968, dado el principio de jerarquía normativa y del carácter complementario de la citada Orden ministerial, es la de que debe prevalecer el contenido del artículo 67 del Reglamento General de Contratación del Estado en el sentido de que el autor del proyecto debe cifrar el importe de gastos imprevistos en un porcentaje de los costes directos, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra proyectada, la importancia de su presupuesto y de su posible plazo de ejecución entrando dentro de las posibilidades de su actuación, si lo considera adecuado a la obra, fija dicho porcentaje en el 1, 2 o 3 por 100 previsto en la Orden de 12 de junio de 1968. Obviamente esta solución alternativa que se propugna impide, como se hace constar en el escrito de consulta, que en el caso de haberse determinado el coeficiente de costes indirectos con inclusión del 1, 2 o 3 por 100 por imprevistos, se puedan incluir en los presupuestos partidas alzadas a justificar en concepto de imprevistos.

3. Para concluir el presente informe, hay que examinar el contenido de la cláusula 52 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado que en el escrito de consulta se utiliza como argumento en contra de la existencia de partidas alzadas por imprevistos.

Tampoco a juicio de esta Junta esta afirmación puede ser mantenida dado lo que dispone el artículo 67 del Reglamento General de Contratación del Estado y la propia cláusula 52 que examinamos. El primero, al establecer el sistema de porcentajes de los costes directos para los imprevistos y otros gastos deja a salvo y excepciona aquellos gastos que luzcan en el presupuesto valorados en unidades de obras o en partidas alzadas y la cláusula 52 establece el concepto de «partidas alzadas a justificar» en defecto de lo que indique el pliego de prescripciones técnicas, de lo que se deduce que los imprevistos pueden figurar en partidas alzadas, si bien este sistema resulta incompatible, como es lógico, con la fijación de porcentajes para cifrar estos imprevistos.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1º. Que debe considerarse vigente la Orden del entonces Ministerio de Obras Públicas de 12 de junio de 1968 como complementaria de los artículos 67 y 68 de: Reglamento General de Contratación del Estado.

2º. Que el carácter complementario de la citada Orden no excluye que, al amparo

de lo dispuesto en el artículo 67 del Reglamento General de Contratación del Estado, el autor del proyecto pueda cifrar los gastos imprevistos en porcentaje distinto a los previstos en el artículo 12 de la Orden de 12 de junio de 1968, pero no podrán fijarse otros porcentajes cuando se utilicen los del 1, 2 o 3 por 100 previstos en la indicada Orden.

3º. Con independencia de lo anterior y también con carácter incompatible con la utilización de porcentajes, los gastos imprevistos pueden figurar en partidas alzadas.

INFORMES, DICTÁMENES Y SENTENCIAS

VI. CONTRATACIÓN: SUMINISTROS.

VI.1. Informe de la Dirección General de Organización Administrativa e Inspección General de Servicios de la Consejería de Gobernación de 4 de julio de 1994, sobre régimen de adquisición de material auxiliar de informática que tenga carácter consumible o de fácil deterioro.

VI.2. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 4 de agosto de 1994, sobre la sujeción o no al I.V.A. del beneficio presunto a abonar al contratista en los supuestos de modificación del contrato de suministro.

VI.3. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de mayo de 1994, relativa a la omisión del anuncio de contratación en Diario Oficial de la Contratación directa del suministro de productos farmaceúticos a la Seguridad Social en España.

INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA E INSPECCIÓN GENERAL DE SERVICIOS, DE LA CONSEJERíA DE GOBERNACIÓN, DE 4 DE JULIO DE 1994.

* CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

– SUMINISTROS.

– MATERIAL AUXILIAR DE INFORMÁTICA QUE TENGA CARÁCTER CONSUMIBLE O DE FÁCIL DETERIORO. RÉGIMEN DE ADQUISICIÓN.

En contestación a su escrito de fecha 22 de abril de 1994 en el que formula consulta en relación con el régimen de adquisición del material auxiliar de informática que tenga carácter consumible o de fácil deterioro, esta Dirección General, tras estudiar detenidamente la normativa referida a dicho tema, quiere efectuar las siguientes consideraciones:

El Decreto 110/1992, de 16 de junio, por el que se regula el régimen de adquisición centralizada de determinados bienes en la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en su artículo 9, apartado i), establece que quedan sometidos al régimen de adquisición centralizada, prevista en dicho decreto, los "Equipos de informática y material complementario y auxiliar".

Por otra parte, en los sucesivos catálogos de bienes homologados se encuentra material de informática del que podríamos catalogar como "equipos de informática" y otro que podríamos calificar de "complementario y auxiliar", algunos de los cuales son considerados como material consumible o de fácil deterioro.

En cualquier caso, en los artículos 11 y 12 del Decreto 110/1992, se remite, cuando se trata de "bienes informáticos", a lo dispuesto en el Decreto 104/1992, de 9 de junio, sobre coordínación de la elaboración y desarrollo de la Política lnformática de la Junta de Andalucía, no haciendo ninguna referencia a material consumible o de fácil deterioro.

Tras esta situación, aparece otra norma, la Orden de 9 de noviembre de 1992, de desarrollo del Decreto 104/1992, de 9 de junio, por la que se regula el régimen de contrataciones de bienes y servicios informáticos y se crea la comisión de contratación de bienes y servicios informáticos, sobre la que se harán algunas aclaraciones.

La mencionada Orden de 9 de noviembre, en su apartado primero, enumera una

serie de “elementos informáticos”, los cuales define, en casi todos los casos, en el Anexo de dicha Orden. Ni en la enumeración, ni en la posterior definición aparecen, literalmente, referencias a “material complementario y auxiliar”, como tampoco aparecía dicha denominación, ni otra semejante, en el Decreto 104/1992, ni mucho menos la relativa al carácter de consumible o de fácil deterioro.

En base a dichas consideraciones podemos concluir que el régimen de comunicación o informe vinculante no afecta al material auxiliar de informática que tenga carácter consumible o de fácil deterioro. En consecuencia, la adquisición de dicho material se realizará directamente por las diferentes Consejerías y Organismos Autónomos sin necesidad de efectuar comunicación alguna a la Consejería de Gobernación (en caso de que se encuentre dentro del mencionado catálogo), o de recabar informe vinculante de la misma (en el supuesto de materíal consumible no incluido en el catálogo).

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCíA, DE 4 DE AGOSTO DE 1994

* CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

– CONTRATO DE SUMINISTRO.

– BENEFICIO PRESUNTO A ABONAR AL CONTRATISTA EN LOS SUPUESTOS DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO. NO SUJECIÓN AL I.V.A.

Se ha recibido en esta Intervención General su escrito por el que se formula consulta acerca de la sujeción o no al I.V.A. del "beneficio presunto" a que tiene derecho el contratista en los casos de modificación del contrato de suministro establecido en el artículo 270 R.G.C.E.

A la vista de la consulta planteada, se formulan las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Los antecedentes fundamentales del expediente son los que a continuación se exponen:

1º) En fecha 4 de marzo de 1994 la Consejería de "X" dicta Resolución por la que se acuerda la iniciación del expediente de contratación de "Adquisición de impresos, sobres y papeletas de votación que han de utilizarse en las Elecciones al Parlamento de Andalucía de 1994", por el sistema de contratación directa, publicado en el "B.O.J.A." núm., 27, de 9/3/94.

2º) En fecha 18 de marzo de 1994 se celebra la reunión de la Mesa de Contratación, y previo informe del Servicio de Coordinación Electoral de la Dirección General de Política Interior la misma fecha, la Mesa de Contratación, en fecha 21 de marzo de 1994, propone como empresa adjudicataria a "ZZ".

3º) Por Resolución de la Viceconsejería de "X" de fecha 21 de marzo de 1994 se acuerda la adjudicación del referido contrato de suministro a "ZZ".

4º) En fecha 14 de abril de 1994 se firma el Contrato de Suministro entre la Consejería de "X" y la empresa "ZZ" por un importe de 75.470.015.- pesetas.

5º) En fecha 23 de mayo de 1994 la Consejería de "X" dicta Resolución por la que se acuerda la modificación del mencionado contrato de suministro mediante su ampliación en determinados conceptos, ascendiendo su nuevo importe a 75.968.015.- pesetas.

6º) En fecha 6 de junio de 1994 la Consejería de "X" dicta nueva Resolución por la que se acuerda una nueva modificación del contrato, suspendiéndose la confección de un determinado número de papeletas y estableciendo como nuevo precio del contrato el importe de 60.595.938.- pesetas. En la misma Resolución, y en base a un informe de fecha 20 de mayo de 1994 del Servicio de Coordinación Electoral de la Dirección General de Política Interior, se acuerda que, conforme a lo establecido en el artículo 270 R.G.C.E., el importe a abonar a la empresa adjudicataria del contrato en concepto de beneficio presunto por las papeletas dejadas de confeccionar asciende a 3.843.000.- pesetas; remitida dicha propuesta en trámite de audiencia a la empresa contratista, ésta, por escrito de fecha 26 de mayo de 1994, muestra su conformidad con la modificación en el número de papeletas a confeccionar y con la cantidad establecida como beneficio presunto a abonar.

7º) En fecha 20 de junio de 1994 la Secretaría General Técnica de la Consejería de "X" formula consulta ante esta Intervención General acerca de la sujeción o no al I.V.A. de la cantidad a abonar a la empresa "ZZ" en concepto de beneficio presunto, escrito que motiva el presente informe.

8º) Recibido el anterior escrito, en fecha 21 de junio de 1994 este Centro Directivo solicita de la Secretaría General Técnica de la Consejería de "X" la remisión de los antecedentes y la documentación del expediente de contratación objeto de la consulta.

9º) En fecha 15 de julio de 1994 se recibe en esta Intervención General los antecedentes y documentación del expediente de contratación remitidos por la mencionada Secretaría General Técnica.

SEGUNDA.- El Impuesto sobre el Valor Añadido (I.V.A.), se encuentra regulado en nuestro ordenamiento fundamentalmente por la normativa siguiente:

– La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, con las modificaciones introducidas por la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994, por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, y por la Ley 23/1994, de 6 de julio, por la que se modifica la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

– El Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 4 de su Ley reguladora, el I.V.A. es un impuesto indirecto que grava las entregas de bienes y prestaciones de servicio realizadas por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u

ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, así como las adquisiciones intracomunitarias de bienes y las importaciones de bienes.

En cuanto a las entregas de bienes y prestaciones de servicios, la Ley delimita el hecho imponible en sus artículos 4 a 12, enumerando en el artículo 7 los supuestos de no sujeción al impuesto, y establecido en los artículos 20 a 25 las exenciones del mismo.

TERCERA.- En el expediente objeto de la presente consulta, se trata de un Contrato de Suministro celebrado entre la Consejería de "X" y la empresa "ZZ" en virtud del cual ésta se obliga a suministrar un determinado número de impresos, sobres y papeletas de votación, a cambio de un precio.

Esta operación es una entrega de bienes (los impresos, sobres y papeletas de votación) realizada por un empresario a título oneroso mediante el pago del precio estipulado), en el desarrollo de su actividad empresarial. Por tanto, conforme a la legislación vigente, se trata de una operación sujeta al I.V.A., y que no está exenta del mismo.

Ahora bien, el objeto de controversia no es si el contrato celebrado entre la Consejería de "X" y "ZZ" está sujeto o no al I.V.A. (cuestión que no ofrece duda alguna y que no se plantea, ya que es evidente la sujeción y no exención de aquel al mencionado tributo), sino que la consulta se refiere a la sujeción o no al I.V.A. del beneficio presunto que, en virtud de lo establecido en el artículo 270 R.G.C.E., la Consejería ha de abonar al contratista como consecuencia de la modificación del contrato.

CUARTA.- El artículo 270 del Reglamento General de Contratación del Estado (R.G.C.E.) dispone lo siguiente:

> "Si, por razones de interés público, la Administración acordase la suspensión definitiva de un contrato de suministro, el empresario tendrá derecho al valor de los objetos efectivamente entregados, de los que tuviese preparados y dispuestos para la entrega y al beneficio presunto de los dejados de entregar. El valor de lo que esté en fase de elaboración y el beneficio presunto se tasarán mediante procedimiento contradictorio y resolverá el órgano de contratación correspondiente.
>
> Si la suspensión fuese temporal y por espacio superior a una quinta parte del plazo total del contrato o, en todo caso, si aquella excediese de tres meses, la Administración abonará al empresario los daños y perjuicios que pueda éste efectivamente sufrir".

La primera cuestión que se ha de resolver es si el articulo 270 R.G.C.E. es de aplicación al presente expediente.

El Reglamento General de Contratación del Estado regula la modificación del contrato de suministro en la Sección 2ª del Capítulo y del Título IV de su libro I, artículos 269 a 271.

Dentro de esta regulación general de la modificación del contrato de suministro, el

artículo 270 R.G.C.E. se refiere a los supuestos en que la Administración acuerde la suspensión del contrato, distinguiendo en sus párrafos primero y segundo los efectos de la suspensión según que ésta sea definitiva o temporal, respectivamente.

En el concreto contrato de suministro objeto del presente informe, prácticamente en ningún documento del expediente se hace referencia a la "suspensión" del contrato. En efecto, la Memoria justificativa del Servicio de Coordinación Electoral de 20/5/94, del Informe del mismo Servicio sobre la estimación del beneficio presunto de 20/5/94, la comunicación por el que se remite en trámite de audiencia la propuesta a la empresa contratista de 26/5/94, el escrito de la empresa contratista "ZZ" mostrando su conformidad de 26/5/94, el informe de la Intervención Delegada 6/6/94, y la Resolución de la Viceconsejería de 6/6/94, se refieren todos ellos a la "modificación" del contrato, pero no estrictamente a la "suspensión" del mismo; sólo en el informe del Servicio de Legislación y Recursos de 27/5/94 y, de forma más somera, en el preámbulo de la Resolución de la Viceconsejería 6/6/94, se hace referencia expresa a la "suspensión" del mencionado contrato.

Sin embargo, del análisis del expediente se comprueba que la modificación del referido contrato acordada implica una suspensión definitiva del mismo. En efecto, el contrato vigente tenía por objeto el suministro de 114.400.000 papeletas, pero tras la modificación acordada en fecha 6/6/94, este número se redujo a 69.713.774 papeletas. Y en la documentación del expediente constan diversos certificados expedidos por las Delegaciones Provinciales de la Consejería de "X" en las que se acredita la recepción de impresos, sobres y papeletas de votación suministradas por la empresa "ZZ" con anterioridad a la fecha de inicio del expediente de modificación del contrato, acompañados de los correspondientes albaranes de entrega.

Por tanto, como pone de manifiesto el Servicio de Legislación y Recursos en su informe de 27/5/94, esta modificación del contrato implica "la suspensión definitiva del suministro en lo que afecta a las papeletas de votación que disminuirán en 44.686.226".

En consecuencia, es aplicable al expediente del contratación analizado la normativa contenida en el párrafo primero del artículo 270 R.G.C.E. relativa a la suspensión definitiva del contrato de suministro acordada por la Administración contratante, y, por tanto, la empresa contratista tendrá derecho al abono del beneficio presunto de los objetos (en este caso, de las papeletas) dejados de entregar.

QUINTA.- Ante todo, es necesario hacer la siguiente precisión en relación con el objeto de la consulta planteada:

En los casos de suspensión definitiva de un contrato de suministro, el pago al contratista del beneficio presunto de los objetos dejados no está sujeto al I.V.A. ya que no se reúnen los presupuestos del impuesto, es decir, no concurre el hecho imponible, pues no se trata de la entrega de un bien a título oneroso realizado por un empresario en el ejercicio de su actividad empresarial.

Por tanto, una primera determinación es que el beneficio presunto a abonar al contratista conforme al artículo 270 R.G.C.E., considerado individualmente en cuanto

tal, no está sujeto al I.V.A.

Sin embargo, lo que se cuestiona en la presente consulta no es si ese beneficio presunto está sujeto o no al I.V.A., sino si el importe de dicho beneficio presunto forma parte del precio del contrato de suministro y, por tanto, se integra en la base imponible (pues, como se ha examinado anteriormente, el mencionado contrato de suministro está sujeto al I.V.A. y no exento del mismo) o, por el contrario, se considera que el beneficio presunto tiene carácter indemnizatorio y, por lo tanto, no se incluiría en la base imponible.

SEXTA.- La determinación de la base imponible del I.V.A. en las entregas de bienes y prestaciones de servicios se regula en los artículos 78 a 81 de la Ley 37/1992.

El artículo 78 de la Ley 37/1992 ha sido recientemente modificado por la Ley 23/1994, de 6 de julio, norma que entró en vigor el 8/7/94.

Sin embargo, esta nueva normativa no es de aplicación al contrato de suministro a que se refiere la presente consulta.

En efecto, en el expediente examinado, el derecho del contratista a la percepción del beneficio presunto ha nacido con anterioridad al 8/7/94 y, por tanto, la integración o no de ese importe en la base imponible se regirá por la normativa vigente en aquel momento y no por la actual.

El artículo 78 de la Ley del I.V.A., en su redacción originaria, disponía lo siguiente:

"Artículo 78.- Base Imponible. Regla general.

Uno. La base imponible del Impuesto estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas.

Dos. En particular, se incluyen en el concepto de contraprestación:

1º Los gastos de comisiones, portes y transporte, seguros, primas por prestaciones anticipadas, intereses en los pagos aplazados y cualquier otro crédito efectivo a favor de quien realice la entrega o preste el servicio, derivado de la prestación principal o de las accesorias a la misma.

2º Los intereses devengados como consecuencia del retraso en el pago del precio.

(…)

5º Las percepciones retenidas con arreglo a derecho por el obligado a efectuar la prestación en los casos de resolución de las operaciones sujetas al Impuesto.

(…)

Tres. No se incluirán en la base imponible"

1º Las cantidades percibidas por razón de indemnizaciones, distintas de las contempladas en el apartado anterior que, por su naturaleza y función, no constituyan contraprestación o compensación de las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto.

(…)

Cuatro. Cuando las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido que graven las operaciones sujetas a dicho tributo no se hubiesen repercutido expresamente en factura o documento equivalente, se entenderá que la contraprestación no incluyó dichas cuotas:

Se exceptúan de los dispuesto en el párrafo anterior:

1º Los casos en que la repercusión expresa del Impuesto no fuese obligatoria.

2º Lo supuestos a que se refiere el apartado dos, número 5º de este artículo".

Conforme al artículo 78. Uno de la Ley, la regla general es que, en las operaciones sujetas al Impuesto, la base imponible está constituida por el importe total de la contraprestación procedente del destinatario de las operaciones o de terceras personas.

Según dispone el artículo 78. Dos, se incluyen dentro del concepto de contraprestación los "intereses en los pagos aplazados" (párrafo 1º) y los "intereses devengados como consecuencia del retraso en el pago del precio" (párrafo 2º). También se incluyen las cantidades retenidas por el obligado a efectuar la prestación, cuando la operación sujeta al I.V.A. se resuelva (párrafo 5º).

Por el contrario, conforme al artículo 78. Tres, no se incluyen en base imponible las cantidades percibidas en concepto de indemnizaciones que, por su naturaleza y función, no constituyan contraprestación o compensación de las operaciones sujetas al I.V.A.

Así pues, el esquema legal, a los efectos de la consulta planteada, es el siguiente:

A) Se integran en la base imponible los intereses pactados en los pagos aplazados y los intereses devengados como consecuencia de retraso en el pago (los intereses moratorios).

Estos intereses no tienen naturaleza indemnizatoria, en sentido estricto.

B) Se integran igualmente en la base imponible las cantidades retenidas en los casos de resolución de las operaciones sujetas.

Se comprenden en este supuestos las cantidades retenidas con arreglo a derecho, en concepto de indemnización por incumplimiento de contrato o resolución de las

operaciones sujetas. Es el caso, por ejemplo, de las arras o señal entregadas por el comprador y que el vendedor hace suyas si la compraventa se resuelve por causa imputable a aquel; también en el caso de los pagos parciales cuando se pactó la pérdida por falta de cumplimiento total.

C) No se incluyen en la base imponible las cantidades percibidas como indemnizaciones que no constituyan contraprestación de las operaciones sujetas al impuesto.

El párrafo 1º del artículo 78. Tres es complementario del párrafo 5º del artículo 78. Dos; sólo forman parte de la base imponible las indemnizaciones representadas por las cantidades retenidas con arreglo a derecho por resolución de las operaciones sujetas; las demás indemnizaciones no integran la base imponible, salvo que constituyan contraprestación o compensación de las operaciones sujetas.

Este precepto es lógico dentro del esquema de impuesto: Las indemnizaciones no constituyen, en sentido estricto, contraprestación o compensación de las operaciones sujetas (entregas de bienes y prestaciones de servicios); las indemnizaciones son cantidades que se perciben por incumplimiento de contrato (no hay prestación), o por cumplimiento defectuoso (la indemnización no compensa la contraprestación propiamente dicha, sino algo ajeno a ello), o bien son compensaciones de operaciones no sujetas al I.V.A.

Así, la Resolución de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda de 1/9/86 manifiesta:

> "Sin perjuicio de la tributación de las percepciones retenidas con arreglo a derecho por el obligado a efectuar la prestación en los casos de resolución de las operaciones sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido, no estarán sujetas al citado tributo las compensaciones que una empresa satisfaga a otra como indemnización por la cancelación anticipada de un contrato de comercialización de sus productos".

Ahora bien, si la cantidad percibida en concepto de indemnización, no obstante su denominación, por su naturaleza y función constituye contraprestación o compensación de una operación sujeta al I.V.A., sí integraría la base imponible.

En conclusión, el tratamiento que la Ley del I.V.A. otorga a las cantidades de naturaleza indemnizatoria es el siguiente:

1) La regla general es que las cantidades percibidas por razón de indemnizaciones no se incluyen en la base imponible.

2) Esta regla general tiene excepciones y, en estos casos, dichas cantidades percibidas por razón de indemnizaciones sí se incluyen en la base imponible. Son las siguientes:

-En los supuestos previstos en el apartado Dos del artículo 78; es decir, las percepciones retenidas con arreglo a derecho en los casos de resolución de operaciones sujetas.

-Cuando las cantidades percibidas por razón de indemnizaciones constituyan contraprestación o compensación de las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas al impuesto.

SÉPTIMA.- Una vez analizada la normativa reguladora del I.V.A. relativa a la cuestión planteada, es preciso examinar la naturaleza del "beneficio presunto" a que se refiere el artículo 270 R.G.C.E. al objeto de incardinarlo en alguno de los supuestos del artículo 78 de la Ley del I.V.A.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 270 R.G.C.E., si la Admistración acuerda la suspensión definitiva de un contrato de suministro, el empresario tendrá derecho a percibir las siguientes cantidades:

– El valor de los objetos efectivamente entregados.

– El valor de los objetos que tuviese preparados y dispuestos para la entrega.

– El beneficio presunto de los objetos dejados de entregar.

Cada uno de estos conceptos tiene una naturaleza jurídica diferente:

a) El valor de los objetos efectivamente entregados.-

Esta cantidad tiene una naturaleza de contraprestación, pues constituye el pago de la prestación efectivamente realizada (la entrega de los bienes).

b) El valor de los objetos que tuviese preparados y dispuestos para la entrega.-

Esta cantidad sí tiene una naturaleza indemnizatoria: es el "daño emergente" a que se refiere el artículo 1106 del Código Civil, cuando dispone que "la indemnización de daños y perjuicios comprende (...) el valor de la pérdida que hayan sufrido".

c) El beneficio presunto de los objetos dejados de entregar.-

Esta cantidad tiene una naturaleza indemnizatoria: es el "lucro cesante" a que también se refiere el artículo 1106 del Código Civil, al disponer que "la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo (. . .) sino también el (valor) de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor". Evidentemente, el beneficio presunto de los objetos dejados de entregar por el contratista a que se refiere el artículo 270 R.G.C.E. es el valor de la ganancia dejada de obtener, y, en el expediente objeto del presente dictamen, es este criterio el seguido por la Consejería de "X" para determinar el importe del beneficio presunto que ha de abonarse a la empresa "ZZ".

