

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2002 POR EL QUE SE RESUELVE DISCREPANCIA. EJECUCIÓN DE OBRAS EN BASE AL REAL DECRETO 371/99. TRAGSA. PROCEDIMIENTO. VALOR DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

Se recibe en esta Intervención General discrepancia planteada por la Dirección General ".....", en aplicación de lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid y el artículo 16 del Real Decreto 45/1997, de 20 de marzo, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad de Madrid, respecto del reparo formulado por la Intervención Delegada en la Consejería de "....." al expediente de ejecución por la empresa TRAGSA de las obras de ampliación del Centro de Información de las Dehesas de "ABC".

La Interventora Delegada repara la propuesta de gasto por entender que no procede el encargo de las obras a la empresa TRAGSA al no corresponderse las actuaciones con las comprendidas dentro del objeto social de la empresa, y ello porque *"el hecho de que el edificio en el que se va a ejecutar la actuación sea un Centro de Información Ambiental no justifica su encomienda a TRAGSA"*.

Por la Consejería de "....." se justifica el encargo de las obras a la empresa TRAGSA en base a la consideración de que la ampliación de un Centro de Educación Ambiental, que originariamente fue construido por la propia empresa, se enmarca dentro de las actuaciones constitutivas del objeto social de ésta, en particular, en las contenidas en la letra a) del artículo 2 de los Estatutos de la sociedad así como el artículo 3 del artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, desarrollado por Real Decreto 371/1999, 5 de marzo: *"la realización de todo tipo de actuaciones (...), de conservación y protección del medio natural y medioambiental, (...), así como los necesarios para el mejor uso y gestión de los recursos naturales"*.

Igualmente se hace referencia a la doctrina del precedente administrativo para justificar la necesaria vinculación de la Intervención a los criterios mantenidos con anterioridad, teniendo en cuenta que actuaciones como las que son objeto del presente expediente fueron consideradas conformes por aquella en ocasiones anteriores.

Al escrito de discrepancia se acompaña el expediente administrativo en el que se acreditan los siguientes

ANTECEDENTES

1.- En el marco de los programas de educación ambiental instaurados por la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid para promover la protección y conservación del medio natural, se llevó a cabo la construcción de una serie de centros de educación ambiental emplazados en distintos parajes naturales de la Comunidad de Madrid, encargando la realización de los trabajos a la empresa TRAGSA en calidad de medio propio de la Administración.

Uno de estos centros es el denominado "Centro de Información de las Dehesas de"ABC", ubicado en el Valle de la ".....", en el Km 2 de la carretera a Las Dehesas, dentro del término municipal de "ABC".

2.- Debido a la intensa afluencia de visitantes a esa zona, se consideró conveniente iniciar en el

año 1996 un programa de educación ambiental en dicho centro, que pasó a denominarse "Centro de Educación Ambiental Valle de la", que se continúa desarrollando en la actualidad.

3.- Como consecuencia del continuo incremento de visitantes en los últimos años, y en orden a un adecuado desarrollo de la labor encomendada al centro, se propone la ejecución por la propia empresa TRAGSA de obras en el mismo con la finalidad de *"ampliar el edificio adosando dicha ampliación por su parte posterior y manteniendo la estructura constructiva, calidad y en general todas las características estéticas de la edificación actual, repitiéndolas en la zona a construir"*.¹

Teniendo en cuenta los antecedentes señalados se efectúan las siguientes

CONSIDERACIONES

I

La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, vino a establecer en su artículo 88 un nuevo régimen jurídico para la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA), que posteriormente fue desarrollado por Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo.

El apartado cuarto de dicho artículo establece:

" TRAGSA, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa y, especialmente, aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren".

Configurada TRAGSA como medio instrumental al servicio de la Administración, y admitida, aún con carácter restrictivo, la posibilidad de que ésta lleve a cabo directamente la ejecución de obras con sus propios medios, de acuerdo con lo establecido en los artículos 152 y 153 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, procede un análisis *"ad casum"* del supuesto objeto de discrepancia en orden a determinar si concurren en él las circunstancias necesarias para la encomienda directa de obras a la empresa por parte de la Administración.

¹Véase apartado 3º *Descripción del Proyecto*, de la Memoria del Proyecto de Ampliación del Centro de Información de Las Dehesas de "ABC".

En efecto, como ya se ponía de manifiesto en el Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 12 de diciembre de 2000, *"el carácter excepcional del sistema que estamos analizando determina la necesidad, como ya se ha indicado, de limitar el uso del mismo a los supuestos estrictamente previstos en la norma. Esto supone que en cada caso concreto debe procederse al análisis de la actuación encomendada en relación con el objeto social de TRAGSA, para determinar la viabilidad de la utilización de este mecanismo."*²

Debe tenerse en cuenta además que, no obstante el carácter excepcional que presenta la ejecución de obras por la Administración utilizando sus propios medios, de acuerdo con lo establecido en los artículos 152 y 153 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no debe olvidarse que en el supuesto contemplado en la letra a) del citado artículo 152, esto es, cuando la Administración cuente con servicios técnicos o industriales aptos para la ejecución de la obra, esta modalidad pasará a ser el sistema normal de ejecución, resultando la contratación interpuesta el supuesto excepcional. Esta conclusión se desprende claramente de la redacción del propio artículo, e igualmente aparece respaldada por la doctrina del Tribunal Supremo.³

La cuestión básica, por tanto, se centra en determinar si resulta procedente la realización de las actuaciones objeto del expediente por la empresa TRAGSA como servicio técnico de la Administración, según la letra a) del artículo 152 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por encontrarse aquellas incluidas en su objeto social, debiendo entenderse en caso afirmativo que dicha encomienda resulta el procedimiento normal de actuación.