OCTAVA.- Una vez determinada la naturaleza del "beneficio presunto" a percibir por el contratista, se ha de responder al objeto concreto de la cuestión controvertida, esto es, si el importe de dicho beneficio presunto se integra o no en la base imponible de I.V.A.

Ya se ha examinado en la Consideración anterior que la cantidad a abonar el contratista en concepto de beneficio presunto tiene una naturaleza indemnizatoria.

La cantidad a percibir por el contratista como "beneficio presunto" no es una "percepción retenida con arreglo a derecho" por el contratista, pues éste no retiene un importe previamente percibido, sino que dicha cantidad ha de serle abonada por la Administración contratante y, por tanto, conforme al artículo 78. Tres, párrafo 1º, de la Ley del I.V.A., en relación con el artículo 78. Dos, párrafo 5º, de la misma Ley, no se incluye en la base imponible.

Dicha cantidad, que tiene naturaleza indemnizatoria, tampoco constituye, por su naturaleza y función, una contraprestación o compensación de las entregas de bienes sujetas al impuesto, pues tales objetos no han sido efectivamente entregados.

En conclusión, el importe del beneficio presunto a abonar al contratista regulado en el artículo 270 R.G.C.E. es un concepto de naturaleza indemnizatoria que, conforme a lo dispuesto en el artículo 78. Tres, párrafo 1º, de la Ley reguladora del I.V.A., no se incluye en la base imponible del impuesto.

NOVENA.- Finalmente, es preciso poner de manifiesto que, si bien esta Intervención General, conforme a su normativa reguladora, es el órgano competente en la Administración de la Junta de Andalucía para la resolución de las consultas que pudieran formular tanto los órganos gestores como las diversas Intervenciones Centrales, Delegadas y Provinciales, en relación a las dudas que puedan surgir en la aplicación de la legalidad económico-presupuestaria y contable vigente, hay que tener en cuenta que más propiamente la competencia para resolver las dudas de carácter sustantivo que se susciten en la aplicación de los tributos estatales (como es el caso del I.V.A.) corresponde a la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, sin perjuicio de la doctrina que pudiera resultar de las resoluciones de los Tribunales ordinarios de Justicia.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, DE 3 DE MAYO DE 1994

* CONTRATACIÓN.

– CONTRATO DE SUMINISTROS.

– OMISIÓN DEL ANUNCIO DE CONTRATACIÓN EN DIARIO OFICIAL, DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA DE SUMINISTRO DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS A LA SEGURIDAD SOCIAL DE ESPAÑA.

En el asunto C-328/92, Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. Rafael Pellicer, miembro del Servicio Jurídico, en calidad de Agente, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Georgios Kremlis, miembro del servicio Jurídico, Centre Wagner, Kircheberg, parte demandante, contra Reino de España, representado por el Sr. Alberto José Navarro González, Director General de Coordinación Jurídica institucional Comunitaria, y por la Sra. Gloria Calvo Díaz. Abogado del Estado, en calidad de Agentes, que designan como domicilio en Luxemburgo la sede de la Embajada de España, 4-6, boulevard Emmanuel Servais, parte de mandada, que tiene por objeto que se declare que el Reíno de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, al exigir, en la legislación básica relativa a la Seguridad Social que la Administración adjudique por procedimiento de contratación directa de los contratos públicos de suministro de productos y especialidades farmacéuticas a las Instituciones de la Seguridad Social, y adjudicar por contratación directa la casi totalidad de dichos suministros, omitiendo la publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

El Tribunal de Justicia integrado por los Sres.: G.F. Mancini, Presidente de Sala, en funciones de Presidente; J.C. Moitinho de Almeida y M. Díez de Velasco, Presidentes de Sala; C.N. Kakouris, F.A. Schockweiler (Ponente), F. Grévisse, M. Zuleeg, P.J.G. Kapteyn y J.L. Murray, Jueces.

Abogado General: Sr. C.O. Lenz. Secretario: Sr. R. Grass; visto el informe del Juez Ponente; oídas las conclusiones del Abogado General presentadas en audiencia pública el 8 de marzo de 1994; dicta la siguiente Sentencia.

«1 .- Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 30 de julio de 1992, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso un recurso, con

arreglo al artículo 169 del Tratado CEE, que tiene por objeto que se declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 77/62, CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO 1977, L 13, pág. 1; EE 17/01, pág. 29; en lo sucesivo, «Directiva 77/62»), al exigir, en la legislación básica relativa a la Seguridad Social, que la Administración adjudique por procedimiento de contratación directa los contratos públicos de suministro de productos y especialidades farmacéuticas a las Instituciones de la Seguridad Social, y adjudicar por contratación directa la casi totalidad de dichos suministros, omitiendo la publicación del anuncio de contratación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

2.- La contratación pública se encuentra regulada en España por la Ley de Contratos del Estado (en los sucesivo, «LCE») y por el Reglamento General de Contratación del Estado (en lo sucesivo, «RGCE») en sus versiones modificadas, para adaptarlos a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo (BOE nº 114 de 13 de mayo de 1986, pág. 16920) y por el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre (BOE nº 297, de 12 de diciembre de 1986, pág. 40546), respectivamente. Según la primera disposición final de estos dos Decretos, las disposiciones de la LCE y del RGCE se aplican también a la contratación pública de los órganos gestores de la Seguridad Social.

3.- Los apartados 3 y 8 del artículo 2 de la LCE dispone lo siguiente:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, quedan fuera del ámbito de la presente Ley los siguientes contratos y negocios jurídicos de la Administración:

3. (...) Las operaciones que celebre la Administración con los particulares sobre bienes o derechos cuyo tráfico resulte regulado en virtud de disposiciones legales, o sobre productos intervenidos, sometidos a un monopolio o prohibidos;

8. (...) Los exceptuados expresamente por una Ley.

4.- La adquisición de medicamentos y especialidades farmacéuticas por los hospitales de la Seguridad Social está regulada por el artículo 107 de la Ley General de Seguridad Social (en lo sucesivo, «LGSS»), en la versión del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (BOE nº 174 de 20 de julio de 1974, pág. 1482). Este artículo, titulado «Adquisición y dispensación de productos y especialidades farmacéuticas», dispone lo siguiente:

«(...) 2. La Seguridad Social realizará la adquisición directa en los centros productores de los medicamentos que hayan de aplicarse en sus instituciones abiertas o cerradas, a cuyo efecto se seleccionarán, conforme a criterios rigurosamente científicos, los medicamentos precisos para su aplicación en tales instituciones (...)

3. En todo caso, la dispensación de medicamentos para su aplicación fuera de las instituciones a que se refiere el número anterior se efectuará a través de las oficinas de farmacia legalmente establecidas, que estarán obligadas a efectuar tal dispensación (...).

4. La Seguridad Social concertará con laboratorios y farmacias a través de sus representaciones legales sindicales y profesionales, los precios y demás condiciones económicas que deberán regir la adquisición de productos y especialidades farmacéuticas a que se refieren los dos números anteriores (. ..).

5.- Sobre la base del apartado 4 del artículo 107 de la LGSS, la Administración del

Estado celebró, el 5 de junio de 1986, con la Asociación Nacional de Empresarios de la Industria Farmacéutica, Farmaindustria, un concierto relativo a los precios y demás condiciones que debían de regir en la realización de la adquisición directa de las especialidades farmacéuticas que habían de utilizarse en los establecimientos abiertos o cerrados de la Seguridad Social, y en la indirecta para su aplicación fuera de estos establecimientos (en lo sucesivo, «concierto»).

6.- La Comisión, que tuvo conocimiento del concierto y de la legislación que le servía de base jurídica a raíz de una petición de decisión prejuicial planteada ante el Tribunal de Justicia, consideró que el sistema de contratación pública de suministros de especialidades farmacéuticas, tal como lo habían establecido el concierto y dicha legislación, era contrario tanto a la Directiva 77/62 como al artículo 30 del Tratado. Al no haberse culminado el procedimiento prejuicial, por desistimiento de la parte demandante en el asunto principal, la Comisión inició contra el Reino de España el procedimiento previsto en el artículo 169 del Tratado y dirigió al Gobierno español un escrito de requerimiento, el 6 de julio de 1990, y después, el 18 de marzo de 1991, un dictamen motivado en el que le instó a adoptar las medidas necesarias para atenerse al citado dictamen en el plazo de un mes a contar desde la fecha de su recepción. Este plazo fue después prorrogado hasta el 18 de junio de 1991.

7.- Como el Gobierno español alegó, en su respuesta de 17 de junio de 1991, que el concierto había finalizado el 31 de diciembre de 1990, la Comisión afirmó, por una parte, que cuando menos hasta esta fecha no se respetaba en España la Directiva 77/62 y, por otra, decidió, de común acuerdo con las autoridades españolas, hacer un seguimiento de la situación a partir de esa fecha y, al mismo tiempo, investigar la situación del sector en el conjunto de los Estados miembros. Habida cuenta de que esta investigación dio como resultado según la Comisión que, durante el ejercicio presupuestario de 1991 y primeros meses del año 1992, los organismos competentes españoles, a diferencia de los de varios Estados miembros, no publicaron en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas los anuncios de contratos públicos de suministro de productos y especialidades farmacéuticas, salvo algunas excepciones, como las vacunas, la Comisión interpuso el presente recurso.

8.- Hay que observar, en primer lugar, que de las pretensiones de la demanda, tal como se producen en el apartado 1 de esta sentencia, resulta que el recurso de la Comisión no se refiere al artículo 30 del Tratado y que no contempla como tal el concierto celebrado entre la Administración y Farmaindustria. Como subrayó la propia Comisión en el escrito de interposición, su recurso se refiere al procedimiento legal de adquisición de productos y especialidades farmacéuticas tal como viene determinado por el juego del artículo 2 de la LCE y el artículo 107 de la LGSS y ha sido aplicado por los hospitales dependientes de la Seguridad Social, y ello con independencia de cuál sea la forma y naturaleza jurídica del instrumento contractual utilizado a tal fin por la Administración, de si se utilizó el procedimiento de contratación directa durante o después del período de vigencia del concierto.

9.- También hay que señalar que no se ha discutido que, durante el período de vigencia del concierto y también a partir del 1 de enero de 1991, la casi totalidad de los contratos públicos de suministro de productos y especialidades farmacéuticas para los establecimientos de la Seguridad Social fueron adjudicados según el procedimiento de

contratación directa, ni que, entre éstos, algunos contratos alcanzarán el importe estimado sin IVA de 200.000 ECU, requisito al que la letra a) del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 77/62 supedita la aplicación de sus disposiciones.

10.- Además, hay que tener en cuenta que, en la medida en que el artículo 107 de la LGSS regula la adquisición de productos y especialidades farmacéuticas por los hospitales dependientes de la Seguridad Social, las disposiciones pertinentes de la LCE y por consiguiente, las de la Directiva 77/62, a la cual la LCE adapta el Derecho interno, no son aplicables, con arreglo al apartado 3 del artículo 2 de esta última, a los contratos de suministro celebrados a tal fin por los órganos competentes de la Seguridad Social.

11- El Gobierno español niega que la Directiva 77/62 sea íntegra e incondicionalmente aplicable a los suministros de productos y especialidades farmacéuticas para los establecimientos dependientes de la Seguridad Social. Alega al respecto, en primer lugar, que el mercado de productos farmaceúticos está configurado como un mercado fuertemente intervencionista en virtud del propio Derecho comunitario y que la normativa española no hace en definitiva otra cosa que respetar las restricciones que de ello resultan. Se remite en particular a la Directiva 89/105/CEE del consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la transparencia de las medidas que regulan la fijación de precios de los medicamentos para uso humano y su inclusión en el ámbito de los sistemas nacionales del Seguro de Enfermedad (DO 1989, L 40, pág. 8), cuyo objetivo, a tenor de su quinto considerando, «es obtener una visión general de los acuerdos nacionales de fijación de precios» y que, según el Gobierno español, no afecta a las normativas nacionales en la materia.

12.- A este respecto, basta con subrayar que, en la sentencia de 17 de noviembre de 1993, Comisión/España (C-71/92, aún no publicada en la Recopilación), apartado 10, el Tribunal de Justicia recordó que las únicas excepciones permitidas a la aplicación de la Directiva 77/62 son las mencionadas taxativa y expresamente en la misma.

13.- Ahora bien, el apartado 2 del artículo 2 y el artículo 3 de la Directiva 77/62, que enumeran los contratos públicos de suministro a los que ésta no es aplicable, no incluyen los relativos a los productos y especialidades farmacéuticas. Por otra parte, como declaró el Tribunal de Justicia en esa misma sentencia (apartado 11), ninguna de las excepciones autorizadas por la Directiva ha sido definida por referencia al tipo o al régimen jurídico del producto de que se trata.

14.- El Gobierno español alega, en segundo lugar, que la utilización del procedimiento de contratación directa para los contratos públicos de suministro de productos y especialidades farmacéuticas está justificada con arreglo a las disposiciones de las letras b) y d) del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 77/62, que establece que los órganos de contratación podrán celebrar sus contratos de suministro sin aplicar los procedimientos abiertos o restringidos establecidos en los apartados 1 y 2 del artículo 4 y, por consiguiente, sin publicar un anuncio de contratación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, por una parte, «en el caso de suministros cuya fabricación o entrega (...) por cualquier otra razón que tenga como fin la protección de derechos exclusivos, no puedan encargarse más que aun proveedor determinado» y, por otra parte, «en la estricta medida de lo necesario, cuando una urgencia imperiosa motivada por hechos imprevisibles para los “órganos de contratación” impida que se observen los

plazos exigidos por los procedimientos establecidos en los apartados 1 y 2 del artículo 4 » .

15.- Procede recordar al respecto que las disposiciones del artículo 6 de la Directiva 77/62, que admiten excepciones a las normas dirigidas a garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de suministro, deben ser interpretadas estrictamente (véase la sentencia en el asunto Comisión/España, antes citada, apartado 36).

16.- Por otra parte, la carga de la prueba de que existen realmente la circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ellas (véase, en relación con los contratos de obra públicas, la sentencia de 10 de marzo de 1987, Comisión/Italia, 199/85, Rec. pág, 1039, apartado 14).

17.- Para que sea aplicable la disposición establecida en la letra b) del apartado 1 del artículo 6 no basta con que los productos y especialidades farmacéuticas de que se trata estén protegidos por derechos exclusivos; es necesario además que sólo puedan ser fabricados o entregados por un proveedor determinado. Dado que este requisito sólo se cumple en el caso de los productos y especialidades para los cuales no existe competencia en el mercado, la letra b) del apartado 1 del artículo 6 no puede en ningún caso justificar que se utilice de manera general y sin distinción el procedimiento de contratación directa para todos los suministros de todos los productos y especialidades farmacéuticas.

18.- Otro tanto ocurre en relación con la letra d) del apartado 1 del artículo 6. No se excluye ciertamente que habida cuenta de la libertad de prescripción médica, invocada por el Gobierno español, se produzca en la farmacia de un hospital una necesidad urgente de una especialidad farmacéutica determinada; sin embargo, esta libertad de prescripción no puede justificar a *priori* que se utilice de manera sistemática el procedimiento de contratación directa para todos los suministros de productos y especialidades farmacéuticas a los hospitales, Además, incluso en el caso de que hubiera que considerar cumplido el requisito de urgencia en un caso concreto, la letra d) del apartado 1 del artículo 6 no sería necesariamente aplicable. Según reiterada jurisprudencia, para poder aplicar la excepción establecida por dicha disposición, es necesario que se cumplan de manera cumulativa todos los requisitos que establece (véase, en relación con la correlativa disposición aplicable a los contratos de obras públicas, la sentencia de 18 de marzo de 1992, Comisión/España, C-24/91, Rec. pág. 1989, apartado 13).

19.- Del conjunto de consideraciones que preceden resulta que el recurso de la Comisión es fundado y que debe declararse el incumplimiento del Reino de España en los términos solicitados en la demanda.

Costas

A tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, toda parte que pierda el proceso será condenada en costas. Por haber sido desestimados los motivos formulados por el Reino de España, procede condenarle en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia decide;

1) "Declarar que el Reino de España ha incumplido la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, al exigir, en la legislación básica relativa a la Seguridad Social, que la Administración adjudique por contratación directa los contratos públicos de suministro de productos y especialidades farmacéuticas a las instituciones de la S.S. y la totalidad de dichos suministros con omisión de la publicación del anuncio de la contratación el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

2) Condenar en costas a España.

INFORMES, DICTÁMENES Y SENTENCIAS

VII. **OTROS CONTRATOS.**

VII. 1. Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 8 de junio de 1994, relativo a la aplicación de la Ley del I.V.A. y de la exigencia al estar de alta en el censo del I.A.E. en los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales.

DICTAMEN DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, DE 8 DE JUNIO DE 1994

* CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

– OTROS CONTRATOS.

– CONTRATOS DE TRABAJOS ESPECíFICOS Y CONCRETOS NO HABITUALES, APLICACIÓN A LOS MISMOS DE LA LEY DEL I.V.A. Y DE LA EXIGENCIA DE ESTAR DE ALTA EN EL CENSO DEL I.A.E.

ANTECEDENTES:

Por el Presidente del Centro de Investigaciones Sociológicas, Organismo autónomo dependiente del Ministerio de la Presidencia, se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

«El Real Decreto 1.465/1985, de 17 de julio, regula la contratación para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales en la Administración del Estado, sus Organismos autónomos y la Seguridad Social.

La razón legal de esta norma viene dada en la exposición de motivos de la misma, pretendiendo llenar un vacío legal que se formula así: "como quiera que la legislación de contratos vigentes no regula el contrato entre la Administración y una persona física para la realización de un trabajo específico y concreto, no habitual, parece necesario... dictar la adecuada norma que regule los contratos aludidos".

Para ser adjudicatario de ese tipo de contratos, el artículo 2º del Real Decreto 1.465/1985 solamente exige que se trate de personas físicas con capacidad de obrar que reúnan los requisitos de solvencia técnica o científica necesarios.

Parece desprenderse de la citada norma que el contrato que regula el Real Decreto 1.465/1985 está destinado únicamente a trabajos concretos, que esporádicamente precisa la Administración, con personas físicas con solvencia técnica o científica para desarrollarlos, pero que no se dedican habitual o profesionalmente a dicha actividad, lo que vendría avalado por el artículo 9º del mismo Real Decreto, que abre la posibilidad de celebrar estos contratos con funcionarios y personal al servicio de la Administración (sujeto a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre), siempre que hayan obtenido la corriente compatibilidad.

De otro modo, podría entenderse que la normativa aplicable no sería el Real Decreto 1.465/1985, sino el Decreto 1.005/1974, de 4 de abril, que regula la asistencia técnica con empresas consultoras, ya que estaríamos ante un empresario individual cuando el posible contratista se dedica profesional y habitualmente a una actividad siéndole exigible estar dado de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas y estar sometido a la normativa que regula la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Por cuanto antecede, este Centro de Investigaciones Sociológicas formula a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa consulta sobre si en los contratos específicos y concretos, no habituales, que regula el Real Decreto 1.465/1985, de 17 de julio, es aplicable la normativa impuesta por la Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido, y si es exigible al contratista, además de los requisitos previstos en el artículo 2º del citado Real Decreto, estar dado de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas».

CONSIDERACIONES:

1. De los términos en que aparece redactado el escrito de consulta, tal como ha quedado transcrito, resulta que la única cuestión que se suscita es la de determinar si en los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales, regulados por el Real Decreto 1.465/1985, de 17 de julio, es exigible al contratista estar dado de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas y si es aplicable al mismo la normativa impuesta por la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, cuestión sobre la que en el propio escrito de consulta parece anticiparse una solución negatíva por entenderse, de un lado, que estos contratos se celebran con personas que no se dedican habitual o profesionalmente a dicha actividad, incluso con funcionarios y personal al servicio de la Administración, siempre que hayan obtenido la correspondiente compatibilidad y, de otro lado, porque, caso contrario, la normativa aplicable sería la del Decreto 1.005/1974, de 4 de abril, por tratarse de un empresario individual que se dedica profesional y habitualmente a una actividad, siéndole exigible estar dado de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas y sometido a la normativa del Impuesto sobre el Valor Añadido.

2. A juicio de esta Junta consultiva la solución que se apunta en el escrito de consulta, aunque puede estar correcta en determinados supuestos, no lo es en los términos generales en lo que se concibe, pues la cuestión de la fiscalidad a la que se encuentra sometido el contratista para poder participar en un determinado contrato administrativo ha de ser resuelta sobre la base del examen conjunto de los preceptos que la vigente legislación de contratos del Estado dedica al cumplimiento de requisitos fiscales y los que se dedica a la regulación del respectivo contrato, es decir, en este caso concreto los del Real Decreto 1.465/1985, de 17 de julio, sobre contratación para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales en la Administración del Estado, sus Organismos autónomos y la Seguridad Social.

3. El artículo 9, apartado 8, de la vigente Ley de Contratos del Estado configura como requisito para contratar con la Administración del Estado, aunque expresándolo con fórmula negativa, el hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones

tributarias impuestas por las disposiciones vigentes, precepto que desarrolla el artículo 23 ter del Reglamento General de Contratación del Estado, al disponer que, a estos efectos, se entenderá que las empresas están al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias cuando, en su caso, concurran las siguientes circunstancias:

a) Estar dado de alta en licencia fiscal, referencia que hoy hay que entender realizada al Impuesto sobre Actividades Económicas.

b) Haber presentado las declaraciones y, en su caso, efectuado el ingreso del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre Sociedades, de los pagos a cuenta o fraccionados o de las retenciones a cuenta de ambos y del Impuesto sobre el Valor Añadido o del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas en Canarias, Ceuta y Melilla, debiendo entenderse sustituida hoy la referencia al Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas en Canarias por la del Impuesto General Indirecto Canario.

c) Haber presentado la relación anual de ingresos y pagos a que se refiere el Real Decreto 1.913/1978, de 8 de julio, hoy sustituido por el Real Decreto 2.529/1986, de 5 de diciembre.

Prescindiendo de las dificultades de todo orden que se han presentado en la práctica en la aplicación de los reseñados preceptos, a efectos del presente informe interesa destacar que el artículo 23 ter del Reglamento General de Contratación del Estado no contiene una enumeración de Impuestos, ingresos o pagos que todos los contratistas deban aclarar o efectuar para contratar con la Administración, sino que, de acuerdo con el principio evidente de que a la legislación de contratos del Estado no le corresponde la definición de hechos imponibles y, por tanto, determinar la sujeción o no de los contratistas a los distintos impuestos que menciona, se limita a una fórmula enunciativa -cuando, en su caso, concurran las siguientes circunstancias, dice- que implica una remisión a cada figura de contrato en particular y a la actividad que constituye su objeto para la concreción de los requisitos fiscales exigibles al contratista.

Por ello la primera conclusión que debe ser mantenida en el presente informe es la de que la exigencia de requisítos fiscales a los contratistas en contratos para la realización de trabajos específicos y concretos nos habituales no puede ser resuelta con la aplicación aislada del artículo 9, apartado 8, de la Ley de Contratos del Estado y del artículo 23 ter del Reglamento General de Contratación del Estado, que lo desarrolla y obliga a analizar la naturaleza y características de los contratos regulados por el Real Decreto 1.465/1985, de 17 de julio, y, en particular, de la actividad que constituye su objeto.

4. Los contratos regulados por el Decreto 1.465/1985, de 17 de julio, surgen, como señala su Preámbulo, como consecuencia de la disposición adicional cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en cuanto prohibe la celebración de contratos de colaboración temporal por las Administraciones Públicas en régimen de derecho administrativo, indicando a continuación que los contratos a celebrar por dichas Administraciones con personas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales se someterán a la legislación de contratos del Estado, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación civil o mercantil, siendo precisa-

mente la circunstancia de que la legislación de contratos del Estado entonces vigente no regulase este tipo de contratos la que determinó la promulgación del Real Decreto 1.465/1985, de 17 de julio, que debe considerarse sustituye al Decreto 1.742/1966, de 30 de junio, al que se refería la primitiva redacción del artículo 2 del Decreto 1.005/1974, de 4 de abril, al afirmar que la contratación de profesionales por la Administración continuaría regulándose por el citado Decreto 1.742/1966.

En los antecedentes expuestos y en la concreta regulación de los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales resulta imposible encontrar dato alguno que permita sostener que estos contratos sólo pueden ser celebrados con personas que no se dedican habitual o profesionalmente a la actividad objeto de los mismos y la tesis afirmativa, que se sustenta en el escrito de consulta, parece derivarse de la confusión entre el carácter que los contratos han de tener para la Administración -trabajos no habituales- con las características que han de concurrir en el sujeto que contrata con la Administración y su actividad.

Por el contrario, el dato concreto de los contratos a los que vienen a sustituir los regulados en el Real Decreto 1.465/1985, de 17 de julio, contratos con profesionales, unido a la circunstancia de la ausencia, que debe reputarse intencionada, de determinación normativa de su objeto, respecto del cual sólo existe la referencia genérica a que ha de tratarse de trabajos específicos y concretos no habituales, permiten sostener que los contratos que se examinan pueden ser celebrados por la Administración, tanto con personas que se dedican habitual o profesionalmente a la actividad objeto del contrato, como con personas en las que no concurran tal carácter, dependiendo en definitiva la alternativa reseñada del objeto del contrato de que se trate, cuya variedad teórica encuentra su fundamento en el principio de libertad de pactos consagrado en el artículo 3º de la Ley de Contratos del Estado.

Este apartado debe concluirse con una referencia a los contratos regulados en el Decreto 1.005/1974, de 4 de abril, en los que la doble posibilidad del carácter habitual o profesional de la actividad del contratista o su inexistencia no se da, ya que en todo caso han de celebrarse con empresas consultoras o de servicios, sin que esta última circunstancia suponga obstáculo alguno a que otra figura contractual distinta, regulada por otra disposición también distinta, puede utilizarse con personas que no sean empresarios, como claramente se deducía del artículo 2º del Decreto 1.005/1974, de 4 de abril, que se remitía al Decreto 1.742/1966, de 30 de junio, para los contratos que celebrarse la Administración con profesionales, sin que, en este punto concreto, la promulgación del Real Decreto 1.465/1985, de 17 de julio, haya supuesto más que la sustitución de la norma a la que se hacía la remisión.

5. La conclusión sentada en el apartado anterior -la doble posibilidad existente en la regulación del Real Decreto 1.465/1985, de 17 de julio, en cuanto al carácter de la actividad del contratista- permite solucionar la cuestión planteada, en términos generales\ con la afirmación de que la exigencia del alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas y la sumisión a la normativa sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido sólo será exigible a aquellos contratistas cuya actividad esté sometida precisamente a estos requisitos fiscales, sin que sea admisible la tesis que se sustenta en el escrito de consulta de que, en ningún caso, en estos contratos, por el carácter no habitual o profesional de la actividad del contratista resultarían aplicables tales requisitos fiscales.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, en los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales, regulados por el Real Decreto 1.465/1985, de 17 de julio, no puede descartarse, como criterio absoluto, la exigencia al contratista del alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas y acreditar el pago del Impuesto sobre el Valor Añadido, debiendo resolverse la procedencia o no del cumplimiento de estos requisitos fiscales, según las circunstancias concurrentes en cada contrato o tipo de contrato.

INFORMES, DICTÁMENES Y SENTENCIAS

VIII. GASTOS EN GENERAL

VIII.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 5 de agosto de 1994, sobre requisitos que deben cumplir los expedientes de convalidación de gastos.

VIII.2. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 13 de octubre de 1994, sobre sujeción o no al I.V.A. de los intereses de demora a que se refieren el artículo 27 de la Ley General de la Hacienda Pública y el artículo 57 de la Ley de Expropiación Forzosa.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCíA, DE 5 DE AGOSTO DE 1994

* GASTOS EN GENERAL.

– CONVALIDACIÓN DE GASTOS.

– REQUISITOS NECESARIOS PARA EL TRÁMITE CONVALIDATORIO,

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 149/1988, de 5 de abril, la Consejería de Educación y Ciencia ha remitido a esta Intervención General expediente de convalidación de gastos correspondiente al servicio de vigilancia de la Delegación Provincial de Sevilla prestado por la empresa "X" durante los meses de abril a diciembre de 1994 por importe de 5.857.503.- pesetas y de enero a marzo de 1995 por importe de 1.952.501.- pesetas.

Una vez estudiado el expediente, se emite el siguiente;

INFORME

Uno.- El expediente fue fiscalizado de conformidad en su fase de propuesta de autorización y reparado en su fase de propuesta de disposición, por haber asumido el órgano gestor un compromiso de gasto antes de que la propuesta correspondiente estuviese debidamente fiscalizada y contabilizada.

Dos.- Los requisitos que deben concurrir para que resulte procedente el trámite de convalidación de gastos, según criterio reiterado por este Centro Directivo, son:

1.- Que se trate de un gasto realmente realizado y no de una mera intención o propuesta.

2.- Que el gasto no se encuentre excluido de fiscalización previa.

3.- Que se haya omitido la fiscalización previa regulada en la Sección 1ª del Capítulo II del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía (R.I.J.A.).

Cuando no se de cualquiera de estos requisitos, debe interpretarse, "a sensu contrario", que no procede el trámite de convalidación de gastos regulado en el artículo

10 del R.I.J.A.

En el expediente de propuesta de convalidación que se presente a informe a esta Intervención General, no concurre el requisito reseñado en el número 3, puesto que debe considerarse que no procede la convalidación en los supuestos de omisión de otros trámites preceptivos a cumplir por la Intervención que no sea la intervención crítica o fiscalización previa del gasto, como es la intervención de los compromisos de gastos o fiscalización de la disposición que se concreta en la fase del documento contable "D" o pudieran serlo los subsiguientes de intervención formal y material del pago o de intervención de la aplicación de los fondos.

Por tanto, procede que el órgano interventor actuante levante el reparo emitido y, en su lugar, formule una observación sobre las irregularidades advertidas con los efectos previstos en el artículo 7.2 del R.I.J.A., ya que salvo la anterior irregularidad puesta de manifiesto por el Interventor, no parece que concurra ninguna otra vulneración de la legalidad aplicable al caso.

A tal efecto, se remite copia de este informe a la Intervención que emitió la nota de reparo de convalidación.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCíA, DE 13 DE OCTUBRE DE 1994

* GASTOS EN GENERAL.

– INTERESES DE DEMORA.

– SUJECIÓN O NO AL I.V.A.

Se ha recibido en esta Intervención General su escrito de fecha 18 de julio de 1994 por el que se formula consulta sobre diversas cuestiones planteadas en relación con la aplicación del I.V.A. a determinados intereses de demora.

En concreto, se plantean las siguientes cuestiones concretas:

-Si los intereses de demora generados como consecuencia del retraso en el pago del precio a que se refiere el artículo 27 de la Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía constituyen base imponible del I.V.A.

-Si los intereses de demora a que se refiere el artículo 57 de la Ley de Expropiación Forzosa constituyen base imponible del I.V.A.

A la vista de la consulta planteada, se formulan las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- El Impuesto sobre el Valor Añadido (I.V.A.) se encuentra regulado en nuestro ordenamiento fundamentalmente por la normativa siguiente:

-La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, con las modificaciones introducidas por la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado de 1994, por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma de régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, y por la Ley 23/1994, de 6 de julio, por la que se modifica la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

-El Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 4 de su Ley reguladora, el I.V.A. es un impuesto indirecto que grava las entregas de bienes y prestaciones de servicio realizadas por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, así como las adquisiciones intracomunitarias de bienes y las importaciones de bienes.

En cuanto a las entregas de bienes y prestaciones de servicios, la Ley delimita el hecho imponible en sus artículos 4 a 12, enumerando en el artículo 7 los supuestos de no sujeción al impuesto, y estableciendo en los artículos 20 a 25 las exenciones del mismo.

SEGUNDA.- Plantea esta Intervención Delegada en su escrito si los intereses de demora a que se refiere el artículo 27 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (L.G.H.P.A.), se consideran intereses "generados como consecuencia del retraso en el pago del precio" en cuyo caso constituirían base imponible del I.V.A., según establece el artículo 29, apartado 2.2º, del Reglamento del I.V.A., aprobado por Real Decreto 2028/1985, de 30 de octubre; pero si dichos intereses de demora se consideran como "un concepto indemnizatorio", no se incluirían en la base imponible, conforme al mismo artículo 29, apartado 3.1º del Reglamento del I.V.A.

Idéntica cuestión se plantea en relación a los intereses de demora a que se refiere el artículo 57 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (L.E.F.), pues podrían considerarse, bien intereses por retraso en el pago del precio, con lo que se incluirían en la base imponible, o bien una indemnización, en cuyo caso no se incluiría, conforme a los citados apartados 2.2º y 3.1º del artículo 29 del Reglamento del I.V.A., respectivamente.

Ante todo, es preciso poner de manifiesto que el Real Decreto 2028/1985, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del I.V.A., fue expresamente derogado (en su Disposición Derogatoria única) por el vigente Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprobó el nuevo Reglamento del I.V.A. y se modificaron otras diversas normas.

En el presente informe se va a analizar, en primer lugar, la normativa reguladora de la base imponible del I.V.A., para pasar a continuación a un examen de la naturaleza de los intereses de demora a que se refieren los artículos 27 L.G.H.P.A. y 29 L.E.F. y su inclusión o no en la base imponible del I.V.A.

TERCERA.- La regulación de la base imponible del I.V.A. en las entregas de bienes y prestaciones de servicios se recoge en los artículos 78 (regla general), 79 (reglas especiales), 80 (modificación de la base) y 81 (determinación de la base) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que el artículo 78 de la Ley 37/1992 ha sido recientemente modificado por la Ley 23/1994.

El artículo 78 de la Ley 37/1992, en su redacción originaría, disponía lo siguiente:

"Artículo 78.- Base imponible. Regla general.

Uno. La base imponible del Impuesto estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas.

Dos. En particular, se incluyen en el concepto de contraprestación:

1º Los gasto de comisiones, portes y transporte, seguros, primas por prestaciones anticipadas, intereses en los pagos aplazados y cualquier otro crédito efectivo a favor de quien realice la entrega o preste el servicio, derivado de la prestación principal o de las accesorias a la misma.

2º Los intereses devengados como consecuencia del retraso en el pago del precio.

(…)

Tres. No se incluirán en la base imponible:

1º Las cantidades percibidas por razón de indemnizaciones, distintas de las contempladas en el apartado anterior que, por su naturaleza y función, no constituyan contraprestación o compensación de las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto.

(...)".

La Ley 23/1994, en los apartados 7 y 8 de su artículo único, introdujo dos modificaciones en el trascrito artículo 78 de la Ley del I.V.A.: se da nueva redacción al número 1º del apartado 2 del artículo 78, y se deroga el número 2º del apartado 2 de artículo 78.

Así pues, tras la modificación operada por la Ley 23/1994, que entró en vigor el 8/7/94, el artículo 78 de la Ley 37/1992, del I.V.A. dispone lo siguiente:

"Artículo 78.- Base Imponible. Regla general.

Uno. La base imponible del Impuesto estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas.

Dos. En particular, se incluyen en el concepto de contraprestación:

1º. Los gastos de comisiones, portes y transporte, seguros, primas por prestaciones anticipadas y cualquier otro crédito efectivo a favor de quien realice la entrega o preste el servicio, derivado de la prestación principal o de las accesorias a la misma.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se incluirán en la contraprestación los intereses por el aplazamiento en el pago del precio en la parte en que

dicho aplazamiento corresponda a un período posterior a la entrega de los bienes o la prestación de los servicios.

A efectos de los previsto en el párrafo anterior sólo tendrán la consideración de intereses las retribuciones de las operaciones financieras de aplazamiento o demora en el pago del precio, exentas del impuesto en virtud de lo dispuesto en el artículo 20, apartado uno, número 18º, letra c), de esta Ley que se haga constar separadamente en la factura emitida por el sujeto pasivo.

En ningún caso se considerará interés la parte de la contraprestación que exceda del usualmente aplicado en el mercado para similares operaciones.

2º (Derogado).

(…)

Tres. No se incluirán en la base imponible:

1º Las cantidades percibidas por razón de indemnizaciones, distintas de las contempladas en el apartado anterior que, por su naturaleza y función, no constituyan contraprestación o compensación de las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto.

(...)".

A los efectos de su inclusión en la base imponible, el artículo 78 de la Ley distingue dos tipos de intereses en el pago de las operaciones sujetas, a los que da un tratamiento diferenciado:

a) Los intereses en los pagos aplazados o intereses por aplazamiento en el pago.-

Se refiere aquí la Ley a los supuestos en que, al celebrarse la operación sujeta al impuesto (entrega de un bien o prestación de un servicio), las partes acuerdan el aplazamiento total o parcial del pago (de la contraprestación), y pactan un interés por esos pagos aplazados.

Estos intereses, en la redacción originaria de la Ley (artículo 78.2.1º) se incluían en la base imponible, sin realizar distinción o precisión alguna.

Tras la reforma del artículo 78.2.1º, dichos intereses no se incluyen en la base imponible, pero con las precisiones siguientes:

-Ha de tratarse de los intereses por aplazamiento en el pago en la parte en que dichos aplazamiento corresponda a un período posterior a la realización de la operación sujeta. Por tanto, en la parte en que no corresponde a este período sí se incluyen en la base imponible.

-A estos efectos, sólo se consideran intereses las retribuciones de las operaciones financieras de aplazamiento o demora en el pago exentas del impuesto conforme al artículo 20.1.18º. c) de la Ley. Por tanto, los intereses que no retribuyan estas operaciones sí se incluyen en la base imponible.

-No se considerará interés la parte de la contraprestación que exceda del usual mercado para operaciones similares. Por tanto, dicho exceso también se incluye en la base imponible.

b) Los intereses devengados como consecuencia de retraso en el pago del precio.-

Se refiere aquí la Ley, no a los aplazamientos de pago convenidos (que se contemplan en el apartado anterior), sino a los retrasos o demoras producidos en el pago (cuando no hay convenio ni pacto previo), que devengan intereses; son los intereses moratorios

La Ley, en su redacción originaria, (art. 78.2.2º) incluía estos intereses en la contraprestación y, por tanto, en la base imponible.

La Ley 23/1994 ha derogado expresamente el número 2º del apartado 2 del artículo 78, y a partir de su entrada en vigor, la Ley del I.V.A. no hace referencia expresa a estos intereses en ningún otro precepto.

Tras esta derogación es necesario determinar si estos intereses se consideran dentro de los previstos en el número 1º del artículo 78.2 de la Ley, en cuyo caso sí se incluirían en la base imponible o, por el contrario, se consideran distintos de los anteriores y, por tanto, no formarían parte de la base.

Esta cuestión, por su transcendencia para la resolución de la consulta formulada, se va a examinar detalladamente en la Consideración siguiente.

CUARTA.- Tras la reforma del artículo 78 de la Ley del I.V.A. operada por la Ley 23/1994, los intereses devengados como consecuencia del retraso en el pago del precio no se incluyen en la base imponible.

La Ley del I.V.A., en su redacción originaria, incluía expresamente en el concepto de contraprestación y, por tanto, en la base imponible, “los intereses devengados como consecuencia de retraso en el pago del precio”, en el número 2º del apartado 2 de artículo 78, independientemente de “los intereses en los pagos aplazados”, a que se refería el mismo apartado en su número 1º (que también se incluían en la base).

Pero la Ley 23/1994 ha derogado expresamente el número 2º del apartado 2 del artículo 78, y da nueva redacción al número 1º, el cual se sigue refiriendo sólo a “los intereses por el aplazamiento en el pago del precio’ (si bien que modificando su regulación a efectos de su inclusión o no en la base). Por tanto, tras la entrada en vigor de la Ley 23/1994, el artículo 78 no contiene referencia alguna a “los intereses devengados como consecuencia de retraso en el pago”.

La modificación del artículo 78 encuentra su fundamento en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades, que en su resolución de 27 de octubre de 1993 declaró que “un proveedor de bienes o prestador de servicios que autoriza a su cliente a aplazar el pago del precio, mediante el pago de intereses, concede, en principio, un crédito exento a efectos de dicha disposición (el número 1 de la letra d) del epígrafe B del artículo 13 de la Sexta Directiva). No obstante, cuando un proveedor de bienes o

prestador de servicios permite a sus clientes un aplazamiento en el pago del precio, mediante el pago de interés, solamente hasta la entrega, dichos intereses no constituyen la remuneración de un crédito, sino un elemento de la contraprestación obtenida por el suministro de los bienes o la prestación de servicios, a efectos de la letra a) del apartado 1 del epígrafe A del artículo 11 de la Sexta Directiva I.V.A.".

Es decir, el Tribunal se inclina por el criterio de que cuando el vendedor concede un aplazamiento al comprador en el pago del precio le está concediendo un préstamo, que en principio está exento del impuesto, aplicando pues una concepción laxa de esta exención. Esto es así salvo en los casos de que el aplazamiento se conceda sólo hasta la entrega o el servicio, pues en ese supuesto sí integran la base los intereses exigidos.

Esta modificación se introduce, como se ha expuesto anteriormente, por la vía de alterar la redacción del artículo 78.Dos. 1º y derogando el 78.Dos.2º. De esta manera ya no integrarán la base imponible los intereses por el aplazamiento en el pago del precio siempre que ese aplazamiento corresponda a un período posterior a la entrega o prestación del servicio, ni tampoco los intereses devengado como consecuencia del retraso en el pago del precio; sin embargo, sí forman parte de la base los intereses exigibles antes de la realización de la operación gravada.

De lo anterior hay que concluir que, **tras la reforma del artículo 78 de la Ley del I.V.A. operada por la Ley 23/1994, los intereses devengados como consecuencia del retraso en el pago del precio no se incluyen en la base imponible.**

A esta conclusión se llega también en base a una interpretación teleológica.

En efecto, la propia voluntad del legislador es la no inclusión de estos intereses en la base imponible, como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley 23/1994, que justifica la modificación de la normativa reguladora de los intereses en los siguientes términos:

> "Asimismo, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 27 de octubre de 1993, aclara los criterios de determinación de la base imponible, estableciendo que no deben integrarse en ella los intereses por los aplazamientos de pago concedidos después de la realización de las operaciones sujetas al impuesto (...)".

QUINTA.- Una vez analizado el tratamiento de los intereses a efectos de su inclusión o no en la base imponible del I.V.A., se ha de proceder a contestar la primera cuestión planteada por esa Intervención Delegada en su consulta.

El artículo 27 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la redacción dada por la Ley 3/1991, de 28 de diciembre, dispone lo siguiente:

> "Si la Comunidad Autónoma no pagara al acreedor dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el punto 2 del artículo 23, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor reclame por escrito el cumplimien-

to de la obligación".

Por su parte, el punto 2 del artículo 23 de la citada Ley se refiere al interés de demora.

Es preciso determinar la naturaleza de este interés de demora que se devenga como consecuencia de retraso en el pago de una cantidad debida por parte de la Comunidad Autónoma a su acreedor.

Este interés de demora no es, evidentemente el interés por aplazamiento en el pago del precio a que se refiere el número 1º del apartado 2 del artículo 78 de la Ley del I.V.A.

Por el contrario, el interés de demora sí es un interés devengado como consecuencia del retraso en el pago del precio (a los que expresamente se refería la Ley antes del 8/7/94 en el número 2º del apartado 2 del artículo 78) que, como se ha examinado en la Consideración anterior, tras la reforma del artículo 78 de la Ley del I.V.A. operada por la Ley 23/1994, no se incluirá en la base imponible del I.V.A.

En conclusión, los intereses de demora devengados como consecuencia de retraso en el pago del precio a que se refiere el artículo 27 L.G.H.P.A. no se incluirán en la base imponible del I.V.A.

SEXTA.- La segunda cuestión planteada por esa Intervención Delegada en su consulta de 18/7/94 es la relativa a la inclusión o no en la base imponible del I.V.A. de los intereses de demora a que se refiere el artículo 57 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Ante todo, es preciso poner de manifiesto que, aun cuando del propio concepto del Impuesto sobre el Valor Añadido contenido en los artículos 1 y 4 de su Ley reguladora pudiera parecer lo contrario, las expropiaciones forzosas son operaciones que sí pueden estar sujetas al I.V.A., si reúnen los requisitos de su hechos imponible.

En efecto, el artículo 8 de la Ley del I.V.A., en su apartado 2, número 3º, dispone que "también se considerarán entregas de bienes", entre otras, "las transmisiones de bienes en virtud de una norma o de una resolución administrativa o jurisdiccional, incluida la expropiación forzosa".

La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 regula la "Responsabilidad por demora" en el Capítulo V de su Título ll, artículos 56 a 58.

El artículo 56 de la L.E.F. dispone:

> "Cuando hayan transcurrido seis meses desde la iniciación legal del expediente expropiatorio sin haberse determinado por resolución definitiva el justo precio de las cosas o derechos, la Administración expropiante culpable de la demora estará obligada a abonar al expropiado una indemnización que consistirá en el interés legal del justo precio hasta el momento en que se haya determinado, que se liquidará con efectos retroactivos, una vez que el justiprecio haya sido efectuado".

Y el artículo 57 de la Ley establece:

"La cantidad que se fije definitivamente como justo precio devengará el interés legal correspondiente a favor del expropiado, hasta que se proceda a su pago y desde el momento en que hayan transcurrido los seis meses a que se refiere el artículo 48".

Estos preceptos hacen referencia a dos supuestos distintos:

-El artículo 56 L.E.F. se refiere al supuesto de demora imputable a la Administración en la fijación del justiprecio.

-El artículo 57 L.E.F. se refiere al supuesto de demora en el pago del justiprecio fijado,

En ambos casos, el expropiado tendrá derecho al abono del interés legal del importe del justiprecio,

También aquí se ha de afirmar que estos intereses de demora son intereses devengados como consecuencia de retraso en el pago que, por tanto, no se incluirán en la base imponible.

En conclusión, los intereses de demora devengados como consecuencia de retraso en el pago del justiprecio a que se refiere el artículo 57 L.E.F. no se incluirán en la base imponible del I.V.A.

SÉPTIMA.- [.....] (*)

OCTAVA.- Finalmente, es preciso poner de manifiesto que, si bien esta Intervención General, conforme a su normativa reguladora, es el órgano competente en la Administración de la Junta de Andalucía para la resolución de las consultas que pudieran formular tanto los órganos gestores como las diversas Intervenciones Centrales, Delegadas y Provinciales, en relación a las dudas que puedan surgir en la aplicación de la legalidad económico-presupuestaria y contable vigente, hay que tener en cuenta que más propiamente la competencia para resolver las dudas de carácter sustantivo que se susciten en la aplicación de los tributos estatales (como es el caso del I.V.A.) corresponde a la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, sin perjuicio de la doctrina que pudiera resultar de las resoluciones de los Tribunales ordinarios de Justicia.

(*) N. de la R. Se omite este apartado por haber perdido su vigencia.

INFORMES, DICTÁMENES Y SENTENCIAS

IX. PERSONAL: ALTOS CARGOS

IX.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 28 de julio de 1994, sobre la consideración de las primas del seguro de vida y accidentes de los Altos Cargos de la Junta de Andalucía como retribución en especie a efectos del I.R.P.F.