En este sentido, el citado artículo 88 indica lo siguiente:

"Uno. La "Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima" (TRAGSA) es una sociedad estatal de las previstas en el artículo 6.1 a) de la Ley General Presupuestaria (RCL 1988, 1966 y 2287), que cumple servicios esenciales en materia de desarrollo rural y conservación de medioambiente, con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley.

Dos. Las Comunidades Autónomas podrán participar en el capital social de TRAGSA mediante la adquisición de acciones, cuya enajenación será autorizada por el Ministerio de Economía y Hacienda, a iniciativa de los Ministerios de Agricultura, Pesca y

²La excepcionalidad de la encomienda de actuaciones a TRAGSA como medio propio de la Administración lo es respecto de los principios de publicidad y concurrencia. Según el propio Informe de 12 de diciembre de 2000 *"Los principios que deben informar el actuar administrativo son los de publicidad y concurrencia, por lo que su efectiva aplicación determina que sólo excepcionalmente deben efectuarse procedimientos al margen de los mismos. En consecuencia, como toda excepción ha de ser de aplicación restrictiva (...)"*

³El artículo 152.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece en su letra a):

" Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales, suficientemente aptos para la realización de la obra proyectada, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución."

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6717) indica que *" cuando la Administración tenga montados servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la obra proyectada, deberá utilizarse normalmente el sistema de ejecución directa...Esta previsión atenúa profundamente la excepcionalidad de la ejecución directa que incluso pasa a ser aquí el sistema normal de ejecución."*

Alimentación y de Medio Ambiente.

Tres. TRAGSA tiene por objeto:

a) La realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios agrícolas, ganaderos, forestales, de desarrollo rural, de conservación y protección del medio natural y medioambiental, de acuicultura y de pesca, así como los necesarios para el mejor uso y gestión de los recursos naturales.

b) La elaboración de estudios, planes, proyectos y cualquier tipo de consultoría y de asistencia técnica y formativa en materia agraria, forestal, de desarrollo rural, de protección y mejora del medio ambiente, de acuicultura y pesca y de conservación de la naturaleza, así como para el uso y gestión de los recursos naturales.

c) La actividad agrícola, ganadera, forestal y de acuicultura y la comercialización de sus productos, la administración y la gestión de fincas, montes, centros agrarios, forestales, medioambientales o de conservación de la naturaleza, así como de espacios y de recursos naturales.

d) La promoción, desarrollo y adaptación de nuevas técnicas, equipos y sistemas de carácter agrario, forestal, medioambiental, de acuicultura y pesca, de protección de la naturaleza y para el uso sostenible de sus recursos.

e) La fabricación y comercialización de bienes muebles del mismo carácter.

f) La prevención y lucha contra las plagas y enfermedades vegetales y animales y contra los incendios forestales, así como la realización de obras y tareas de apoyo técnico de carácter urgente o de emergencia.

g) La financiación de la construcción o de la explotación de infraestructuras agrarias, medioambientales y de equipamientos de núcleos rurales, así como la constitución de sociedades y la participación en otras ya constituidas, que tengan fines relacionados con el objeto social de la empresa.

h) La realización, a instancia de terceros, de actuaciones, trabajos, asistencias técnicas, consultorías y prestación de servicios en los ámbitos rural, agrario, forestal y medioambiental, dentro o fuera del territorio nacional, directamente o a través de sus filiales."

De lo anterior se deduce, como refleja el Informe de la IGAE de 5 de febrero de 2001, que "la evolución normativa descrita pone de manifiesto que, desde su creación, ha existido una tendencia legislativa encaminada a ampliar el objeto social de TRAGSA, ampliación que ha tenido lugar en una doble vertiente: asignándole nuevas funciones dentro de su primitivo campo de actuación, que es el sector agrario y rural, y dando entrada a las materias relativas a la conservación de la naturaleza."

El propio informe añade que " del examen de las actividades que constituyen el objeto social de TRAGSA y que figuran relacionadas en el número tres del artículo, se puede deducir que todas ellas tienen como finalidad, bien conseguir un mejor uso y gestión de los recursos naturales, bien procurar la conservación y protección de la naturaleza y del medio ambiente y el desarrollo rural. En consecuencia, el punto de partida de toda interpretación que se haga sobre las actuaciones que pueden encomendarse a TRAGSA en su calidad de medio propio de la Administración, debe ser la necesidad de que las mismas estén vinculadas al desarrollo rural o

a la conservación de la naturaleza y el medio ambiente."