IX.2. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 21 de septiembre de 1994, sobre la fecha de efectos económicos de los ceses y nombramientos de Altos Cargos en la Junta de Andalucía efectuado por Decreto del Consejo de Gobierno.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCíA, DE 28 DE JULIO DE 1994

* PERSONAL.

– ALTOS CARGOS.

– RETRIBUCIONES EN ESPECIE. PRIMAS DE SEGURO DE VIDA Y ACCIDENTES.

Se ha recibido en esta Intervención General su escrito de la Dirección General de Patrimonio de fecha 5 de julio de 1994 por el que se formula consulta acerca de la problemática planteada por la consideración de las primas satisfecha por el Seguro de Vida y Accidentes de los Altos Cargos de la Junta de Andalucía como retribución en especie a efectos del IRPF.

En concreto, se plantean las siguientes cuestiones concretas:

-El Seguro se instrumentaliza por medio de dos pólizas, de vida y de accidentes, y esta segunda cubre tanto los accidentes de carácter laboral como los que no lo son.

-El Seguro es colectivo, tiene carácter abierto, y disfruta de una participación en los beneficios, con lo que los datos sobre las primas individuales sólo se conocen con certeza al término del período anual.

-Se plantea si los ingresos a cuenta han de ser realizados, bien por los habilitados de las Consejerías y Organismos Autónomos, bien por la propia Dirección General de Patrimonio.

A la vista de la consulta planteada, se formulan las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- La Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (I.R.P.F.), dentro de la regulación de los rendimientos del trabajo, distingue entre retribuciones dinerarias (art. 25) y retribuciones en especie (arts. 26 y 27).

El artículo 26 de la Ley del I.R.P.F. dispone:

"Constituyen retribuciones en especie la utilización, consumo u obtención, para

fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda.

Entre otras, se considerarán retribuciones en especie las siguientes:

(...).

e) Las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro u otro similar, salvo las de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil.

(...)".

Y el artículo 26 de la Ley establece:

"Uno. Las prestaciones a que se refiere el artículo anterior se valorarán de la siguiente forma:

(...).

d) En el caso de las letras d), e) y g), por el coste para el empleador, incluidos los tributos que graven la operación.

(...).

Dos. El ingreso a cuenta que, en su caso, se establezca sobre las retribuciones en especie, de acuerdo con lo previsto en el artículo 98 de esta Ley, se calculará sobre los valores a que se refiere el apartado anterior.

Tres. En los casos de retribuciones en especie, se incluirá como rendimiento neto del trabajo personal la valoración resultante de las normas contenidas en el apartado uno de este artículo y, en su caso, el ingreso a cuenta realizado por quien satisfaga esta modalidad de retribución".

Por tanto, conforme a lo dispuesto en los preceptos transcritos, el Seguro de vida y Accidentes de los Altos Cargos de la Junta de Andalucía tiene, a los efectos del I.R.P.F. de éstos, el siguiente tratamiento:

-La Póliza de Vida, que cubre los casos de fallecimiento e invalidez absoluta y permanente, es una retribución en especie, siendo su valor el coste de la prima.

-En cuanto a la Póliza de Accidentes, que cubre los casos de fallecimiento e invalidez absoluta, permanente y parcial, es preciso distinguir: la parte de la prima que cubre el riesgo de accidente laboral no es retribución en especie; la parte de la prima que cubre el riesgo de accidente no laboral sí ha de considerarse retribución en especie, siendo su valor el coste de esta parte de la prima.

Y es indiferente que se trate de un seguro personal o de un seguro colectivo a los

efectos de su tratamiento en el I.R.P.F., pues ni la Ley del impuesto ni su Reglamento establecen distinción alguna.

En conclusión, la prima satisfecha por la Junta de Andalucía en abono del Seguro de Vida y Accidentes de los Altos Cargos tiene la consideración, a efectos del I.R.P.F. de los asegurados, de retribución en especie, excepto aquella parte de la prima del Seguro de Accidentes que cubra el riesgo de accidente laboral, siendo el valor de esta retribución en especie el coste de la prima para la Junta de Andalucía una vez deducida la parte de su coste que se refiere al riesgo de accidente laboral.

SEGUNDA.- El artículo 98 de la Ley del I.R.P.F. impone a las personas y entidades que satisfagan o abonen rentas sujetas al Impuesto la obligación de practicar determinados pagos a cuenta.

Esta obligación es desarrollada por el Reglamento del I.R.P.F., aprobado por Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, que regula los Pagos a Cuenta en el Capítulo Segundo de su Título VI, arts. 40 a 64, distinguiendo entre "Retenciones", "Ingresos a Cuenta" y "Pagos Fraccionados".

Los ingresos a cuenta de las retribuciones en especie del trabajo se regulan en el artículo 53 del Reglamento, que en la nueva redacción dada por el Real Decreto 753/ 1992, de 26 de junio, dispone lo siguiente:

> "Uno. La cuantía del ingreso a cuenta que corresponda realizar por las retribuciones satisfechas en especie se calculará aplicando a su valor, determinado conforme a las reglas del apartado uno del artículo 27 de la Ley del Impuesto, el porcentaje resultante de lo dispuesto en el artículo 45 de este Reglamento.
>
> Cuando el porcentaje a que se refiere el párrafo anterior fuese inferior al 15 por 100, se aplicará este último, excepto cuando se trate retribuciones en especie del trabajo que tengan derecho a la deducción en la cuota prevista en la letra d) del apartado siete del artículo 78 de la Ley del Impuesto, en cuyo caso se aplicará, como mínimo, el 7,5 por 100.
>
> Dos. No existirá obligación de efectuar ingresos a cuenta respecto a las contribuciones satisfechas por los promotores de planes de pensiones, así como por las cantidades que satisfechas por empresarios para sistemas de previsión social alternativos a aquéllos hayan sido objeto de imputación a las personas a quienes se vinculen las prestaciones.
>
> Tres. Tampoco existirá obligación de efectuar ingresos a cuenta por las retribuciones en especie del trabajo cuyo valor, determinado de acuerdo a lo dispuesto en el apartado uno del artículo 27 de la Ley del Impuesto, no exceda de 50.000.- pesetas anuales por perceptor. Para la determinación de esta cuantía se tendrá en cuenta el valor de las retribuciones en especie que previsiblemente se vayan a satisfacer durante el año. Dicho valor no podrá ser inferior al de las obtenidas durante el año anterior, siempre que no concurran circunstancias que hagan presumir una notoria reducción de las mismas".

Los artículos 45 y siguientes del Reglamento regulan las retenciones sobre los rendimientos del trabajo.

Dice el artículo 45 del Reglamento del I.R.P.F. lo siguiente:

"La retención a practicar sobre los rendimientos del trabajo será el resultado de aplicar al rendimiento íntegro satisfecho el porcentaje que corresponda de los siguientes:

1) Con carácter general, el que en función de la cuantía de los rendimientos y de las circunstancias personales de sujeto pasivo resulte de acuerdo con la tabla a instrucciones contenidas en el artículo siguiente.

2) Cuando se trate de retribuciones de los miembros de los Consejos de Administración o de las Juntas que hagan sus veces el porcentaje de retención será del 30 por 100".

Por su parte, el artículo 46 del Reglamento contiene en su apartado Uno la tabla de porcentajes de retención (modificada por la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, de Medidas Presupuestarias Urgentes), en el apartado Dos las reglas generales para la aplicación de la tabla, en el apartado Tres (modificado por el Real Decreto 120/1994, de 28 de enero) las reglas especiales para su aplicación, y en el apartado Cuatro (introducido por el Real Decreto 753/1992, de 26 de junio) una regla específica para los rendimientos obtenidos en Ceuta y Melilla.

Así pues, del juego de esta normativa se desprende la siguiente regla general: la Junta de Andalucía deberá practicar un ingreso a cuenta por el Seguro de Vida y Accidentes de Altos Cargos y la cuantía de este ingreso se calculará aplicando sobre el valor de las primas satisfechas (en los términos establecidos en la Consideración Primera anterior) el mismo porcentaje que el que se aplica sobre los rendimientos dinerarios de los Altos Cargos para determinar las retenciones por el I.R.P.F.

Sin embargo, el mismo artículo 53 del Reglamento contiene una excepción a esta regla general. En concreto, en su apartado Tres prevé que no se efectúen los ingresos a cuenta cuando el valor de las retribuciones en especie no exceda de 50.000.- pesetas.

Esta circunstancia puede producirse en el supuesto examinado del Seguro de Vida y Accidentes de Altos Cargos, ya que el seguro tiene carácter abierto, pues se producen altas y bajas en el mismo en función del nombramiento y cese de los Altos Cargos y, además, disfruta de una participación en los beneficios, con lo que los datos sobre las primas anuales sólo se conocen de forma exacta al finalizar el período anual.

La resolución de esta cuestión ha de realizarse mediante una correcta aplicación del artículo 53.3 del Reglamento y una integración de la normativa reguladora:

A) En primer lugar, dispone el artículo 53.3 del Reglamento que no habrá obligación de efectuar el ingreso a cuenta por las retribuciones en especie del trabajo cuando el valor de éstas "no exceda de 50.000.- pesetas anuales por perceptor", y que para determinar esta cuantía "se tendrá en cuenta el valor de las retribuciones en especie que

previsiblemente se vayan a satisfacer durante el año".

En relación a la incidencia del nombramiento y cese de los Altos Cargos en los relativo al seguro, hay que tener en cuenta que el precepto emplea el término "previsible", y, evidentemente, cuando un Alto Cargo es nombrado, puede ser cesado de inmediato, pero lo previsible es que continúe en el puesto, y habrá de tenerse en cuenta el valor de la prima que se le vaya a abonar desde su nombramiento hasta el fin de año:

-Si la prima del seguro a satisfacer desde el nombramiento del Alto Cargo hasta la finalización del ejercicio va a tener un valor superior a 50.000.- pesetas, deberán ir practicándose ingresos a cuenta, con independencia de que el mencionado Alto Cargo sea cesado posteriormente y en el momento del cese el valor de las primas devengadas y satisfechas no haya superado las 50.000.- pesetas; en este último caso, el Alto Cargo cesado también deberá integrar en sus rendimientos el valor de la retribución en especie y el de los ingresos a cuenta, como dispone el artículo 27.3 de la Ley del I.R.P.F.

-Si la prima del seguro a satisfacer desde el nombramiento del Alto Cargo hasta la finalización del ejercicio va a tener un valor que no excede de 50.000.- pesetas, no se practicará ingreso a cuenta.

B) Por otra parte, el Seguro de Vida y Accidentes de los Altos Cargos de la Junta de Andalucía disfruta de una participación en beneficios que, de acuerdo con los resultados habidos en el ejercicio anterior, se prorratea entre las primas individuales, disminuyendo su importe.

Es decir, podría suceder que al tomar posesión un Alto Cargo se prevea que la prima de su seguro durante el año va a tener un valor superior a 50.000.- pesetas y, en consecuencia, se practiquen los correspondientes ingresos a cuenta, pero que al finalizar el ejercicio y como consecuencia de la participación en los beneficios esa prima quede disminuida a un importe inferior a 50.000.- pesetas.

Ahora bien, la posible concurrencia de esta circunstancia no debe alterar la obligación de practicar el ingreso a cuenta, pues el artículo 53.3 del Reglamento se refiere al valor de las retribuciones en especie que "previsiblemente" se vayan a satisfacer durante el año. Y la disminución en el importe de la prima, aunque es posible (pues se prevé en el contrato), no puede calificarse de previsible y, aunque así lo fuera, lo que en ningún caso sería previsible es el importe de esa disminución.

En consecuencia, la posibilidad de que el importe de la prima del Seguro de Vida y Accidentes de los Altos Cargos pueda verse disminuida por la posible participación en los beneficios de acuerdo con los resultados habidos en el ejercicio anterior, no deberá tenerse en cuenta a la hora de establecer el valor de la retribución en especie (es decir, el valor de la prima) para determinar si ha de practicarse o no el ingreso a cuenta sobre esa retribución.

C) Finalmente, concluye el artículo 53.3 del Reglamento estableciendo que el valor de las retribuciones en especie "no podrá ser inferior al de las obtenidas durante el año anterior, siempre que no concurran circunstancias que hagan presumir una notoria

reducción de las mismas".

Así pues, para determinar el valor del ingreso a cuenta a practicar habrá de tenerse presente el valor de las retribuciones en especie que fueron satisfechas a cada persona el año anterior:

-Si el Alto Cargo no percibió ninguna retribución en especie durante el ejercicio anterior no se plantea problema alguno: el ingreso a cuenta será el resultante de aplicar el porcentaje determinado sobre el valor de las retribuciones en especie que previsiblemente vaya a obtener en el ejercicio presente, y siempre que éstas superen las 50.000.- pesetas.

-Si el Alto Cargo percibió retribuciones en especie durante el ejercicio anterior, hay que comparar el valor de las percibidas durante ese ejercicio anterior con las que previsiblemente se vayan a obtener en el ejercicio corriente: si el segundo es superior al primero, el ingreso a cuenta será el que resulte de aplicar al porcentaje determinado sobre el valor de las retribuciones en especie que previsiblemente se vaya a percibir en el presente ejercicio; si el primero es superior al segundo, el ingreso a cuenta será el que resulte de aplicar el porcentaje determinado sobre el valor de las retribuciones en especie percibidas en el ejercicio anterior, salvo que concurran circunstancias que hagan presumir una notoria reducción de las mismas.

D) Finalmente, es necesario precisar que el valor de las retribuciones en especie que hay que tener en cuenta es el constituido por la suma de todas las que perciba el Alto Cargo durante el ejercicio, no sólo por el valor de la prima del Seguro de Vida y Accidentes.

TERCERA.- En conclusión, para determinar el importe del ingreso a cuenta a satisfacer hay que efectuar las siguientes operaciones:

1ª) Se determina la suma de todas las retribuciones en especie (es decir, no sólo la prima del Seguro, sino todas las demás que se perciban) que el Alto Cargo previsiblemente vaya a percibir durante el año.

2ª) Si la suma excede de 50.000,- pesetas, el importe de dicha suma será el importe-base, y sobre la misma se aplicara el porcentaje para determinar el ingreso a cuenta.

3ª) Si la suma no excede de 50.000.- pesetas, a su vez hay que distinguir dos supuestos:

-Si las retribuciones en especie satisfechas en el año anterior superar las 50.000.- pesetas, el importe base sobre el que se aplicará el tipo para calcular el ingreso a cuenta sería el valor total de esas retribuciones en especie percibidas el año anterior. Ahora bien, esta regla tiene una excepción: que concurran circunstancias que hagan presumir una notoria reducción de las retribuciones en especie.

-Si las retribuciones en especie satisfechas en el año anterior tampoco supe-

raron las 50.000.- pesetas, no se practicará ingreso a cuenta.

4ª) Si, conforme a las reglas anteriores, se determina que no hay obligación de practicar ingresos a cuenta, pero durante el transcurso del año se realizan retribuciones en especie que superan las 50.000.- pesetas, el ingreso a cuenta debe efectuarse cuando el valor acumulado de las retribuciones en especie que se vayan satisfaciendo a cada Alto Cargo supere las 50.000.- pesetas; el ingreso a cuenta procederá por primera vez cuando se satisfaga la retribución que determine el valor acumulado superior a 50.000.- pesetas, y la base del ingreso será el valor total de esa primera retribución que haya implicado la superación del límite de las 50.000.- pesetas. Así lo ha declarado la Dirección General de Tributos en su Resolución de 13/11/92.

CUARTA.- Finalmente, en contestación a la última cuestión planteada, esto es, quién debe realizar el ingreso a cuenta y cumplimentar los modelos 110 y 190, habrá de estarse a lo establecido en la Instrucción Conjunta Núm. 1 de 29 de marzo de 1994, de la Intervención General y de la Dirección General de Tesorería y Política Financiera, sobre el cumplimiento de las obligaciones formales referentes a la presentación de los modelos 110 o 111 (declaración documento de ingreso de retenciones e ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) y 190 (Resumen anual).

En relación al cumplimiento de las obligaciones formales relativas al I.R.P.F. esta Instrucción establece lo siguiente:

A) En la Junta de Andalucía.-

El modelo 111 (declaración-documento de ingreso mensual) será único, debiendo ser confeccionado por la Dirección General de Tesorería y Política Financiera, que lo presentará a la Delegación Provincial de Sevilla de la A.E.A.T. Igualmente, el ingreso en la Delegación de la A.E.A.T. lo efectuará la citada Dirección General (Instrucciones Segunda y Tercera).

El modelo 190 (declaración-resumen anual), en los Servicios Centrales será confeccionado por los habilitados de las Consejerías y por las respectivas Secretarías Generales Técnicas, y en las Delegaciones Provinciales será confeccionado por los Habilitados y por las respectivas Secretarías Provinciales (Instrucciones Quinta y Sexta). Los modelos confeccionados, tanto en los Servicios Centrales como en las Delegaciones Provinciales, se remitirán a las Secretarías Generales Técnicas de las respectivas Consejerías, que serán las únicas unidades competentes para presentar dichos modelos ante la Delegación de la A.E.A.T. de Sevilla (Instrucción Séptima), y, una vez presentados, se remitirá copia de los mismos a la Dirección General de Tesorería y Política Financiera.

B) En los Organismos Autónomos-

El modelo 110 o 111, según corresponda, será elaborado por sus unidades correspondientes, pero serán los órganos competentes de sus Servicios Centrales los que presentarán el modelo 110 o 111 -único por cada Organismo Autónomo- en la Delegación de la A.E.A.T. de Sevilla (o en la de Granada, en el caso del Patronato de la Alhambra y el Generalife), así como para efectuar los correspon-

dientes ingresos (Instrucción Decimosegunda).

El modelo 190 será confeccionado por cada centro gestor, que los remitirá a la Secretaría General del respectivo Organismo Autónomo. La presentación del modelo 190 -que será único por cada Organismo Autónomo- la realizarán las Secretarias Generales de los OO.AA., en la Delegación de la A.E.A.T. de Sevilla (y en la de Granada, en el mismo supuesto anterior).

Aun cuando sea la Dirección General de Patrimonio el Centro Directivo que ha contratado el Seguro de Vida y Accidentes de los Altos Cargos de la Junta de Andalucía y quién efectúa las correspondientes propuestas de documentos contables para el abono de las primas a la Compañía aseguradora contratante, sin embargo, corresponderá a los Habilitados de las distintas Consejerías, Organismos Autónomos y Delegaciones Provinciales elaborar las correspondientes propuestas de documentos contables para efectuar los ingresos a cuenta en la A.E.A.T., por las retribuciones en especie que perciban los Altos Cargos, con cargo a la aplicación 100.01 ("Altos Cargos. Otras Remuneraciones").

La tramitación e imputación contable de los pagos a cuenta a ingresar en el Tesoro Público por las retribuciones en especie deberá efectuarse conforme a los criterios establecidos en el Informe de este Centro Directivo de fecha 21 de julio de 1993 (publicado en el Boletín Informativo de la Intervención General de la Junta de Andalucía núm. 25, páginas 165/68).

El pago de los mencionados ingresos a cuenta de las retribuciones en especie percibidas por los Altos Cargos (es decir, el pago de los documentos contables elaborados por los distintos Habilitados) deberá ser efectuado, en la Junta de Andalucía, exclusivamente por la Dirección General de Tesorería y Política Financiera, y en los Organismos Autónomos, exclusivamente por los órganos competentes de sus Servicios Centrales, conforme a lo establecido en las Instrucciones Tercera y Decimosegunda, respectivamente, de la Instrucción Conjunta Núm. 1, de 29 de marzo de 1994, anteriormente mencionada.

Con el fin de que los habilitados de las Consejerías, Organismos Autónomos y Delegaciones Provinciales puedan elaborar las propuestas de documentos contables para que se efectúe el pago de los ingresos a cuenta de las retribuciones en especie en la Delegación de la A.E.A.T., y, en consecuencia, para que puedan confeccionarse y presentarse los modelos 110 o 111 y 190 por los órganos correspondientes en los términos establecidos en la Instrucción Conjunta Núm. 1, de 29 de marzo de 1994, la Dirección General de Patrimonio deberá suministrar a los distintos Habilitados la información y documentación relativa al valor de la prima del Seguro de Vida y Accidentes de los Altos Cargos de la Junta de Andalucía así como el valor de otras retribuciones en especie que perciban los Altos Cargos y cuya gestión tenga encomendada esa Dirección General.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCíA, DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1994

* ALTOS CARGOS.

– RETRIBUCIONES.

– FECHA DE EFECTOS ECONÓMICOS DE LOS CESES Y NOMBRAMIENTOS

Diversos órganos interventores y de gestión han formulado consulta a este Centro Directivo sobre la fecha a partir de la cual deben producir efectos económicos los ceses y nombramientos de los Altos Cargos de la Junta de Andalucía nombrados por Decreto del Consejo de Gobierno.

En relación con la cuestión planteada, esta Intervención General informa lo siguiente:

Los referidos ceses y nombramientos son actos administrativos dictados por el Consejo de Gobierno en el ejercicio de las atribuciones que le otorga la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma en su artículo 26.13.

El artículo 57.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”.

En consecuencia, este Centro Fiscal entiende que, independientemente de su publicación en B.O.J.A., el nombramiento producirá efectos económicos desde el mismo día de la toma de posesión del cargo. Igualmente, los efectos económicos del cese serán a partir del mismo día en que éste se produzca, por lo que se devengarán retribuciones hasta el día anterior inclusive.

El criterio expuesto es el que está contenido implícitamente en las sucesivas Leyes del Presupuesto de la Comunidad Autónoma, que autorizan créditos para retribuciones de Altos Cargos sobre la base del cálculo anual de un sólo titular por lo que en el supuesto de que el cese y la toma de posesión se produzca simultáneamente en el mismo día, no procederá abonar la retribución de ese día a dos titulares.

A los efectos de la justificación documental de la variación en nómina, el órgano gestor deberá acompañar Decreto del Consejo de Gobierno o fotocopia de su publicación en B.O.J.A. y diligencia o comunicación en que consten las fechas de cese o toma de posesión.

INFORMES, DICTÁMENES Y SENTENCIAS

X. PERSONAL: LABORALES

X.1. Informe de la Intervención General de la Administración del Estado, de 14 de marzo de 1994, relativo a la utilización del contrato de interinidad previsto en el artículo 4 del Real Decreto 2104/1984 para cubrir plazas de personal laboral fijo.

X.2. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 25 de julio de 1994, sobre preceptiva autorización previa para la realización de horas extraordinarias de personal laboral.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, DE 14 DE MARZO DE 1994

* PERSONAL.

– LABORALES.

– CONTRATO DE INTERINIDAD, UTILIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

ANTECEDENTES

1º) Con fecha 3 de febrero de 1994 la Subdirección General de Personal del Ministerio del Interior solicitó la fiscalización previa del expediente de Contratación laboral de un trabajador para cubrir temporalmente una plaza vacante de peón en el Gobierno Civil de Córdoba.

La citada Subdirección General informa que se utilizará el contrato de interinidad regulado en el artículo 4º del Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre, y adjunta sendos informes de 7 de octubre y 29 de noviembre de 1993 emitidos conjuntamente por los Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda en aplicación de lo establecido en la Disposición Transitoria Octava. Tres de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993.

2º) Asimismo se acompaña escrito, de 10 de enero de 1994, del Director General de Costes de Personal y Pensiones Publicas, dirigido al Director General de Servicios del Ministerio del Interior, referente a la procedencia de la utilización de contratos de interinidad para formalizar la contratación de personal para ocupar plazas vacantes en el catálogo hasta tanto esas plazas sean ocupadas por personal laboral fijo por los procedimientos reglamentarios.

3º) La opinión de la Intervención Delegada se concreta en que no es aplicable el contrato de interinidad previsto en el artículo 4 del Real Decreto 2104/1984, ya que tratándose de una plaza vacante, el contrato no se concierta para sustituir a un trabajador con derecho a reserva el puesto de trabajo y, por tanto, no concurren los requisitos básicos del contrato de interinidad como son la identificación del trabajador sustituído y la causa de la sustitución.

Asimismo, hace referencia a un informe de la Intervención General de 22 de enero

de 1991, ratificado en escrito de 13 de julio de 1993, sobre un tema esencialmente idéntico al ahora planteado.

En base a los antecedentes expuestos, esta Intervención General considera que debe resolver las siguientes

CUESTIONES

1ª) Modalidad de contratación temporal adecuada para ocupar vacantes de personal fijo hasta su provisión reglamentaria.

2ª) Órgano competente para autorizar la anterior contratación.

Con el fin de resolver las cuestiones planteadas, esta Intervención General estima necesario realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

1ª) En relación con la primera cuestión formulada, esta Intervención General resolvió, mediante escrito de 22 de enero de 1991, consulta relativa a si podía considerarse la contratación sujeta a la condición resolutoria "hasta que el puesto sea definitivamente cubierto a través de la oferta de empleo público" como una modalidad de contratación temporal incluida en la normativa vigente.

En relación con dicha pregunta, esta Intervención General manifestó:

"Las figuras contractuales de duración determinada son las previstas en el artículo 15 de la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores, y en otros artículos de la misma norma.

La preferencia de la ley por el contrato fijo es clara (se presume concertado por tiempo indefinido, art. 15.1) y la prohibición y sanción del fraude de la ley también (se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley, art. 15.7).

Por consiguiente, las modalidades de contratos de trabajo de duración determinada son las previstas por la legislación laboral, y constituyen "numerus clausus". De ello se deriva que la consignación en el contrato de trabajo de la condición resolutoria "hasta que el puesto sea definitivamente cubierto a través de la Oferta de Empleo Público" no convierte al mismo en temporal, salvo que dicho contrato se encuadre en una de las modalidades previstas por la legislación vigente.

Teniendo en cuenta que el contrato de interinidad está previsto para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, se considera que cuando existe una vacante no procede dicho contrato sino el de "acumulación de tareas" en base a que esta acumulación puede sobrevenir no sólo por un incremento significativo de los asuntos que coyunturalmente haya de atender la Administración, sino también (como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1986) a consecuencia de una disminución de personal disponible para atender los mismos".

Con posterioridad a la fecha del escrito anterior, el Tribunal Supremo en diversas sentencias ha considerado que en el supuesto de hecho a que se refiere la cuestión, es decir, cuando una plaza queda vacante sin que el trabajador tenga derecho a la reserva del puesto de trabajo, la contratación temporal que se efectúe para cubrir dicho puesto debe hacerse mediante el contrato de interinidad.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1992, imparte la siguiente doctrina:

"El artículo 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 4 del Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre, relativos al contrato de interinidad, deben ser interpretados de forma racional, teleológica y espiritualista, superando la mera literalidad del texto, y por ello se ha de entender que dentro de los mismos, como una modalidad del contrato de interinidad se incluye la denominada "interinidad por vacante" de las Administraciones Públicas, es decir el contrato de interinaje concertado para ocupar una vacante en tanto ésta no sea cubierta reglamentariamente por dichas Administraciones.

..."

En la empresa privada el supuesto fundamental, y casi único, de esta falta de ocupación temporal de un puesto de trabajo es el que señalan los artículos que se comentan (15.1.c) del Estatuto de Trabajadores y 4.1 del Real Decreto 2104/1984), referente a trabajadores que no están prestando servicio a la empresa en el momento actual, pero que tiene derecho a reserva de su puesto de trabajo; además en este ámbito, la forma más segura de identificar un determinado puesto de trabajo es mediante el nombre del trabajador que habitualmente lo ocupa o desempeña. Sin duda el legislador, al redactar tales preceptos, tuvo en cuenta sobre todo a las empresas privadas, que constituyen el ejemplo más propio y típico de empleador del Derecho laboral, y por tal causa en ellos se recoge la exigencia de que en el contrato se consigne el nombre del sustituido, debíendo éste de tener derecho a que se le reserve su puesto. Es más, si en este área de relaciones no se impusiese la necesidad de consignar el nombre del sustituido, se abriría un amplio portillo al fraude, haciendo sumamente fácil que apareciesen como de interinidad muchos contratos en los que realmente no existe ninguna sustitución de un trabajador con derecho a reserva de plaza.

Sin embargo la contratación laboral realizada por las Administraciones Públicas presenta, a este respecto, evidentes singularidades. Ante todo se ha de tener en cuenta que en ellas se da con frecuencia un supuesto de desocupación temporal de las plazas, que es típico de tales Administraciones y en el que concurren con toda claridad las necesidades y razones que justifican los contratos temporales de interinidad; se trata de aquellos casos en los que la plaza afectada se encuentra vacante, pero en breve va a ser cubierta de forma reglamentaria, lo que obliga a la Administración Pública a cumplir los trámites y realizar las pruebas que impone el artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y por tanto, la cobertura de tal plaza no puede tener lugar de forma rápida e inmediata, pues esas pruebas y trámites requieren un determinado tiempo que generalmente alcanza a varios meses. Así, esa plaza que en un próximo futuro va a ser cubierta con plena legalidad, tiene que

permanecer desocupada un período de tiempo que en ocasiones puede ser excesivo lo que puede causar a la Administración, y a la función pública en general, graves quebrantos. Es claro, pues, en estos casos se produce una situación en la que, en relación a la entidad empleadora, concurren unas circunstancias, condiciones y necesidades que son prácticamente las mismas que se tuvieron en cuenta para reconocer a los empresarios la facultad de acogerse al contrato de interinidad en los supuestos de ausencia de un trabajador con derecho a reserva de plaza. En consecuencia, los más elementales principios de la lógica y la razón obligan a concluir que en esos particulares supuestos relativos a las plazas de las Administraciones Públicas se debe reconocer también a éstas la posibilidad de concertar contratos de interinaje".

De la legislación vigente, así como de la doctrina impartida por el Tribunal Supremo se deducen, a juicio de este Centro, los siguientes criterios:

1º) En el ámbito de las Administraciones Públicas, el contrato de interinidad previsto en el artículo 15.1.c.) del Estatuto de los Trabajadores debe entenderse que comprende tanto el supuesto de sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, como aquellos otros en que existen plazas vacantes, en tanto se proveen por los cauces legalmente establecidos. De ellos se deduce la existencia de dos modalidades de interinidad: interinidad por sustitución e interinidad por vacante.

2º) La modalidad contractual de interinidad por vacante se justifica en que el procedimiento de selección, necesariamente, requiere un período de tiempo y, durante dicho período si la plaza permanece desocupada se podrían ocasionar graves quebrantos a la Administración. De ello se deriva que el Tribunal Supremo vincula este tipo de interinidad a que existan razones de necesidad o urgencia, coincidiendo de este modo con el concepto contenido en el artículo 5.2 de la ley articulada de funcionarios civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, según el cual;

"Son funcionarios interinos los que, por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera".

Asimismo, dicho criterio lo reitera el artículo 104 del Decreto citado, según el cual:

"1. Para nombrar funcionarios interinos será condición inexcusable que no sea posible, con la urgencia exigida por las circunstancias, la prestación del servicio por funcionarios de carrera, debiendo justificarse estos extremos ante la Comisión Superior de Personal".

Los preceptos transcritos aunque se refieren a funcionarios y no a personal laboral deben considerarse de plena aplicación a este última personal, de acuerdo con la aplicación analógica de las normas prevista en el artículo 4 del Código Civil, pues concurre en ambos supuestos la misma identidad de razón, urgencia o necesidad, a que alude el citado artículo.

3º) El contrato de interinidad en la modalidad de sustitución se extingue, de acuerdo

con el artículo 4 del Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre, "por la reincorporación del trabajador sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido..."

En la modalidad de interinidad por vacante la extinción del contrato se producirá cuando se provea la plaza en la forma legalmente establecida. De ello se deduce, a sensu contrario, que si posteriormente a la contratación, la Administración considera que han desaparecido las razones de necesidad o urgencia que motivaron dicho contrato, la relación laboral no se extinguirá sino que debería permanecer hasta que se cumpla la condición resolutoria a la que se sometió el contrato, esto es, su cobertura por los procedimientos establecidos. No obstante, también se extingue dicho contrato si la plaza es suprimida de la relación de puestos de trabajo, catálogo o plantilla por el procedimiento legalmente establecido, pues es claro que, en este caso, la condición se hace de cumplimiento imposible y debe extinguirse, por consiguiente, la relación jurídica.

Por consiguiente, la característica de la relación de interinidad, tanto estatutaria como laboral, es cubrir puestos de carácter permanente, es decir, aquellos que figuran en las correspondientes Relaciones de Puestos de Trabajo, Catálogos o Plantillas.

Por el contrario, medíante la modalidad contractual de "acumulacíón de tareas" a que se refiere el artículo 15.1.b) del Estatuto de los trabajadores, sólo deberían cubrirse aquellos puestos de trabajo que no figuren en las respectivas relaciones, es decir, los que no tienen carácter permanente, ya que la razón de esta contratación radica, como expresamente dice el precepto, en "circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos". Por tanto, la razón de la contratación en este supuesto estriba en que concurren circunstancias extraordinarias que incrementan la actividad normal.

2ª) Por lo que se refiere a la segunda cuestión planteada, relativa al órgano competente para autorizar la contratación temporal para ocupar vacantes de personal fijo hasta su provisión reglamentaria, debe tenerse en cuenta el personal contratado temporalmente va a ocupar interinamente una plaza incluida en las relaciones de puestos de trabajo, cuya provisión definitiva debe efectuarse a través del procedimiento legalmente establecido para la provisión de plazas de carácter fijo.

En este sentido, el artículo 15.1.a) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, dispone;

"Las relaciones comprenderán conjunta o separadamente, los puestos de trabajo de personal funcionario de cada Centro gestor, el número y las características de los que puedan ser ocupados por personal eventual así como los de aquellos otros que puedan desempeñarse por personal laboral".

Asimismo, el artículo 37.4 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, dispone:

"La provisión de puestos de trabajo a desempeñar por personal funcionario o la formalización de nuevos contratos de trabajo de personal fijo, así como la modifica-

ción de la categoría profesional de estos últimos, requerirá, además de los correspondientes puestos figuren detallados en las respectivas relaciones, que su coste, en cómputo anual esté dotado presupuestariamente o, en su defecto, se autorice por el Ministerio de Economía y Hacienda".

Por su parte, el artículo 18 de la citada Ley, dispone:

"La oferta de empleo deberá contener necesariamente todas las plazas dotadas presupuestariamente y que se hallen vacantes...".

En el mismo sentido se pronuncia la Orden de 28 de febrero de 1986 sobre selección de personal funcionario interino, al disponer en su apartado Tercero:

"La totalidad de las plazas objeto del procedimiento de selección, tanto si resultan cubiertas como si continúan vacantes, deberán figurar en el Real Decreto de Oferta de Empleo Público del año siguiente o en la primera convocatoria de provisión normal...".

Asimismo, en relación con el personal laboral, la resolución de 31 de enero de 1986, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la que se acuerda la publicación del acuerdo marco para este personal, dispone en el apartado IIIB) 1º):

"Las plazas dotadas que no puedan ser cubiertas por los efectivos de personal laboral existentes en cada Departamento ministerial u Organismo autónomo formarán parte de la oferta anual de empleo público de la Administración del Estado".

De lo anteriormente expuesto, así como de lo dicho en la primera consideración, se deduce, a juicio de esta Intervención General, que las características que han de concurrir en el contrato de interinidad por vacante son:

a) Que el puesto de trabajo que se pretende cubrir con dicho contrato sea de carácter permanente, es decir, que figure en la relación de puestos de trabajo, catálogo o plantilla.

b) Que dicho puesto esté dotado presupuestariamente, o, en su defecto, se autorice por el Ministerio de Economía y Hacienda.

c) Que al tratarse de una plaza vacante y dotada presupuestariamente, necesariamente, deberá incluirse en la Oferta de Empleo Público.

d) Que la finalidad del contrato es cubrir provisionalmente, por razones de necesidad o urgencia, y durante el tiempo necesario para su provisión definitiva la plaza vacante.

Por consiguiente, el ordenamiento jurídico vigente sujeta el contrato de interinidad por vacante a la condición de que dicha plaza se provea con carácter definitivo.

Para que dicha condición pueda cumplirse, es necesario que se efectúe la convocatoria correspondiente.

No obstante lo anterior, a partir de 1 de enero de 1993, fecha de entrada en vigor de la ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993, hay que tener en cuenta, en relación con dichas convocatorias, lo dispuesto por la disposición transitoria octava de la citada ley, relativa a la suspensión temporal parcial de la oferta de empleo público.

En este sentido, el número dos de la citada disposición dispone:

"En el año 1993 no podrán convocarse plazas para ingreso de nuevo personal funcionario, estatutario y laboral al servicio del Estado, organismos autónomos, Entes públicos y Seguridad Social, con excepción de las relativas a las carreras judicial y fiscal y al personal al servicio de la Administración de Justicia, personal de Instituciones Penitenciarias, personal sanitario y personal docente.

Asimismo, el gobierno podrá autorizar excepcionalmente, a propuesta del Ministerio para las Administraciones Públicas o, en su caso, de los Ministerios competentes en la materia, y con el informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda, la convocatoria de aquellas plazas que considere que puedan afectar al funcionamiento de los servicios públicos esenciales o a la ejecución del programa de Convergencia".

Las medidas contenidas en la disposición citada han sido adoptadas por Acuerdo del Consejo de Ministros sobre autorización de convocatorias de pruebas selectivas para 1993, "en el marco de una política general de ahorro y contención del gasto público, que afecta a todos los Organismos y también a los Entes Públicos,...". Dicho acuerdo ha sido publicado por Resolución de 17 de enero de 1993, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública.

Por consiguiente, el citado Acuerdo prohibe, salvo a los ámbitos administrativos que menciona, las convocatorias de provisión de puestos. En base a dicha prohibición, al objetivo que la misma persigue (contención del gasto público) y a la finalidad que deben tener los contratos de interinidad (cobertura urgente y necesaria de una plaza en tanto se provee por personal fijo), esta Intervención General considera que durante 1993 sólo pudieron celebrarse contratos de interinidad para cubrir plazas incluidas en la Oferta de empleo público.

No obstante, también pudieron celebrarse dichos contratos para plazas no incluidas en la Oferta de Empleo Público si el gobierno los autorizó, excepcionalmente, por que las mismas afectasen al funcionamiento de los servicios públicos esenciales o a la ejecución del Programa de Convergencia. En este sentido, el Acuerdo citado anteriormente incluyó ambos tipos de plazas, es decir, las determinadas expresamente por la citada disposición transitoria octava y otras determinadas expresamente por la citada disposición transitoria octava y otras determinadas pero que el Gobierno ha autorizado por considerar que afectan a los servicios públicos esenciales o a la ejecución del Programa de Convergencia.

La autorización del gobierno conlleva no sólo que pueda procederse a la cobertura de la citada plaza de forma interina, sino el que debe iniciarse el procedimiento para su provisión de forma definitiva.

Por lo que se refiere al ejercicio de 1994 la disposición transitoria quinta de la Ley

21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuesto Generales del Estado para 1994, dispone:

"Uno. El Gobierno podrá autorizar excepcionalmente, a propuesta del Ministerio para las Administraciones Públicas o, en su caso, de los Ministerios competentes en la materia, y con el informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda, la convocatoria de aquellas plazas vacantes que se considere que puedan afectar al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

Dos. Aquella autorización podrá incluir, además, hasta el límite que el Gobierno establezca, puestos o plazas que estando presupuestariamente dotados e incluidos en las Relaciones de Puestos de Trabajo, Catálogos o Plantillas aprobadas conforme a la normativa de aplicación en cada ámbito, se encuentren desempeñados interina o temporalmente".

Por consiguiente en 1994 solo podrán celebrarse contratos de interinidad por vacante para aquellas plazas que autorice el Gobierno.

No obstante lo expuesto, de la documentación citada en los antecedentes de este escrito se deduce que se pretenden cubrir puestos fijos en base a lo dispuesto por la disposición transitoria quinta de la Ley 21/1993, según la cual:

"La tramitación de expedientes para la contratación de personal laboral con carácter temporal, incluso la que haya de financiarse con cargo a créditos de inversiones, requerirá autorización previa conjunta de los Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda".

El precepto transcrito supone una limitación de las competencias por parte de los diversos Centros Gestores ya que requieren autorización previa de los citados Ministerios; por consiguiente, para la contratación de personal laboral temporal ha establecido la Ley como requisito adicional la autorización previa conjunta de los Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda.

Debe resaltarse, por tanto, que cuando la contratación temporal afecta a plazas de carácter permanente no incluidas en la oferta de empleo público, será necesaria, con carácter previo, además de la autorización de los citados Ministerios, la del Gobierno.

Por ello, si en base a la autorización de los mencionados Ministerios, se procede a la cobertura temporal, mediante contratos de interinidad por vacante, de plazas fijas cuya provisión definitiva no es posible por no estar incluidas en la Oferta de Empleo Público, o por no haber sido autorizadas por el Gobierno se infringiría, a juicio de esta Intervención General, doblemente, el ordenamiento jurídico; por un lado se omite la autorización del Gobierno y, por otro, se incumple la finalidad perseguida con dicha prohibición (contención del gasto público) por cuanto el gasto se produce ya se cubra la plaza en forma temporal o definitiva. Asimismo, tal contratación temporal desnaturaliza la esencia del contrato de interinidad por vacante, ya que como se ha expuesto en la primera consideración, la finalidad de dichos contratos estriba en la cobertura provisional de una plaza y hasta tanto sea provista de forma

definitiva, hecho de cumplimiento imposible mientras subsista la prohibición contenida en las disposiciones transitorias citadas.

En base a las consideraciones efectuadas esta Subdirección General concreta su parecer en las siguientes

CONCLUSIONES

1ª) El contrato temporal que ha de concertarse cuando se pretenda cubrir una vacante de personal laboral fijo en la Administración, en tanto ésta se provee reglamentariamente, es el de interinidad previsto en el artículo 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores.

2ª) El órgano competente para autorizar en 1994 contratos de interinidad para la provisión temporal de plazas de carácter fijo, cuya cobertura no se haya previsto en la oferta de empleo público es el Gobierno. Dicha autorización implica el que deba iniciarse el procedimiento para su provisión definitiva.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCíA, DE 25 DE JULIO DE 1994

* PERSONAL.

– LABORALES.

– HORAS EXTRAORDINARIAS. TRAMITACIÓN PROCEDENTE.

Se ha recibido en esta Intervención General su Comunicación interior de fecha 07-07-94, en la que se pone de manifiesto el reparo formulado por la Intervención Provincial de Cádiz a la acreditación en nómina de incidencia de horas extraordinarias, debido a la falta de la preceptiva autorización previa de la autoridad competente (Viceconsejero, Director o Presidente del Organismo Autónomo), para la realización de las correspondientes horas extraordinarias y la concesión de la correspondiente compensación económica. La anterior circunstancia se pone en conocimiento de este Centro Directivo a fin de que informe sobre la tramitación pertinente a seguir.

En relación con la cuestión planteada, es necesario efectuar las siguientes consideraciones:

PRIMERA.- De los diversos aspectos procedimentales implicados en realización, tramitación, cotización a la Seguridad Social y compensación económica de las horas extraordinarias del personal laboral al Servicio de la Junta de Andalucía, sólo se plantea el problema derivado de la exigencia de la preceptiva autorización previa por parte de la autoridad competente para la realización y compensación económica de las mismas. El objeto del presente informe se va a circunscribir, por tanto, a este específico aspecto, no abordándose otras diferentes cuestiones, incluso la derivada del segundo motivo de reparo del Interventor Provincial, sobre las que no se ha formulado problema alguno.

SEGUNDO.- El informe de este Centro Directivo de 4 de julio de 1990, en el que se fundamenta el reparo del Interventor actuante, tenía como finalidad solucionar el problema, ante la falta de normativa específica, de clarificar la documentación necesaria que debía acompañarse con las nóminas de horas extraordinarias.

Para ello, ante la similitud conceptual existente con respecto a las gratificaciones por servicios extraordinarios de funcionarios, y dada la inexistencia en el Convenio Colectivo de normas procedimentales para tramitar las horas extraordinarias que, al igual que aquellas, ofrecen una doble alternativa para su compensación (tiempo de

descanso con carácter prioritario, o su abono económico), se consideró que cabría aplicar supletoriamente el procedimiento establecido por la Secretaría General para la Administración Pública para conceder gratificaciones por servicios extraordinarios.

Dicho procedimiento se sustentaba en el artículo octavo del Decreto 24/1988, de 10 de febrero, por el que se establece la jornada y el horario de trabajo en la Administración Pública de la Junta de Andalucía. Este precepto exige dos autorizaciones que conviene distinguir:

– Autorización del responsable de la Unidad previa al desempeño de servicios extraordinarios.

– Autorización previa y expresa para cada caso del Viceconsejero, Director o Presidente de Organismo Autónomo para que los servicios extraordinarios sean compensados mediante abono de cantidades, ya que la regla es la compensación con descanso. Esta competencia del Viceconsejero ha de entenderse sustituida por la del Organo en que la misma se delegue o desconcentre, en su caso, como puntualmente sucedió, en su día, en las Consejerías de Gobernación (Decreto 268/1989, de 27 de diciembre) y Fomento y Trabajo (Decreto 260/1989, de 19 de diciembre) en las que fue desconcentrada en los Delegados Provinciales.

El Decreto 24/1988, de 10 de febrero, se encuentra en la actualidad vigente con unas mínimas modificaciones introducidas por el Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 3 de noviembre de 1992, por el que se aprueba el Acuerdo Administración-Sindicatos para modernizar la Administración Pública de la Junta de Andalucía y mejorar las condiciones de trabajo que afectan a los permisos pero que no afectan a la materia competencial, relativa a las gratificaciones por servicios extraordinarios.

En consecuencia, manteniéndose en vigor las circunstancias que en su día justificaron el informe de la Intervención General de 4 de julio de 1990, y no habiéndose aportado por ningún otro órgano un mejor y más fundado criterio, este Centro Directivo no ve razón alguna para revocarlo o modificarlo.

Por otra parte, no se puede dejar de considerar que a diferencia de las gratificaciones por servicios extraordinarios, concepto retributivo de los funcionarios que aunque no periódico se somete al régimen común del resto de retribuciones sin más peculiaridades que las que le son propias; las horas extraordinarias, por contra, deben ser estructurales o de fuerza mayor por estar prohibidas las que no tengan ese carácter según el artículo 55.3 del IV Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Junta de Andalucía, con un tipo de cotización y con una serie de requisitos exigidos por la normativa laboral diferentes de las gratificaciones por servicios extraordinarios, lo que hace aconsejable un control minucioso sobre las mismas.