En todo caso, para entenderse incluidas cualesquiera actuaciones en el objeto social de la empresa no basta con la mera referencia genérica e indeterminada a los conceptos anteriormente expuestos, ni el amparo en una relación indirecta con el medio natural, sino que se precisa una justificación inequívoca de que las actividades responden exactamente a la finalidad prevista en la norma, requiriendo para ello el soporte documental necesario para avalar dicha circunstancia.

Pues bien, de los informes que se acompañan al expediente se deduce que las actuaciones encomendadas tienen como objeto la ampliación de un Centro de Educación Ambiental incluido en la red de centros con que cuenta la Consejería de "....." para el desarrollo del programa de educación ambiental.

En principio, parece que la realización de obras de ampliación de un edificio puede resultar en sí misma una actividad ajena a la protección y conservación del medio ambiente, por cuanto no supone incidencia directa en el entorno natural, sin embargo, la amplitud de las previsiones contenidas en el artículo 88 antes citado, al admitir actuaciones de cualquier tipo que se refieran a estos aspectos, invita a considerar como nota característica de los trabajos susceptibles de encomienda a TRAGSA, no tanto su naturaleza, sino la finalidad a que están destinados.

Así, el propio artículo incluye la realización de todo tipo de actuaciones, obras, trabajos y prestación de servicios de conservación y protección del medio natural y medioambiental, así como los necesarios para el mejor uso y gestión de los recursos naturales, lo que, de acuerdo con la interpretación amplia que debe atribuirse a esta norma, significa todo aquello que de una forma fehaciente, ya sea directa o indirectamente, contribuya a la consecución de dichas finalidades.

De acuerdo con todo lo anterior, parece razonable entender que las obras destinadas a mejorar las condiciones de un centro situado en el propio entorno natural, cuya actividad principal es la educación y orientación de los visitantes del mismo sobre los comportamientos adecuados en orden a su conservación y mejor aprovechamiento, pueden calificarse como actuaciones encaminadas al mejor uso y gestión de los recursos naturales, y en consecuencia incluidas en el objeto social de la empresa TRAGSA.

II

En cuanto al concepto de la vinculación de la Administración a los actos propios, alegado en este caso en relación con anteriores actuaciones del Centro Gestor ratificadas por la Intervención Delegada, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, no cabe atribuir valor normativo al llamado precedente administrativo, esto es, la práctica reiterada de la administración en la aplicación de una norma, pues como ha señalado De Castro, nuestro ordenamiento sólo admite la costumbre extra legem, y no la secundum legem, ya que si existe una norma que debe aplicarse no cabe duda de que los sujetos se regirán por lo establecido en la misma, y no por las interpretaciones que ofrezca uno ellos, en concreto la Administración.

Al margen de lo anterior, el precedente reiterado puede tener cierto valor vinculante para la Administración, en el sentido de garantizar, en base al principio de la buena fe, la confianza de

los terceros en los criterios de actuación mantenidos anteriormente, evitando situaciones de discriminación, pero en ningún caso puede admitirse su aplicación como medio para justificar el mantenimiento de un criterio contrario a la legalidad.

En efecto, teniendo en cuenta el sometimiento de la Administración al principio de legalidad en sus actuaciones, es generalmente admitido por la doctrina que aquella pueda apartarse del precedente cuando se trata de rectificar una anterior conducta ilegal o interpretación errónea de la ley. Así lo ha expresado de forma reiterada la jurisprudencia y lo ha ratificado el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 16 de junio de 1982 *"la equiparación en la igualdad, que por propia definición puede solicitar el ciudadano que se siente discriminado, ha de ser dentro de la legalidad y sólo ante situaciones idénticas que sean conformes al ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad, con extensión indebida a la protección de situaciones ilegales, ni tampoco para convalidar jurídicamente los defectos imputables a la siempre limitada eficacia en el plano de los hechos que las actuaciones de los poderes públicos desplieguen para el restablecimiento de la realidad física o jurídica alterada ilegalmente"*.

Por ello, según García de Enterría, resulta evidente que la Administración puede apartarse eventualmente del precedente cuando éste resulte ilegal o erróneo, explicando las razones que le llevan a dicho apartamiento, es decir, se impone a la Administración la obligación de motivar los actos que se separen del criterio mantenido en actuaciones precedentes.

Por tanto, a la vista de estos argumentos, no procede aludir a la vinculación de la Intervención respecto del criterio mantenido en actuaciones anteriores, cuando dicho criterio responda a una interpretación errónea de la Ley, pudiendo aquella separarse en cualquier momento del mismo siempre que se lleve a cabo de forma motivada.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, esta Intervención General formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede resolver al discrepancia entre la Dirección General de "....." y la Intervención Delegada en la Consejería de "....." de la Comunidad de Madrid, a favor del criterio mantenido por el órgano gestor, al entender ajustada a derecho la encomienda a la empresa TRAGSA de las actuaciones descritas en el expediente por parte de dicha Consejería, por quedar éstas incluidas dentro de su objeto social.

Sin perjuicio de lo anterior, no es admisible la referencia a la doctrina del precedente administrativo en relación con el criterio mantenido por la Intervención Delegada en actuaciones anteriores.