En resumen, en la fiscalización de las nóminas de horas extras deberá comprobarse la constancia de las siguientes actuaciones por orden cronológico:

a) Autorización previa del responsable de la Unidad para realizar horas extraordinarias (tercer párrafo del artículo octavo del Decreto 24/1988, de 10 de febrero).

b) Certificación del Jefe de Servicio o de la Unidad donde se encuentre destinado el personal laboral de haberse realizado las Horas extraordinarias.

c) Autorización sobre compensación económica en lugar de compensación con descanso, emitida por el Viceconsejero, Director Presidente de Organismo Autónomo u órgano que tenga, en su caso, la competencia atribuida mediante delegación o desconcentración, (párrafo cuarto del citado artículo octavo del Decreto 24/88, así como apartado j) del artículo primero de la Orden de 10 de diciembre de 1987 por la que se delegan competencias en materia de personal).

d) Asimismo y según dispone el Convenio Colectivo para el personal al servicio de la Junta de Andalucía, la Dirección del Centro informará mensualmente a los representantes de los trabajadores y Delegados Sindicales, sobre el número de horas extraordinarias realizadas, especificando las causas, distribución, secciones y relación nominal de los trabajadores que las realizaron.

e) En función de esta información, el Centro u Organismo y los representantes legales de los trabajadores determinarán el carácter y naturaleza de las horas extraordinarias, notificándolo mensualmente a la autoridad laboral a efectos de dar cumplimiento a lo establecido en la normativa vigente sobre cotización a la Seguridad Social.

f) Al expediente deberá acompañarse la copia sellada de la relación nominativa de los trabajadores a que antes se ha hecho referencia.

g) Una vez efectuados estos trámites, deberá procederse a su inclusión en nómina, sin necesidad de inscripción registral ya que están exceptuadas de este requisito por la Orden de 25 de mayo de 1986 de desarrollo del Decreto 9/1986, de 5 de febrero, regulador del Registro General del Personal.

INFORMES, DICTÁMENES Y SENTENCIAS

XI. SUBVENCIONES

XI.1. Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, de 26 de octubre, por el que se resuelve discrepancia planteada contra notas de reparo sobre subvenciones a entidades sin ánimo de lucro, concedidas al amparo del Decreto 117/1989, de 31 de mayo.

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA JUNTA DE ANDALUCíA, DE 26 DE OCTUBRE DE 1994

* SUBVENCIONES.

– ESPECíFICAS.

– FISCALIZACIÓN DE LAS SUBVENCIONES CONTEMPLADAS EN EL DECRETO 117/1989, DE 31 DE MAYO

Se ha recibido en este Intervención General escrito de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Gobernación, en el que se plantea discrepancia frente a varias notas de reparos de la Intervención Delegada en esa Consejería sobre subvenciones concedidas por la Orden de la Consejería de 18 de noviembre de 1993 a las entidades sin ánimo de lucro "A" de Jaén, "B" y "C" de Zahara de los Atunes (Cádiz).

La documentación de la discrepancia consta de tres distintos expedientes de subvenciones, objeto cada uno de ellos de diversas notas de reparos.

Dada la íntima conexión entre los tres expedientes y notas de reparos y en razón a la similitud de consideraciones que han de ser tenidas en cuenta para la Resolución de las discrepancias formuladas, se acumulan en el presente trámite procedimental, de conformidad con lo previsto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De la documentación que se aporta, se deducen los siguientes

ANTECEDENTES

Primero. Respecto a las Notas de reparos.-

a) Expediente Subvención "A"

Documento contable OP, aplicación presupuestaria 01.12.00.01.00.480.12A.7, importe de 6.000.000 de ptas. Notas de reparos de 26 de julio que se remite a la de 5 de mayo y ésta, a su vez, a la de 25 de enero de 1994.

El contenido de las notas de reparo, en su parte no subsanada, puede sintetizarse

en la forma siguiente:

1. En la memoria justificativa del gasto presentada en fecha 20/12/93, se expresaba que el objeto de la subvención era consolidar la cuenta de gastos generales de la Institución; mientras que en escrito de alegaciones presentado con posterioridad de fecha 17/03/93 se expresó que el objeto consistía en restaurar el denominado "Camerín de Jesús", lo que ajuicio de la Intervención Delegada implica un cambio en la imputación presupuestaria del gasto, encontrándose incorrecto el Capítulo IV y adecuado el VII.

2. Al tratarse de una entidad sin ánimo de lucro, para obtenerse la subvención deben desarrollarse actividades directamente relacionadas con las competencias asignadas a la Consejería de Gobernación, en virtud del artículo 1º c) del Decreto 117/1989, regulador de las subvenciones que otorgue el Consejero de Gobernación y al no existir una relación directa entre la actividad de la Cofradía y las competencias de la Consejería de Gobernación, se justifica la concesión de forma indirecta a través de las competencias de la Consejería en materia de Administración Local no cumpliéndose lo establecido en el Decreto 117/1989.

3. No se acredita que la Cofradía subvencionada sea la única existente en el ámbito de la Comunidad Autónoma con dificultades económico-financieras para llevara cabo las actividades que se pretenden subvencionar.

b) Expediente Subvención a la entidad "B"

Aplicación presupuestaria 0.1.12.00.01.00.480.00.12A.7, importe 500.000 ptas. Documento contable OP.

Notas de reparos de 26 de julio, de 5 de mayo y de 25 de enero de 1994. La de 26 de julio se remíte a la de 5 de mayo de 1994, en sus dos puntos primeros, cuyo contenido, no subsanado aún, puede resumirse de la siguiente forma:

1. No existe relación directa entre las competencias materiales de la Consejería y la actividad subvencionada; y la relación indirecta que se alega, a través de las competencias en materia de Asociacionismo se limita a la llevanza del Registro de Asociaciones, según el R.D. 304/85 de transferencias. Aún en el caso de que el fomento del asociacionismo sea competencia de la Consejería, las actividades que se subvencionan son totalmente ajenas al ámbito competencial de la Consejería, por lo que no se cumple lo establecido en el R.D. 117/89.

2. El gasto se imputa incorrectamente al Capítulo IV cuando debería hacerse al VII del Presupuesto de gastos de la Consejería de Gobernación.

c) Expediente Subvención a la entidad "C" de Zahara de los Atunes (Cádiz)

Aplicación presupuestaria 0.1.12.00.01.00.480.00.12A.7, importe 750.000 ptas. Documento contable OP.

Notas de reparos de 26 de julio, 5 de mayo y 31 de enero 1994.

La de 26 de julio se remite a la de 5 de mayo, cuyo único contenido no subsanado se refiere a la inadecuada imputación presupuestaria del gasto al Capítulo IV, cuando debe hacerse al VII.

Segundo. Respecto a las discrepancias.-

Frente a las anteriores notas de reparo, el Secretario General Técnico de la Consejería de Gobernación, no conforme con ellas, da cuenta de las discrepancias a esta Intervención General y remite informe contra las mismas, en fecha 3 de agosto de 1994, al efecto de su resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 84 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma y 13 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía.

Las alegaciones en apoyo de su solicitud pueden sintetizarse en la forma siguiente:

a) Expediente Subvención a la entidad "A"

1. Hay que diferenciar la competencia orgánica o formal a la que se refieren la Ley del Presupuesto, Ley del Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma y Reglamento de Intervención, de la competencia material. Esta no puede ser valorada con un criterio técnico-jurídico, sino político, por lo que corresponde a los Consejeros decidir la esfera social, económica, etc. en la que se requiere incidir, deben ser los responsables de los programas quienes valoren la conveniencia de atender a los sectores de la sociedad andaluza de la forma que consideren más conveniente. La fiscalización no consiste en establecer los Organos o Departamentos de gestión, sino fiscalizar la legalidad del gasto.

Aún así, a la Consejería de Gobernación le corresponde una competencia genérica en cuanto al fomento del asociacionismo. Ejemplos de esta actividad se reflejan en las Leyes de Presupuestos de los ejercicios 1993 y 1994 donde se preven subvenciones nominativas a la Confederación de Asociaciones de Vecinos de Andalucía, que no es competencia directa de la Consejería de Gobernación, pero sí indirecta; también se refleja en el hecho de que las distintas Delegaciones de Gobernación conceden subvenciones a cualquier tipo de asociación sin tener en cuenta sus fines, sin que existan Notas de Reparos de las Intervenciones Provinciales por este motivo, por tanto, en función de la unidad de criterio, si se reconoce esta facultad al Delegado Provincial no cabe discutir la del Consejero.

2. La imposibilidad de concurrencia a que se refiere el artículo 18 de la Ley de Presupuestos, no trata, como erróneamente parece recoger la Intervención Delegada, sobre las características del sujeto beneficiario, sino que corresponde observar, además de las especificaciones del sujeto, también las actuaciones sectoriales dentro de los objetivos que persigue la Consejería.

La imposibilidad de la concurrencia se traduce en que no hay otro posible beneficiario, en Andalucía, que cumpla los requisitos, bien del sujeto o también de la inserción de su actuación en relación con los objetos que el Gobierno pretende en esos sectores como dinamizador por su importancia cuantitativa y cualitativa en una zona territorial

determinada a la cual se dirige, su relación de cooperación y fomento con la Administración Local concernida, la importancia de la labor en cuanto continuadora de costumbres populares, culturales y de asociaciones como vertebradora de la realidad social en la cual está enmarcada y por tanto lleva aparejada su singularidad; todo ello tiene una valoración objetiva que es jurídica, pero sobre todo política, en cuanto corresponde al cumplimiento de los programas de la Consejería de Gobernación, valoración que deben efectuar los órganos competentes de ésta.

3. Por último, en cuanto a la imputación del gasto al Capítulo IV parece que se considera como improcedente a raíz de las alegaciones realizadas por el órgano gestor al reparo inicial, deduciéndolo de un párrafo de las mencionadas alegaciones concerniente a demostrar la singularidad de la subvención y por tanto la imposibilidad de la concurrencia; mediante el mismo se pretende acreditar la génesis del déficit del presupuesto asociativo y la necesidad de consolidar la cuenta de gastos generales del sujeto beneficiario. Pero al hacer esta interpretación se está olvidando el resto de la documentación del expediente, pues dicha argumentación (La reflejada en las alegaciones), ya aparece en el primer párrafo de la solicitud; sin embargo, ésta se concede de acuerdo con el “Petitum” de la misma que figura en el último párrafo: “La ayuda económica... será destinada a consolidar la cuenta de Gastos Generales... partidas del ejercicio 1993 (gastos de restauración, luz, teléfonos, transporte de imágenes, becas, ayudas del estudio)..." todas ellas claramente imputables al Capítulo IV del Estado de Gastos del Presupuesto de esta Consejería.

b) Expediente Subvención a favor de la entidad "B"

1. En lo que se refiere a la competencia de la Consejería para subvencionar a esta entidad se reproducen las alegaciones contenidas en el apartado 1) anterior.

2. En cuanto a la actividad a realizar por la asociación, de mera adecuación de unos terrenos para la práctica del aeromodelismo, se considera que entra de lleno en los gastos que corresponden al Capítulo IV.

La Orden de 28 de marzo de 1989 por la que dictan normas para la elaboración del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1990, donde se desarrolla la actual clasificación económica, establece en la definición del Capítulo IV que los receptores de los pagos que se realicen por parte de la Junta y sus Organismos Autónomos, habrán de destinar estos fondos a financiar sus propias operaciones corrientes, y por otra parte al definir los gastos incluidos en el Capítulo II “Gastos en bienes corrientes y servicios”, establece en el artículo 21 que los créditos del mismo se destinan a aquellos gastos que persigan conservar el bien en uso normal, por tanto se entiende que al destinar la asociación la cantidad subvencionada a la conservación de unos terrenos estamos ante una transferencia corriente.

c) Expediente subvención a favor de la entidad “C”

Incidiendo en el argumento expuesto para el caso de la entidad “B”, se entiende que la entidad subvencionada destinará los fondos obtenidos a financiar sus propias operaciones corrientes.

De tratarse de expedientes tramitados por los Servicios de la Consejería con cargo a su Capítulo ll, estaríamos por una parte ante un expediente de obras menor que incluso podría entregar en el ámbito de la Caja Fija y que se abonaría con cargo a la aplicación 212 y por otra, ante un expediente de suministros donde el importe de cada unidad es inferior a 100.000.- ptas.

A la vista de los reparos y discrepancias expuestas, este Centro estima oportuno formular las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Las tres cuestiones que constituyen el objeto de la presente discrepancia son las siguientes:

a) Naturaleza económico-presupuestaria del gasto, en los tres pendientes. En este aspecto, mientras el órgano gestor defiende como correcta su consideración de transferencia corriente imputable, por tanto, al Capítulo IV, el órgano interventor, por el contrario, estima que se trata de transferencias de capital propia del Capítulo VII.

b) Competencia material para el otorgamiento de las concretas subvenciones de que se trata, en dos de los tres expedientes. Aquí, mientras el órgano interventor considera que no la tiene atribuida el Consejero de Gobernación, el órgano gestor alega, por el contrario, que sí cuenta en ella, aunque sea de forma indirecta, y que ello no es materia de fiscalización.

c) Justificación de la imposibilidad de concurrencia, en uno de los expedientes. En esta última cuestión, mientras el órgano interventor mantiene que, al tratarse de una subvención específica, no se ha justificado en debida forma la referida imposibilidad, atendiendo a las singulares características de la entidad beneficiaria, el órgano gestor, con otra distinta perspectiva, considera cumplido el mencionado requisito legal, toda vez que para justificar la imposibilidad de concurrencia no sólo han de tenerse en cuenta las características de la entidad beneficiaria, sino también las actuaciones sectoriales dentro de los objetivos que persigue la Consejería.

SEGUNDA.- Antes de abordar todas y cada una de las anteriores cuestiones, y como quiera que las subvenciones objeto de los correspondientes expedientes de gasto han sido concedidas al amparo del Decreto 117/1989, de 31 de mayo, por el que se regula las subvenciones que otorga el Consejero de Gobernación a las Corporaciones Locales y a aquellas entidades sin ánimo de lucro, que realicen actividades relacionadas directamente con las competencias que tiene asignadas esta Consejería, es preciso analizar una diversidad de cuestiones que derivan del referido Decreto y que han sido objeto de un informe específico elaborado por este Centro Directivo que se acompaña como Anexo de la presente Resolución de **discrepancia,** formando parte integrante de la misma.

Del examen del referido informe, en particular, de su apartado c): “LA FISCALIZACIÓN DE LAS SUBVENCIONES CONCEDIDAS AL AMPARO DEL DECRETO 117/1989”, y como quiera que las cuestiones objeto de la presente discrepancia se circunscriben a la adecuación presupuestaria del gasto, a la competencia para generar

al mismo y la justificación de la imposibilidad de promover la concurrencia, esta Intervención General estima que solo la primera de ellas, es decir, la falta de adecuación de la naturaleza del gasto al crédito al que se pretende imputar, tiene un claro y expreso encuadre en el artículo 83 de la L.G.H.P. y, por tanto, es susceptible de fundamentar un reparo suspensivo del correspondiente expediente.

TERCERA- Entrando ya en las diferentes cuestiones a las que se reconduce la presente discrepancia, y procediendo a analizar cada una de ellas dentro del respectivo expediente de su razón, tenemos que:

A.- EXPEDIENTE DE SUBVENCIÓN A LA ENTIDAD "A". DE JAÉN.

A.1.- ADECUACIÓN DEL GASTO AL CRÉDITO AL QUE SE PRETENDE IMPUTAR.

Para efectuar un adecuado y riguroso examen de esta cuestión hemos de tener en cuenta aquellas actuaciones procedimentales que sean significativas y determinantes del destino de la subvención de que se trata. En este sentido, resultan fundamentales tanto la petición formulada por la entidad subvencionada, como la propia Resolución dictada por el órgano subvencionante. De la primera se deducirá el concreto fin perseguido por quien solicita una subvención a la Administración; y de la segunda se desprenderá la definitiva voluntad de esta última sobre el destino que haya de darse a la subvención aprobada.

En las actuaciones correspondientes al presente expediente consta la solicitud firmada por el Hermano Mayor de la Cofradía, de fecha 20-10-93, en la que se hace constar que la ayuda "…será destinada a consolidar la cuenta de Gastos Generales de la Cofradía, partidas del ejercicio 1993 (gastos de restauración, luz, teléfono, transporte de imágenes, becas y ayudas al estudio), de esta forma el resultado del ejercicio pasaría a constituir el fondo denominado "Camarín de Jesús" por igual cantidad concedida, englobando posteriormente esta cofradía con fondos propios y ayudas de las organizaciones citadas el montante arriba mencionado". De la anterior redacción parece deducirse una clara voluntad de destinar la subvención solicitada a sufragar los gastos corrientes y de servicios de dicha Cofradía, produciéndose, de esta manera, un resultado positivo en el ejercicio de 1993 que iría destinado, posteriormente, a constituir un fondo de inversión ajeno, inicialmente, a la subvención solicitada.

Por otra parte, la Orden de 18 de noviembre de 1993, del Consejero de Gobernación, por la que se conceden subvenciones a entidades sin ánimo de lucro, y en la que aparece la subvención de 6.000.000.- Ptas., a favor de la entidad "A" omite toda alusión al destino que haya que dar a los fondos subvenciones. En consecuencia y ante la referida omisión, es razonable considerar que el fin previsto por la Administración para la subvención concedida no es otro que el solicitado por la entidad beneficiaria. En este punto es necesario desechar la alusión que aparece en el informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Gobernación, de fecha 17-03-94, referido al presunto destino de "restauración" de la subvención concedida, ya que dicha alusión, ni puede tener la virtualidad de modificar el fin declarado por la entidad beneficiaria, ni tampoco ha formado parte de la Resolución de subvención, como último y definitivo acto de la Administración en el que ha de figurar el destino de los fondos subvencionados.

En consecuencia, a juicio de esta Intervención General, el gasto derivado a la subvención concedida a la referida entidad tiene una clara naturaleza de transferencia corriente imputable, como propone el órgano gestor, al Capítulo IV del Estado de Gastos del Presupuesto. Por tanto, procede rectificar el criterio de la Intervención actuante al fundamentar en esta concreta cuestión el correspondiente reparo.

A.2.- COMPETENCIA DEL CONSEJERO DE GOBERNACIÓN PARA CONCEDER LA SUBVENCIÓN.

La subvención a que se refiere este expediente se fundamente, según la Orden de concesión de 18-11-93, en el Decreto 117/1989, de 31 de mayo, por el que se regula las subvenciones que otorga el Consejero de Gobernación a las Corporaciones Locales y a las entidades sin ánimo de lucro. Uno de los requisitos establecidos por el artículo 1.C) del referido Decreto para que se pueda conceder subvenciones a dichas entidades sin ánimo de lucro, es que la actividad de estas últimas "... esté igualmente relacionada directamente con las competencias asignadas a la Consejería de Gobernación". Este requisito, establecido por una norma de carácter general, representa una auténtica limitación a la libre facultad de concesión de subvenciones específicas por parte de los órganos de la Consejería de Gobernación, cuando fundamental concesión en dicho Decreto, y su contenido es ciertamente claro ya que la actividad de la entidad privada beneficiaria de la subvención no sólo debe estar relacionada con as competencias asignadas a la Consejería de Gobernación, sino que, además, dicha relación ha de ser directa.

En el concreto expediente que se está examinando, y una vez cuestionada por la Intervención Delegada la existencia del aludído requisito reglamentario, el órgano gestor ha debido acredítar la preceptiva relación directa entre la actividad de la Cofradía en cuestión y alguna de las concretas competencias asignadas a la Consejería. Sin embargo, ni a lo largo de las actuaciones que integran el expediente, ni tampoco en el escrito de discrepancia que motiva el presente trámite, se ha podido acredítar tal extremo. Se ha llegado, a lo sumo, a invocar una competencia genérica de la Consejería de Gobernación en cuento al fomento del asociacionismo, cuya relación con la actividad de la entidad subvencionada, cuando no sea simplemente inexistente, deberá ser, en última instancia, claramente indirecta. Se ha dictado, en opinión de este Centro directivo, una Resolución de carácter particular vulnerando, en este concreto aspecto, lo establecido en una disposición de carácter general, incurriéndose con ello en la prohibición prevista en el artículo 52 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Con ello, y por otra parte, no se está cuestionando por esta Intervención General la facultad de los órganos competentes de la Consejería de Gobernación para establecer las líneas de subvención que estimen oportunas, ni tampoco para conceder las subvenciones específicas que crean convenientes, sino que sólo se concluye que la concreta subvención objeto de análisis no se ajusta a la norma general invocada para su concesión.

Por otro lado, desde el punto de vista de la función interventora, y como ya se ha puesto de manifiesto en el apartado Segundo de las presentes Consideraciones, esta Intervención General estima que la anterior irregularidad no encuentra un claro y expreso reconocimiento entre las circunstancias previstas en el artículo 83 de la LGHP. Por tanto, su presencia en los trámites de disposición, obligación o pago de una

subvención específica, no puede fundamentar un reparo de efectos suspensivos sino, a lo sumo, una observación en la fiscalización que, en su caso, sea procedente.

Por tanto, procede rectificar igualmente el criterio de la Intervención actuante, no en cuanto a la vulneración del artículo 1.C) del Decreto 117/1989, de 31 de mayo, sino en la consideración de que tal vulneración pueda ser motivo de reparo de la concreta subvención de que se viene tratando.

A.3.- FALTA DE JUSTIFICACIÓN DE LA IMPOSIBILIDAD DE CONCURRENCIA.

De conformidad con lo que dispone el artículo 21. Tres de la vigente Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1994, cuyo tenor literal es idéntico al que recogía el artículo 18. Tres de la Ley del Presupuesto para 1993, "… podrán concederse subvenciones específicas por razón de su objeto, debiéndose acreditar la finalidad pública o interés social que las justifique. Asimismo deberá justificarse la imposibilidad de la concurrencia".

Del análisis detenido de la documentación del expediente remitida a esta Intervención General, y en concreto, de la Memoria justificativa de la Dirección General de Administración Local y Justicia, Servicio de Cooperación Ec. y Estadística con las CC.LL., de fecha 20-12-93, se puede deducir que la finalidad pública o interés social invocado en este caso es la de subvencionar las actividades de la entidad beneficiaria ya que dichas actividades, de tipo cultural e histórico, pueden suplir o complementar las actividades del propio municipio en dicho sentido. En dicha memoria también se justifica la imposibilidad de promover la concurrencia: "Dadas las características de las competencias atribuidas a esta Consejería, que no responden a un tipo de programa sectorial y la imposibilidad de prever con antelación la finalidad de las solicitudes presentadas a lo largo del ejercicio por las diversas Entidades...".

Por todo lo anterior, han quedado cumplidos, al menos formalmente, los requisitos establecidos por la legislación sobre el Presupuesto de la Comunidad Autónoma, sin que este Centro Directivo entienda que sea competente para valorar la suficiencia u oportunidad de las justificaciones invocadas por el órgano gestor.

Consecuentemente, procede rectificar igualmente el criterio de la Intervención actuante al considerar ésta que no se ha demostrado que "la Cofradía subvencionada sea la única existente en el ámbito de la Comunidad Autónoma, con dificultades económico-financieras, para llevar a cabo las actividades que se pretenden subvencionar", extremos éstos no previstos en la normativa legal de aplicación a las subvenciones específicas.

B.- EXPEDIENTE DE SUBVENCIÓN A LA ENTIDAD "B".

B.1.- ADECUACIÓN DEL GASTO AL CRÉDITO AL QUE SE PRETENDE IMPUTAR.

Reproduciendo las consideraciones efectuadas al anterior expediente, en este mismo apartado, hemos de tener en cuenta, por una parte, la solicitud de subvención formulada el pasado día 12 de julio de 1993, por el representante de la referida

Asociación. En dicha solicitud se instaba a la Consejería de Gobernación la concesión de una ayuda económica para sufragar los gastos de la construcción de una pista de aeromodelismo en terrenos de la finca adquirida por la citada Asociación en "X". Las obras previstas consistían, según el presupuesto que acompañaba a la aludida solicitud, en operaciones de desbroce, explanación y compactación de terrenos, desmonte de 40 ctm., explanación de albero cernido y, finalmente, reparación de camino de acceso, todo ello por un importe de 1.694.000.- Ptas. sin IVA. Por otra parte, la Orden de 18-11-93 del Consejero de Gobernación, por la que se conceden diversas subvenciones a entidades sin ánimo de lucro, y entre las que aparece relacionada la que es objeto de la presente discrepancia, no establece el concreto destino asignado a cada subvención concedida, por lo que, al igual que en el expediente anterior, es lógico pensar que dicho destino no es otro que el solicitado por la entidad beneficiaria, es decir, el que se acaba de describir anteriormente.

El destino de la subvención consiste, por tanto, en las obras de construcción de una pista de aterrizaje para la práctica del aeromodelismo.

El órgano discrepante considera, por su parte, que nos encontramos ante unos gastos que persiguen conservar el bien en "uso normal", y que, por tanto, al destinar la Asociación la cantidad subvencionada a la conservación de unos terrenos, estamos ante una transferencia corriente.

Esta Intervención General, sin embargo, no estima de recibo dicha consideración por dos importante razones:

a.- No consta en el expediente que en el terreno donde se van a efectuar las correspondientes obras existiese ya una pista de aterrizaje, circunstancia ésta absolutamente necesaria para considerar a dichas obras como de mantenimiento o conservación.

b.- Tampoco considera la entidad solicitante a dichas obras como de conservación, sino que en su solicitud las califica claramente como de construcción.

Nos encontramos, ajuicio de este Centro Directivo, ante unas obras que en modo alguno pueden ser consideradas como gastos corrientes de la Asociación beneficiaria de la subvención, sino que deben calificarse como un gasto de inversión cuya financiación por parte de la Administración debe entenderse, en última instancia, como una transferencia de capital imputable, en consecuencia, al Capítulo VII del Estado de Gastos del Presupuesto.

Si, además de todo lo expuesto, se tiene en cuenta el motivo de reparo previsto en el artículo 83.a) de la LGHP, resulta obligado ratificar, en este caso, el criterio de la Intervención actuante.

B.2.- COMPETENCIA DEL CONSEJERO DE GOBERNACIÓN PARA CONCEDER LA SUBVENCIÓN.

En este punto, y dada la identidad del presente expediente al analizado con anterioridad, se dan por reproducidas las argumentaciones efectuadas en el apartado A.2.

Procede, en consecuencia, rectificar el criterio de la Intervención actuante en las condiciones previstas en el referido apartado.

C.- EXPEDIENTE DE SUBVENCIÓN A LA ENTIDAD "C". DE CÁDIZ.

C.1.- ADECUACIÓN DEL GASTO AL CRÉDITO AL QUE SE PRETENDE IMPUTAR.

El destino previsto por la entidad solicitante para la subvención concedida tiene una doble naturaleza:

a.- Por una parte, nos encontramos ante las obras de adecuación de un inmueble, por importe de 510.205.- Ptas., IVA excluido.

b.- Por otra, ante la dotación de dicho inmueble con diverso mobiliario, por importe de 558.860.- Ptas., IVA incluido.

Por lo que se refiere a las obras de adecuación del edificio, y desde el punto de vista de su naturaleza presupuestaria, es preciso tener en cuenta que, de conformidad con la Orden de la Consejería de Hacienda y Planificación de 28-03-89, por la que se dictan normas para la elaboración del Presupuesto, el Artículo 21 (reparación y conservación) se destina a aquellos gastos a realizar en bienes propios o arrendados, siempre que lo que persigan sea su mantenimiento en uso normal (conservando su valor). No se incluyen, por tanto, las reparaciones de cierta entidad, reformas y ampliaciones de importancia que aumentan el valor real, las cuales deben contemplarse entre los gastos de inversión. Para la clasificación de este tipo de obras, según la Orden antes aludida, se estará a lo que determina el Reglamento General de Contratos del Estado. En efecto, el artículo 57 de referido Reglamento considera que: El concepto general de reforma abarca el conjunto de obras de ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente". Por tanto, es obvio que los gastos previstos de adecuación de un inmueble por parte de la entidad subvencionada se deben considerar como gastos de inversión y, en consecuencia, imputables al Capítulo VII del Estado de Gastos del Presupuesto.

En cuanto al gasto que representa la compra de diverso mobiliario, también es preciso referirse a la Orden de 28-03-89, la cual determina, en cuanto a la compra del mobiliario y enseres, que: "...El criterio general es que será inversión cuando no se trate de la adquisición de una unidad para reponer otra fuerza de servicio y/o cuando el valor de adquisición exceda de 100.000.- ptas". En el presente supuesto, y no constando en el expediente que el mobiliario de que se trata vaya destinado a reponer otro anterior fuera de servicio, es necesario concluir que también nos encontramos ante un gasto de inversión, imputable igualmente al Capítulo VII.

En consecuencia, teniendo en cuenta todo lo expuesto, y por la misma razón ya expuesta en el inicio final del apartado B.1, también aquí es preciso ratificar el reparo formulado por la Intervención actuante al expediente de que se trata.

En consecuencia, a la vista de todas las anteriores consideraciones, y de conformidad con lo que dispone el artículo 13 del Reglamento de Intervención de la Junta de

Andalucía, esta Intervención General:

RESUELVE

Primero.- Rectificar las notas de reparo formuladas por la Intervención Delegada de la Consejería de Gobernación a la propuesta de pago derivada del expediente relativo a la subvención a favor de la entidad "A", de Jaén.

Segundo.- Ratificar los reparos formulados por la referida Intervención a las propuestas de pagos derivadas de los expedientes de subvención a favor de la entidad "B" y de la entidad "C" de Cádiz, respectivamente.

Todo ello, en los términos y condiciones descritos en las Consideraciones de la presente Resolución.

Se recuerda que de no estar conforme con la presente Resolución, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y el artículo 13 del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, se podrán trasladar las actuaciones, para su definitiva resolución, al Consejo de Gobierno o a la Comisión General de Viceconsejeros, según su cuantía, comunicándolo a la Consejera de Economía y Hacienda en la forma prevista en el artículo 10 del citado Reglamento.

ANEXO A LA RESOLUCIÓN DE DISCREPANCIA

INFORME SOBRE DIVERSAS CUESTIONES PLANTEADAS EN RELACIÓN AL DECRETO 117/1989, DE 31 DE MAYO.

En el ejercicio de su función fiscalizadora de los expedientes de subvenciones concedidas por la Consejería de Gobernación, las Intervenciones actuantes han puesto de manifiesto a esta Intervención General la problemática planteada por la aplicación del **Decreto 117/1989, de 31 de mayo, por el que se regula las subvenciones que otorga el Consejero de Gobernación a las Corporaciones Locales y a aquellas entidades sin ánimo de lucro, que realicen actividades relacionadas directamente con las competencias que tiene asignadas esta Consejería.**

Esta problemática se centra, fundamentalmente, en las cuestiones que se van a analizar a continuación:

A) LA NATURALEZA DE LAS SUBVENCIONES OTORGADAS AL AMPARO DEL DECRETO 117/1989.-

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, la regulación de las subvenciones se contiene en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (L.G.H.P.A.), en el Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía (R.I.J.A.), aprobado por Decreto 149/1988, de 5 de abril, y fundamentalmente, en las anuales Leyes presupuestarias; en concreto, durante el ejercicio de 1994, la normativa contenida en los artículos 21 y 22 de la Ley 9/1993, de

30 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1994.

Esta normativa permite clasificar las subvenciones, conforme a su régimen jurídico, en la siguiente tipología:

a) Subvenciones nominativas

Son aquellas subvenciones que figuran expresamente como tales en la Ley del Presupuesto. Están exceptuadas de fiscalización previa (artículos 81.4 L.G.H.P.A. y 5.2. a) R.I.J.A.).

b) Subvenciones específicas por razón del objeto

Son aquellas subvenciones calificadas como tales por acuerdo del titular de la Consejería. En las mismas, deberá acreditarse la finalidad pública o interés social que la justifique y, asimismo, justificarse la imposibilidad de la concurrencia (art. 21.3 Ley 9/1993). Están exentas de fiscalización previa (artículos 81.4 L.G.H.P.A. y 5.2. b) R.I.J.A.).

c) Subvenciones regladas o normadas

Son aquellas subvenciones que se conceden conforme a lo establecido en una norma reguladora de la concesión, aprobada por el Consejero correspondiente y publicada en el "B.O.J.A." (artículo 21.2 Ley 9/1993). Las normas reguladoras habrán de reunir el contenido mínimo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 9/ 1993. Están sujetas al régimen general de fiscalización.

Una vez analizada la clasificación de las subvenciones, es preciso determinar a qué concreto tipo responden las concedidas por la Consejería de Gobernación al amparo del Decreto 117/1989.

En primer término, es evidente que dichas subvenciones no pueden calificarse, en ningún caso, de "nominativas". Por tanto, estas subvenciones, o bien son "regladas", o bien son "específicas por razón del objeto".

En principio, podría pensarse que se trata de subvenciones "regladas", ya que se conceden por la Consejería de Gobernación al amparo de una norma general, como es el Decreto 117/1989, de 31 de mayo.

Sin embargo, como se ha expuesto anteriormente, subvenciones "regladas" o "normadas" son aquellas que se conceden con arreglo a lo dispuesto en una norma reguladora de la concesión, norma que, para el ejercicio de 1994, ha de reunir como contenido mínimo el establecido en el artículo 21.2 de la Ley 9/ 1993.

En concreto, el apartado 2 del artículo 21 de la Ley 9/1993 dispone lo siguiente:

"A los efectos de lo dispuesto en el número anterior, previamente a la disposición de los créditos, se aprobarán por el Consejero correspondiente, en defecto de regulación específica, las oportunas normas reguladoras de la concesión.

Las normas reguladoras tendrán el siguiente contenido mínimo:

a) Obra, servicio o, en general, finalidad de interés público o social que justifica el otorgamiento de la subvención.

b) Requisitos que han de acreditar los interesados para optar a la subvención y plazo para presentar las solicitudes.

c) Forma y secuencia del Pago de la subvención.

d) Las medidas de garantía en favor de los intereses públicos que puedan considerarse precisas.

e) Plazo de la justificación por parte del beneficiario del empleo de la subvención.

Las normas reguladoras de la concesión aprobadas por el Consejero correspondiente serán publicadas en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía".

De todos estos requisitos exigidos por este precepto como contenido mínimo de las normas reguladoras de la concesión de subvenciones, el Decreto 117/1989 tan sólo recoge expresamente, aunque en algunos casos de forma muy genérica, el previsto en el apartado a) del transcrito artículo 21.2 de la Ley 9/1993.

Por tanto, las subvencíones concedidas al amparo del Decreto 117/1989 no pueden calificarse de subvenciones "normadas" o "regladas".

Si se sostuviese que el Decreto 117/1989 es una norma reguladora de la concesión de subvenciones, y que las otorgadas a su amparo son subvenciones "normadas" o "regladas", habría de concluirse que el mencionado Decreto ha quedado derogado, por ser contrario a lo establecido en el artículo 21 de la vigente Ley 9/1993.

En consecuencia, sí las subvenciones concedidas al amparo del Decreto 117/1989 no son, por razones obvias, subvenciones "nominativas" ni tampoco pueden ser consideradas como subvenciones "normadas" o "regladas", habrán de calificarse necesariamente como subvenciones "específicas por razón del objeto".

Es necesario poner de manifiesto la contradicción existente en la gestión de las subvenciones concedidas al amparo del Decreto 117/1989 por parte de la Consejería de Gobernacíón: así, mientras las concedidas por los Servicios Centrales de la Consejería son calificados en las resoluciones de concesión como subvenciones "específicas por razón del objeto", por el contrario, las otorgadas por las ocho Delegaciones Provinciales de Gobernación no reciben calificativo alguno en las resoluciones de concesión, tramitándose como subvenciones "normadas".

Por tanto, el Decreto 117/1993, de 31 de mayo, puede considerarse como una norma general que regula determinados aspectos del otorgamiento de subvenciones por parte de la Consejería de Gobernación, pero, en ningún caso, como una norma reguladora de la concesión de subvenciones a los efectos del artículo 21 de la Ley 9/1993, de

30 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1994.

En todo caso, la calificación de las subvenciones concedidas por la Consejería de Gobernación al amparo del Decreto 117/1989, de 31 de mayo, como subvenciones "específicas por razón del objeto" implica que ha de respetarse la normativa que para las mismas se establece en los artículos 21 y 22 de la Ley 9/1993, de 30 de diciembre.

B) LA NATURALEZA DEL PAGO DE LAS SUBVENCIONES CONCEDIDAS AL AMPARO DEL DECRETO 117/1989.-

El pago de las obligaciones contraídas por la Junta de Andalucía, en ejecución del Presupuesto, reviste las dos formas siguientes:

a) Pagos "en firme"

Son aquellos en que la propuesta de pago se acompaña de los documentos que acreditan la realización de la prestación o el derecho del acreedor, (artículo 52.2. L.G.H.P.A.).

b) Pagos "a justificar"

Son aquellas en que la propuesta de pago no se acompaña de los documentos acreditativos de la realización de la prestación o del derecho del acreedor, por desconocerse el importe exacto del servicio o por cualquier otra causa que imposibilite de modo absoluto la definitiva justificación al ordenarse el pago (artículos 53.1 L.G.H.P.A. y 45.1 R.T.O.P.). Los perceptores de estas órdenes de pago deberán justificar la aplicación de las cantidades recibidas en unos plazos determinados (artículos 53.2 L.G.H.P.A. y 45.2 R.T.O.P.).

Así pues, la distinción está clara: pagos "en firme" son aquellos en los que, al proponerse, se acredita el derecho del acreedor; pagos "a justificar" son aquellos en que dicho derecho no se acredita, debiendo justificarse su aplicación.

Dentro de la categoría de los pagos "en firme", a su vez se distinguen dos tipos:

a) Pagos en firme "de justificación previa"

Son aquellos pagos en los que no sólo está acreditado el derecho del acreedor (por ello son "en firme"), sino que éste debe justificar, antes de su efectividad, la aplicación de los fondos.

b) Pagos en firme "con justificación diferida".

Son aquellos pagos en los que al proponerse ya está acreditado el derecho del acreedor (por ello son "en firme"), pero en los que el perceptor está obligado a justificar con posterioridad la aplicación de los fondos recibidos.

Por lo que se refiere a las Subvenciones, en primer lugar es preciso afirmar que el pago de las mismas, en todo caso, tendrá la naturaleza de pago "en firme" y nunca

la de pago “a justificar”

Ello es así por la siguiente razón: al proponerse el pago de una subvención, el derecho del acreedor (del beneficiario de la misma) ya se encuentra acreditado, pues su derecho se fundamenta en la Orden o Resolución de concesión de la subvención.

Por tanto, el pago de toda subvención y, entre ellas, el pago de las subvenciones concedidas por la Consejería de Gobernación al amparo del Decreto 117/1989, en ningún caso puede calificarse de pago “a justificar”, sino de pago “en firme”.

En el caso de que la Consejería de Gobernación o sus Delegaciones Provinciales -como ha sucedido en determinadas ocasiones- formule alguna propuesta de pago de subvenciones concedidas al amparo del Decreto 117/1989 como “pago a justificar”, el Interventor actuante deberá interponer el correspondiente reparo.

Una vez precisado que el pago de toda subvención ha de ser “en firme’, es necesario determinar si el mismo es un pago “en firme de justificación previa” o “en firme con justificación diferida”.

En la regulación vigente, se admiten ambas modalidades en el pago de las subvenciones, teniendo esta cuestión una gran importancia, puesto que si el pago de la subvención es de “justificación previa”, podrá abonarse el 100% de la misma, mientras que si es de “justificación diferida” sólo podrá abonarse en un principio el 75% de su importe como máximo.

En efecto, así se establece en el artículo 21.8 de la Ley 9/1993, de 30 de diciembre, precepto aplicable a todo tipo de subvenciones, que dispone lo siguiente:

> “En las subvenciones cuya justificación se efectúe con posterioridad al cobro de la misma, no se podrá abonar al beneficiario un importe superior al 75 por ciento de la subvención, sin que se justifiquen previamente los pagos anteriores”.

Así pues, el pago de las subvenciones concedidas al amparo del Decreto 117/1989 habrá de hacerse en firme, bien de justificación previa, bien con justificación diferida, pero con la consecuencia prevista en el artículo 21.8 de la Ley 9/1993.

Para las subvenciones “normadas” o “regladas”, el artículo 21.2 de la Ley 9/1993, antes transcrito, exige que la norma reguladora de la concesión contenga la “forma y secuencia del pago de la subvención” y el “plazo de la justificación por parte de beneficiario del empleo de la subvención”.

Por tanto, en las subvenciones regladas, la norma reguladora de las mismas determinará si la justificación de la aplicación de los fondos ha de ser anterior o posterior al pago de la subvención.

Sin embargo, para las subvenciones específicas por razón del objeto no existe previsión al respecto en la Ley.

No obstante el silencio legal sobre la cuestión, hay que concluir que la Orden o

Resolución de estas subvenciones habrá de determinar expresamente la forma y plazo de justificación de la aplicación de los fondos recibidos, ya que, en caso contrario, no sería posible aplicar la previsión del artículo 21.8 de la Ley 9/1993.

Por tanto, en el caso de que la Consejería de Gobernación o sus Delegaciones Provinciales conceda subvenciones al amparo del Decreto 117/1989, al tratarse de subvenciones "específicas por razón del objeto" (como se ha expuesto anteriormente), la Orden o Resolución de concesión deberá determinar expresamente la forma de pago por parte del beneficiario, con el fin de poder dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 21.8 de la Ley 9/1993; en caso contrario, el Interventor actuante deberá interponer el correspondiente reparo, en base a lo establecido en el artículo 83.c) de la L.G.H.P.A., y hasta que se concrete el referido extremo.

C) LA FISCALIZACIÓN DE LAS SUBVENCIONES CONCEDIDAS AL AMPARO DEL DECRETO 117/1989.-

El artículo 2 del Decreto 117/1989, de 31 de mayo, dispone que "las subvenciones que se concedan serán fiscalizadas a posteriori por los órganos interventores competentes (...)".

Por su parte, la Orden de la Consejería de Gobernación de 2 de junio de 1989, por la que se delega la facultad de otorgar subvenciones en los Delegados de Gobernación, en su artículo 2 establece que las subvenciones concedidas por éstos "serán fiscalizadas a posteriori por los órganos interventores competentes".

Así pues, según establecen estas normas, las subvenciones concedidas al amparo del Decreto 117/1989 serán fiscalizadas "a posteriori" por el Inventor actuante.

La función interventora se regula en la Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía (L.G.H.P.A.) y en el Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía (R.I.J.A.).

Conforme a lo establecido en el artículo 80.1 de la L.G.H.P.A. y en el artículo 2.1 del R.I.J.A., la función interventora comprende: la intervención previa o crítica; la intervención formal de la ordenación del pago; la intervención material del pago, la intervención de la aplicación de los fondos públicos; el control financiero.

La fiscalización previa o crítica consiste en el examen individual previa de todo expediente o documento en el que se formula una propuesta de gasto, con objeto de conocer si su contenido y tramitación se ajustan a la legalidad económico-presupuestaria y contable vigente (artículo 4 R.I.J.A.).

La aplicación de la fiscalización previa es de carácter general, salvo las excepciones previstas expresamente en la Ley o en normas reglamentarias.

Ahora bien, conforme establece el artículo 5.4 del R.I.J.A., el régimen excepcional de fiscalización no supondrá "en ningún caso, desvío o quiebra de los principios de contabilidad pública".

Las excepciones a la fiscalización previa se contienen en el artículo 81 de la

L.G.H.P.A. En su apartado 2 se prevé que por vía reglamentaria "podrán ser excluidos de intervención previa y sometidos a control posterior aquellos gastos a los que la legalidad vigente permita aplicar dicha técnica de control". Y el apartado 4 -según se ha expuesto anteriormente- establece la sustitución de la fiscalización previa por la toma de razón en las subvenciones nominativas y en las subvenciones específicas por razón del objeto.

Así pues, la normativa vigente reguladora de la Intervención (L.G.H.P.A. y R.I.J.A.), entre las funciones de la misma no se refiere a la "fiscalización a posterior", expresión que emplea el Decreto 117/1989 y la Orden de 2/6/89.

Como se ha puesto de manifiesto, el artículo 81.2 de la L.G.H.P.A. prevé que determinados gastos sean excluidos de la fiscalización previa, que será sustituida por un "control a posterior". Sin embargo, cuando el Decreto 117/1989 y la Orden de 2/6/89 disponen que las subvenciones concedidas al amparo de aquél "serán fiscalizadas a posteriori", esta expresión no puede entenderse en el sentido de que las subvenciones queden sometidas al "control posterior" del artículo 81.2 de la L.G.H.P.A.; lo que el artículo 2 del Decreto 117/1989 viene a establecer -aún con una técnica jurídica defectuosa- es que las subvenciones concedidas a su amparo no se someten a fiscalización previa, sino posterior.

Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, las subvenciones concedidas al amparo del Decreto 117/1989 tienen la naturaleza de subvenciones "específicas por razón del objeto" y, con independencia de lo que pueda establecer el artículo 2 del mismo, dichas subvenciones están exceptuadas de fiscalización previa, que se sustituye por la toma de razón, según establecen el artículo 81.4 de la L.G.H.P.A. y el artículo 5.2.b) del R.I.J.A.

Es importante reflejar que, al igual que sucede con la Intervención crítica o previa, tanto la L.G.H.P.A. como el R.I.J.A. contienen preceptos que regulan las demás modalidades de la función interventora. En concreto, el artículo 83 de la L.G.H.P.A. se refiere a todo el resto del procedimiento general de ejecución de los gastos presupuestarios (disposición, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos), a las que serían aplicables las correspondientes modalidades de la función interventora distintas de la fiscalización previa. Y los artículos 23 a 28 del R.I.J.A. se refieren a la Intervención formal de la ordenación del pago y a la Intervención material del pago.

Si en las fases de disposición, obligación u ordenación de pago, relativas al gasto derivado de una subvención específica por razón del objeto, se advierte la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 83 de la L.G.H.P.A., se deberá emitir la correspondiente nota de reparo, con los consiguientes efectos suspensivos del expediente previstos en el mismo. De igual manera deberán tenerse en cuenta, a estos efectos, la regulación prevista en los artículos 23 a 28 del R.I.J.A. relativos a la intervención formal de la ordenación del pago y la intervención material del pago.

En resumen, en relación con la fiscalización de las subvenciones concedidas al amparo del Decreto 117/1989, se deben deducir las siguientes conclusiones:

1ª) Las subvenciones concedidas al amparo del Decreto 117/1989, al tener la

naturaleza de "específicas por razón del objeto" no podrán ser objeto del examen derivado de la fiscalización previa, ni de ninguno de sus posibles resultados (conformidad, conformidad con observaciones o reparo).

2ª) El anterior régimen excepcional de fiscalización no puede extenderse a las sucesivas fases del procedimiento de ejecución del gasto, a la que será de plena aplicación las normas sobre fiscalización de cada una de ellas; en particular, el artículo 83 de la L.G.H.P.A. y los artículos 23 a 28 del R.I.J.A.

3ª) Al tratarse de subvenciones "específicas por razón del objeto", la fiscalización de las mismas ha de efectuarse en fase "AD", (y así viene exigido por el "listado de tipos de expedientes" del sistema contable vigente). Por tanto, no puede adquirirse el compromiso frente al tercero (es decir, no puede publicarse la Orden o Resolución de concesión y no puede notificarse al beneficiario) hasta tanto no haya sido fiscalizada.

Por todo lo anterior, entiende esta Intervención General que sería conveniente suprimir del Decreto 117/1989 y de las normas que lo desarrollan la referencia a la fiscalización de las subvenciones concedidas a su amparo salvo la que consista en una mera remisión a la normativa general reguladora contenida en la L.G.H.P.A. y en el R.I.J.A. ya que, en todo caso, será ésta la que deba aplicarse.

D) LA ORDEN DE 2 DE JUNIO DE 1989 DE LA CONSEJERíA DE GOBERNACIÓN, DE DELEGACIÓN DE FACULTADES PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES.

La **Orden de la Consejería de Gobernación de 2 de junio de 1989, por la que se delega la facultad de otorgar subvenciones en los Delegados de Gobernación,** modificada por **Orden de 11 de marzo de 1992,** en su artículo 1 delega la facultad de concesión de las subvenciones previstas en el Decreto 117/1989, de 31 de mayo, en los Delegados Provinciales de Gobernación, hasta una cuantía máxima -en la actualidad- de 5 millones de pesetas.

El artículo 2 de la Orden de 2/6/89 establece la siguiente:

"Trimestralmente por la Consejería de Gobernación se librarán a justificar a cada Delegación Provincial, las cantidades que se asignaren para la concesión y pago de las subvenciones que pudieran conceder durante dicho período, que serán fiscalizadas a posteriori por los órganos interventores competentes".

La redacción de este precepto ha de calificarse, cuanto menos, de desafortunada.

El artículo 2 de la Orden de 2/6/89, cuando afirma que por la Consejería "se librarán a justificar" a cada Delegación Provincial las cantidades asignadas, si se entendiera en sentido literal, significaría que la Consejería de Gobernación dispone de Tesorería propia, y que esta Tesorería libra fondos (es decir, envía dinero) a Tesorerías propias de cada Delegación Provincial de Gobernación, las cuales deberán justificar con posterioridad la aplicación de los fondos recibidos.

Sin embargo, esta interpretación del artículo 2 de la Orden de 2/6/89 no puede admitirse, por ser contraria al sistema establecido por la Ley General de la Hacienda Pública de Andalucía (L.G.H.P.A.) y el Reglamento de Tesorería y Ordenación de Pagos (R.T.O.P.).

En consecuencia, el artículo 2 de la Orden de 2/6/89, evidentemente, hay que entenderlo -y así se hace- en el sentido de que para instrumentar la delegación de competencia, el órgano competente de la Consejería de Gobernación efectuará la distribución de los créditos presupuestarios entre las diferentes Delegaciones Provinciales de la Consejería.

Por tanto, entiende esta Intervención General que sería conveniente una modificación del artículo 2 de la Orden de la Consejería de Gobernación de 2 de junio de 1989, en el sentido antes expuesto.

E) LA JUSTIFICACIÓN DE LAS SUBVENCIONES CONCEDIDAS AL AMPARO DEL DECRETO 117/1989.-

El artículo 2 del Decreto 117/1989, de 31 de mayo, dispone que las subvenciones que se concedan a su amparo "serán (.. .) justificadas ante la Consejería en la forma prevista en el Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía aprobado por Decreto 149/1988, de 5 de abril, en sus artículos 38, 81 y concordantes".

Por su parte, el artículo 4 de la Orden de 2 de junio de 1989 establece que "la justificación de estas subvenciones se hará ante la Delegación de Gobernación respectiva, en la forma prevista en el Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía, aprobado por el Decreto 149/1988, de 5 de abril".

La intervención de la aplicación de las subvenciones se regula en los artículos 37 a 42 del R.I.J.A.

Según el artículo 37 del R.I.J.A., dicha intervención consiste en "comprobar que los importes de las mismas han sido invertidos en las finalidades para las cuales se hubieran concedido".

A efectos de la comprobación de la aplicación de las subvenciones concedidas, distingue el R.I.J.A. dos supuestos:

1) Subvenciones concedidas a Organismos Autónomos y Empresas de la Junta de Andalucía y a Corporaciones Públicas obligados a rendir cuentas a la Cámara de Cuentas de Andalucía o al Tribunal de Cuentas, o a ambos (art. 38 R.I.J.A.).

En este caso, la intervención de la aplicación de las subvenciones otorgadas a estos Entes públicos "se realizará, salvo que la normativa reguladora de la subvención exija otros requisitos, mediante la comprobación de la certificación de haber sido registrado en su contabilidad el ingreso de las subvenciones o auxilios percibidos, con expresión del asiento contable practicado".

2) Subvenciones concedidas a personas físicas o jurídicas de carácter privado

(art. 39 R.I.J.A.).

> En este caso, los beneficiarios de la subvención "deberán justificar documentalmente que ha sido ejecutada la obra, realizado el servicio o cumplida la finalidad que haya motivado la concesión", y todo ello "sin perjuicio de la facultad del Interventor General de la Junta de Andalucía y del que haya actuado en la intervención formal del pago, de inspeccionar personalmente las obras o servicios para los cuales se concedió la subvención".

Así pues, la diferencia es clara: si el beneficiario de la subvención es una Entidad pública, para justificar su aplicación basta la certificación de haberse reflejado en su contabilidad el ingreso de los fondos; por el contrario, si el beneficiario es una persona o entidad privada, deberá justificar documentalmente la aplicación de los fondos percibidos.

El Decreto 117/1989, en su artículo 1, prevé que podrán concederse subvenciones: a Corporaciones Locales "para gastos que no comporten inversión" (apartado A); a Corporaciones Locales "para gastos que comporten gastos de inversión" (apartado B); y a Empresas o Entidades sin ánimo de lucro (apartado C).

La justificación de las subvenciones concedidas al amparo del Decreto 117/1989, en virtud de la remisión al R.I.J.A. contenido en el artículo 2 del mismo y en el artículo 4 de la Orden de 2/6/89, se realizará de la siguiente manera:

-Las subvenciones concedidas a Corporaciones Locales (apartados A y B del artículo 1) se justificarán con la presentación de la certificación de haber quedado reflejado en su contabilidad el ingreso.

-Las subvenciones concedidos a empresas o entidades sin ánimo de lucro (apartado C del artículo 1) se justificarán con la presentación de los documentos que acreditan la aplicación de los fondos.

Ahora bien, los Interventores actuantes, en el ejercicio de sus funciones, al proceder a la comprobación de la aplicación de las subvenciones concedidas por la Consejería de Gobernación y sus Delegaciones Provinciales, han comprobado que, en numerosas ocasiones, una Corporación Local solicita una subvención para una determinada actividad o servicio, y una vez recibidos los fondos, esa Corporación Local, en vez de ejecutar por sí misma la actividad, obra o servicio para lo que se concedió la subvención, lo que hace es conceder una subvención a una persona o entidad privada sin ánimo de lucro, que es quien finalmente realiza la referida actividad, obra o servicio.

Esto tiene una gran importancia a efectos de justificación de las subvenciones, pues, en los casos como el expuesto anteriormente, al haberse concedido la subvención a la Corporación Local, para la justificación de la misma basta la certificación de haber sido registrado en su contabilidad el ingreso, sin que sea necesario justificar documentalmente la aplicación de los fondos, aun cuando la actividad, obra o servicio haya sido realizado por una persona o entidad privada, en virtud de la subvención concedida al efecto por la corporación Local.

Esta práctica podría ser constitutiva de un "fraude de Ley", en los términos que aparece definida en el artículo 6.4 del Código Civil, que dice:

> "Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

Con el fin de evitar esta situación, considera esta Intervención General que el Decreto 117/1989, de 31 de mayo, debería sufrir una modificación en el sentido de que, en aquellos supuestos en que una corporación Local solicita una subvención para una determinada actividad, obra o servicio y, una vez concedida aquella, la Corporación no realiza por sí misma o por sus entidades la referida actividad, obra o servicio, sino que concede una subvención a una persona o entidad privada para que sea ésta la que ejecute dicha actividad, obra o servicio, en estos casos, la subvención deberá justificarse con arreglo a las normas de justificación de subvenciones concedidas a personas físicas o jurídicas privadas (artículo 39 R.I.J.A.), ya que son realmente las beneficiarias de la subvención, y no justificarse -como se viene haciendo en la actualidad- con arreglo a las normas relativas a las subvenciones concedidas a Entidades públicas (artículo 38 R.I.J.A.).

F) LAS ACTIVIDADES Y FINALIDADES PARA LAS CUALES SE PUEDEN CONCEDER SUBVENCIONES AL AMPARO DEL DECRETO 117/1989.-

El apartado A) del artículo 1 del Decreto 117/1989 dispone que la Consejería de Gobernación podrá conceder subvenciones a Corporaciones Locales para gastos que no comporten inversión y respondan, entre otras, a "iniciativas o actividades que estén relacionadas directamente con las competencias asignadas a la Consejería de Gobernación".

El apartado B) del artículo 1 del Decreto 117/1989 establece que la Consejería de Gobernación podrá conceder subvenciones a Corporaciones Locales para gastos que comporten gastos (sic) de inversión en obras o servicios que respondan, entre otros, a "obras o servicios cuya finalidad esté relacionada directamente con las competencias asignadas a la Consejería de Gobernación".

Y el apartado C) del artículo 1 del Decreto 117/1989 dispone que la Consejería de Gobernación podrá conceder subvenciones a empresas o entidades sin ánimo de lucro "cuya actividad esté igualmente relacionada directamente con las competencias asignadas a la Consejería de Gobernación".

Así pues, en los tres supuestos de concesión de subvenciones a que se refiere el artículo 1 del Decreto 117/1989, en sus apartados A, B y C (a Corporaciones Locales para gastos que no comporten inversión, a Corporaciones Locales para gastos de inversión y a Empresas o Entidades sin ánimo de lucro, respectivamente) se prevé el otorgamiento de las mismas para iniciativas, actividades, obras o servicios que estén "relacionadas directamente" con las competencias asignadas a la Consejería de Gobernación. Ello exige determinar cuáles son estas competencias.

El Decreto 62/1988, de 2 de marzo, por el que se aprueba la estructura básica de la Consejería de Gobernación, modificado por el Decreto 322/1988, de 22 de noviembre, por el Decreto 123/1991, de 18 de junio, por el Decreto 140/1992, de 28 de julio y por el Decreto 115/1993, de 7 de septiembre, establece la funciones que corresponden a cada una de las Direcciones Generales y demás órganos superiores de la Consejería de Gobernación, dentro de las atribuciones que legalmente corresponden a ésta.

La cláusula contenida en el Decreto 117/1989 en el sentido de que podrán concederse subvenciones para actividades "directamente relacionadas" con las competencias de la Consejería de Gobernación constituye un concepto indeterminado, y una interpretación amplia del mismo puede dar lugar a la concesión de subvenciones para actividades que están más relacionadas con las competencias de otras Consejerías que con las de la Consejería de Gobernación.

Por tanto, los Interventores actuantes, en el ejercicio de su función fiscalizadora de las Ordenes y Resoluciones de concesión de subvenciones al amparo del Decreto 117/1989, salvo cuando se conceden para las iniciativas y actividades previstas en los tres primeros párrafos del apartado A) o para las obras o servicios previstos en los cuatro primeros párrafos del apartado B) del artículo 1 del Decreto, deberán comprobar que la iniciativa, actividad, obra o servicio para el que se concede la subvención a la Corporación Local o a la Empresa o Entidad sin ánimo de lucro están directamente relacionadas con las competencias asignadas a la Consejería de Gobernación; si no lo estuvieran, el Interventor actuante deberá formular la correspondiente observación.

INFORMES, DICTÁMENES Y SENTENCIAS

XII. RESPONSABILIDAD CONTABLE

XII.1. Sentencia del Tribunal de Cuentas sobre plazo de prescripción de la responsabilidad contable.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS (SALA DE APELACIÓN), DE 24 DE FEBRERO DE 1994.

* RESPONSABILIDAD CONTABLE.

– PROCEDIMIENTO.

– PLAZO DE PRESCRIPCIÓN, COMPATIBILIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONTABLE CON EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA.

La Consejería de Hacienda de la Junta de Andalucía dictó resolución desestimando el recurso de reposición presentado por don X. contra resolución en la que se declaraba la responsabilidad contable del mismo y su correlativa obligación de reintegrar determinadas cantidades.

Contra dicha resolución el recurrente presentó recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla, quien declaró la inadmisión del recurso por entender que su conocimiento era competencia del Tribunal de Cuentas emplazándole ante el mismo.

El Sr. X. presentó recurso ante el citado Tribunal en la que se reclamó el expediente administrativo a la Administración que dictó las resoluciones recurridas. Posteriormente, la Sala acordó la entrega del expediente administrativo a la parte recurrente a fin de que formalizara la demanda, como así se hizo, mediante escrito en el que se alegaba, entre otros extremos, prescripción de las responsabilidades que se imputan al propio recurrente; indefensión e improcedencia de la compatibilidad de la jurisdicción contable con la potestad disciplinaria de la Administración; así como la inexistencia de documentos fehacientes que acrediten responsabilidades contables.

La Sala estima parcialmente el recurso, en el sentido de declarar la responsabilidad contable del impugnante en lo que se refiere a ciertas cantidades, y dejar sin efecto los restantes cargos que contiene la resolución impugnada ante la ausencia de documentos fehacientes que acrediten de forma indubitada la existencia de responsabilidades de naturaleza contable.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurrente centra la impugnación jurisdiccional en solicitar la anulación de la Resolución dictada por la Consejería de Hacienda de 16 de septiembre de 1987, que

declaraba la obligación de indemnizar los daños producidos en los caudales públicos, que fueron causados presuntamente por la actividad económico-administrativa del declarado responsable y que asciende a la cantidad de dos millones novecientas noventa y una mil sesenta y una pesetas (2.991.061 ptas.), más los correspondientes intereses.

Alternativamente se pretende la declaración de nulidad de dicha Resolución con retroacción de las actuaciones a su momento inicial, previa práctica de una auditoría que esclarezca los hechos imputados o, en otro caso, se estime la caducidad del expediente disciplinario que le fue incoado por haberse instruido, a juicio del reclamante, al margen de los plazos legalmente establecidos por la normativa en vigor.

A este planteamiento se opone el Letrado representante de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía. Mantiene el representante legal, la corrección de la Resolución combatida, remitiéndose en cuanto a la prueba de los hechos, a los informes que constan en el expediente, la auditoría realizada y el informe del servicio de control financiero de 14 de abril de 1986, ampliado por informe posterior de 30 de enero de 1987.

Idéntica tesis contiene el Ministerio Fiscal, quien hace constar las contradicciones en que incurre el recurrente que contesta puntualmente a todo los extremos comprendidos en el pliego de cargos formulado en su día por el instructor aunque había manifestado anteriormente la imposibilidad absoluta de contestar a los cargos imputados por no disponer de la documentación original. Sus declaraciones tienen, pues, escasa fiabilidad.

Segundo. Una vez delimitado el debate, lo primero que hay que señalar, es que en el recurso interpuesto por el Sr. X. se invocan irregularidades en el expediente administrativo, cuestiones absolutamente ajenas a la competencia de este órgano jurisdiccional.

Este Tribunal de Cuentas, tal y como establece el artículo 49.2 de la Ley de Funcionamiento 7/1988, de 5 de abril, no es competente para conocer de las pretensiones, asuntos o cuestiones atribuidos a otros órdenes de la jurisdicción ordinaria. Es exclusivamente competente para enjuiciar las responsabilidades contables cuyo concepto se contiene en el artículo 38, en concordancia con los artículos 2.b) y 15 de la ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y que se concretan en el artículo 49.1 de la citada Ley 7/1988, tanto la prescripción como la indefensión que el recurrente invoca, se refieren a la incoación del expediente disciplinario. En el ámbito de la jurisdicción contable a efectos de prescripción es aplicable lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley General Presupuestaria y en la Disposición Adicional Tercera. 1 de la expresada Ley 7/1978, que extienden a cinco años el plazo para la exigencia de responsabilidades contables, período que no había transcurrido desde la producción de los hechos hasta su reclamación. No concurren, pues los presupuestos fáctico-jurídicos exigibles para que esta institución jurídica produzca sus efectos.

Por las mismas razones expuestas no es estimable la indefensión que se pretende producida. En el orden jurisdiccional contable, se advierte que el recurrente tuvo a su disposición todas las posibilidades de defensa que ofrece el ordenamiento.

Tercero. El núcleo de la cuestión de este recurso es determinar si la gestión de los

fondos públicos encomendada al recurrente Sr. X. produjo o no menoscabo en los mismos. El recurrente desempeñó en calidad de Funcionario del Cuerpo Administrativo de la Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Salud y Consumo, las funciones de Secretario Administrador desde el 16 de noviembre de 1981 hasta el 1 de diciembre de 1983.

Advertidas diversas irregularidades en el manejo de los fondos, se le instruyó expediente disciplinario administrativo, trasladando el tanto de culpa al Juez penal por presunta malversación de fondos.

El Juez de Instrucción número 9 de Sevilla, tras las investigaciones pertinentes dictó el 3 de octubre de 1985, Auto declarando la inexistencia de infracción penal y ordenando, por ello, el archivo de las Diligencias. Paralelamente se inició ante este Tribunal de Cuentas el procedimiento por alcance en el que figura oficio del Director General de Tributos e Inspección Tributaria en fecha 26 de septiembre de 1986. En él se hace constar que «tras la realización de dos auditorías» la situación de las actuaciones administrativas revela «la imposibilidad de determinar responsabilidades económicas» El Delegado Instructor de este Tribunal propuso el sobreseimiento del procedimiento, situación que igualmente estimó procedente el Ministerio Fiscal, mediante escrito de 21 de noviembre de 1986. Todo ello dio lugar a Auto de fecha 1 de junio de 1987, en el que el órgano de instancia señala «En cuanto al funcionario con X., se le viene instruyendo un expediente... cuyo instructor es el Jefe del Servicio de Impuestos de Lugo, tributos propios y demás ingresos... La situación actual de las actuaciones, tras la realización de dos auditorías, revela la imposibilidad de determinar responsabilidades económicas, si bien se encuentra pendiente de resolución hasta tanto se pronuncie la Jurisdicción ordinaria penal en Diligencias Previas del Juzgado de Instrucción número 9 de Sevilla, que se tramitan por los mismos hechos». La citada Resolución declaró por ello el sobreseimiento provisional del Procedimiento de Reintegro.

Cuarto. La instrucción del procedimiento disciplinario finalizó con la Resolución de la Consejería de Hacienda de fecha 8 de mayo de 1987, que declaró que «con X. adeuda a la Junta de Andalucía la cantidad de dos millones novecientas noventa y una mil sesenta y una pesetas (2.991.061 ptas.), que deberá reintegrarse en el plazo...». Recurrida que fue, se dictó una nueva Resolución de 16 de septiembre de 1987, confirmando la primera.

Quinto, Para cuantificar el perjuicio producido en los caudales públicos, la Resolución dictada el 14 de julio de 1987, ha tenido como base la documentación que acompaña al expediente y que debe ser valorada por esta Sala como prueba fundamental de la imputación de responsabilidad que la citada Resolución contiene.

En primer lugar, se aporta el informe resultado de la auditoría realizada por la Consejería de Salud, que se practicó el cuarto trimestre de 1984, tras analizar los hechos y ponerlos en relación con los documentos que se valoran, el informe llega a determinar: «no podemos realizar una correcta cuantificación de todas las irregularidades en que hubiese incidido el Sr. X. por no tener soportes que nos permitan realizarla».

El Informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía de 14 de abril de 1986, señala «del archivo de la Consejería de Hacienda hemos recopilado la máxima

documentación posible referente a «gastos a justificar» y «personal» de los años 1982 y 1983, encontrándonos con un déficit de la misma, consecuencia de la débil ordenación del archivo». El informe concluye de la forma siguiente: «A la vista de todo lo expuesto... y por la desorganización que muestra tanto la documentación como la gestión de asuntos económicos ya puesta de manifiesto en los informes de la Consejería de Salud y Consumo no podemos realizar una correcta cuantificación de todas las irregularidades...».

Otro informe fue realizado por la citada Intervención General, el 30 de enero de 1987, en el que se estudia la ampliación de ciertos extremos que no se habían incluido en el precedente. En este Informe se analiza la situación a petición del Juez Instructor del expediente. Los extremos que se investigan son: 1) Relación de talones al portador, si bien solamente se incluye la enumeración de los mismos. 2) Identificación de diez facturas liberadas en exceso a favor de la empresa Y., S.A. Dicho documento no se acompaña de la documentación acreditativa del cargo. Ni la Dirección Provincial ni la Intervención General disponen del contrato original celebrado con dicha empresa. La propia Intervención manifestó al respecto en su Informe de 14 de abril 1986: «sin disponer de dicho contrato, no podemos llevar a cabo una cuantificación del exceso, en su caso, del importe satisfecho a Y., S.A.».

De la Consejería de Hacienda se ha obtenido solamente una factura original que obra en su archivo. Se trata de la factura 355/3 a favor de Z., por un importe de 39.271 ptas,, que consta en el informe técnico de la Intervención General de la Junta de Andalucía, cantidad que ha sido abonada, en efecto, de forma duplicada, y que constituye una acción contraria a lo dispuesto en el artículo 141.1, d) de la Ley General Presupuestaria de la que debe responder el Sr. X., puesto que le menoscabo citado es consecuencia de grave negligencia, según se desprende de la prueba documental.

El inculpado aporta alguna documentación original que acredita efectivamente los pagos por él realizados. Se trata de la documentación relativa a la transferencia a Muface -Fondo Especial- Mutualidad General de Sanidad. Así como los recibos en los que consta la transferencia a Muface -Fondo Especial de la Mutualidad de Funcionarios de Gobernación, en concepto de los años 1981 y 1982, de dos funcionarios que se relacionan y por último, se ofrece constancia del reintegro de cantidades por un importe total de 97.770 ptas., con fecha de 3 de febrero y 10 de diciembre de 1983, a la cuenta corriente nº... de la Jefatura Provincial de Sanidad.

Sexto. De lo expuesto, se considera que debe ser estimado parcialmente el recurso interpuesto por el Sr. X. contra la Resolución de la Consejería de Hacienda de la Junta de Andalucía de 16 de septiembre de 1987, desestimatoria de Reposición de la Resolución de 14 de julio del mismo año, sobre declaración de responsabilidades contables.

Los cargos que se imputan, salvo el citado en el apartado anterior y que se eleva a 39.271 ptas., no pueden mantenerse al quedar patente, una vez valoradas las pruebas que aporta la Consejería perjudicada y que han sido recopiladas de forma exhaustiva, la imposibilidad de determinar y cuantificar el posible perjuicio producido por la gestión del Sr. X. Los informes emitidos por la Investigación General de la Junta de Andalucía reflejan, sin lugar a dudas, la imposibilidad material de fijar con las mínimas garantías, el presunto menoscabo, aun cuando se advierten numerosas irregularidades, sin que

pueda aceptarse como argumento para mantener incólume la Resolución impugnada, el que esgrime el Ministerio Fiscal en lo que se refiere a la contradicción advertida en el escrito del recurrente, quien manifiesta la imposibilidad de obtener documentos que avalen su solicitud de exculpación y, a su vez presenta algunas de las facturas y recibidos de los que dice no disponer.

No procede formular imposición de costas al amparo de lo dispuesto en el art. 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, la relación con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas.

COMENTARIO

En la Sentencia que acaba de transcribirse se realiza una detallada valoración de las pruebas documentales incorporadas a los autos, y son tres las principales cuestiones jurídicas que en la misma se abordan: En primer lugar el plazo de prescripción de las responsabilidades contables; en segundo término la inexistencia de indefensión; y, por último, la compatibilidad de la jurisdicción contable con el ejercicio de la potestad disciplinaria.

En lo que se refiere a la primera cuestión apuntada, la citada sentencia se refiere al art. 40 de la Ley General Presupuestaria, así como a la disposición adicional tercera, apartado 1, de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en cuya virtud «las responsabilidades contables prescriben por el transcurso de cinco años contados desde la fecha en que se hubieran cometido los hechos que los originen».

En lo que respecta a la mencionada inexistencia de indefensión, la resolución jurisdiccional comentada advierte que el recurrente tuvo a su disposición todas las posibilidades de defensa que ofrece el ordenamiento jurídico.

Por último, y partiendo del mandato contenido en el art. 18.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, se razona que la jurisdicción contable es plenamente compatible con el ejercicio de potestades administrativas de carácter disciplinario.