

ENMIENDA A LA 1ª PONENCIA: APLICABILIDAD DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, A LAS COMUNIDADES DE REGANTES

Ana Mª Loaiza Gallego

Abogada de la Asociación FERAGUA

alg@feragua.com | <https://www.feragua.com/>

1) INTRODUCCIÓN

Esta enmienda tiene por objeto tratar de ofrecer argumentos que permitan sostener que las comunidades de regantes, en principio, no cumplen los requisitos para ser poder adjudicador y, por tanto, no tendrían que contratar siguiendo las prescripciones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) -sin perjuicio de lo previsto para los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada-.

2) EL ERROR DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES.

A la errónea creencia de que las comunidades de regantes tienen que contratar siguiendo los procedimientos previstos en la normativa de contratación pública por razón de su naturaleza jurídica ha contribuido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC). Éste mantiene que «debe entenderse que las comunidades de regantes ostentan la condición de poderes adjudicadores a los efectos de la legislación de contratos del sector público en aquellos supuestos en los que actúen en gestión de fines públicos, como es el caso del contrato que nos ocupa, de obras relativas a las instalaciones de regadío. Se trata, en efecto, de entidades de derecho público, encontrándose incluidas en el sector público conforme a la genérica referencia que hace el artículo 3.1.c) del TRLCSP a cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo. Ostentan a estos efectos asimismo la consideración de Administración Pública, y por tanto de poder adjudicador, conforme al artículo 3.2.e) del TRLCSP» (Resoluciones de 22 de noviembre de 2013 -expte. 749/2013- y 2 de diciembre de 2016 -expte 1012/2016-, entre otras).

Sin embargo, esta posición del TACRC me parece desacertada por dos razones:

a) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) duda de la aplicación de distintos regímenes de contratación en función de la actividad desarrollada.

Una interpretación en el sentido de que la aplicabilidad de la LCSP puede variar en función de la actividad ejercida, de si el objeto del contrato se considera materia de derecho público (o de interés general), sería contraria al principio de seguridad jurídica.

En la sentencia de 10 de abril de 2008 (Asunto C-393/06), el TJUE mantuvo que puede dudarse de la posibilidad de trazar una separación entre las diferentes actividades de una entidad que tiene una persona jurídica única, un régimen patrimonial y de propiedad único y cuyas decisiones en materia de dirección y gestión son adoptadas de forma unitaria; algo que, además, sería contrario a la seguridad jurídica, a la transparencia y a la previsibilidad que deben regir el desarrollo de los procedimientos de los contratos públicos y todos los contratos celebrados por una entidad que tenga la consideración de poder adjudicador y deba someterse a las Directivas de contratación.

b) La relación entre las comunidades de regantes y la Administración hidráulica no es de vinculación o dependencia jerárquica.

El TACRC, en las resoluciones citadas, incardina a las comunidades de regantes en los arts. 3.1.c) y 3.2.e) del TRLCSP 2011 que se refieren a «entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas».

Sin embargo, la *adscripción* de las comunidades de regantes, como Corporaciones de Derecho Público, al Organismo de cuenca (art. 82.1 TRLA) no puede traducirse en una *vinculación o dependencia* de la Administración hidráulica, como ha sostenido la propia sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2011 (rec. 5670/2006): «Esta naturaleza mixta público-privada de su actividad impide su incardinación indefectible como integrante de la Administración, vinculada o dependiente de la misma en términos de superior jerárquico, existiendo una esfera importante de su actuación ajena e independiente de la Administración caracterizada por la consecución de los intereses privadas de sus miembros».

Personalmente considero que cuando el legislador español define como Administración pública, a los efectos de la LCSP, a las *entidades de derecho público vinculadas o dependientes*, estaba pensando en la Administración institucional, no en la doctrinalmente denominada Administración corporativa.

3) LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO EN EL ART. 3.5 LCSP

Avala la tesis anterior la nueva redacción del art. 3 de la LCSP, que presenta, entre otras novedades, un apartado 5 que dice: «Quedarán sujetos a esta Ley las Corporaciones de Derecho Público cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con el apartado tercero, letra d) del presente artículo».

Si el legislador hubiese considerado a las Corporaciones de Derecho Público como Administración Pública a los efectos de la LCSP, no habría introducido el apartado 5, sino que habría hecho mención a aquéllas en el apartado 2. No sucede así.

Veamos entonces si las comunidades de regantes pueden considerarse poder adjudicador.

A la vista del art. 3.3.d) de la LCSP una entidad adquiere la condición de poder adjudicador cuando se cumplen tres condiciones acumulativas, a saber:

a) que dicha entidad haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

b) que esté dotada de personalidad jurídica; y

c) que su actividad esté mayoritariamente financiada por los poderes públicos o que su gestión esté controlada por parte de éstos últimos, o que más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia sean nombrados por los poderes públicos.

Estas tres condiciones son acumulativas, siendo, en cambio, alternativos los requisitos a los que se refiere la condición expresada en la letra c).

Es precisamente la concurrencia del requisito c) lo que va a determinar si las comunidades de regantes cumplen las condiciones para ser poder adjudicador o no; ya que es notorio tanto que cuentan con personalidad jurídica como que el grueso de las actividades que realizan se destinan a satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil.

Pues bien, en las comunidades de regantes no se da ninguna de las circunstancias de la letra c), que impliquen un control de su actividad por parte de los poderes públicos, en los términos interpretados por la jurisprudencia comunitaria:

a) Su actividad no está financiada mayoritariamente por ningún poder adjudicador:

Es la Junta General la que aprueba anualmente los presupuestos de gastos e ingresos de la Comunidad de Regantes y las derramas que se girarán a los partícipes para contribuir al sostenimiento de la misma (art. 216 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aprobado por R.D. 849/1986, de 11 de abril -RDPH-). La actividad de las comunidades de regantes está financiada mayoritariamente por las derramas de los comuneros.

b) Ningún poder adjudicador nombra a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia:

Es la Junta General la que elige al presidente y vicepresidente de la comunidad y a los vocales titulares y suplentes de la Junta de Gobierno y del Jurado de Riego (art. 216 RDPH). Ni el Organismo de cuenca ni ningún otro poder público tienen capacidad para influir en la decisión de los miembros de los órganos colegiados de la comunidad de regantes.

c) Ningún poder adjudicador controla la gestión de las comunidades de regantes:

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en este apartado debe examinarse si los controles crean una relación con los poderes públicos que permite a éstos influir en las decisiones de la comunidad de regantes en materia de contratación. Es decir, los mecanismos de control deben permitir una relación entre la comunidad de regantes y los poderes públicos equivalente a la que existe cuando se cumple alguna de las otras dos alternativas, a saber, la financiación mayoritaria por el sector público o que éste nombre más de la mitad de los miembros que integran los órganos de administración, dirección o vigilancia de la entidad.

La tutela que los Organismos de cuenca ejercen sobre las comunidades de regantes se ejerce por dos vías:

1) A través de la aprobación de las ordenanzas y sus modificaciones, con la prevención de que no podrá denegar la aprobación de las mismas ni introducir variantes en ellas sin previo dictamen del Consejo de Estado (art. 81.1 TRLA);

y 2) A través del recurso de alzada contra acuerdos de la Junta General y la Junta de Gobierno (art. 84.5 TRLA).

Esta facultad revisoria de los Organismos de cuenca, limitada a comprobar la legalidad de determinados acuerdos de las comunidades de regantes, es un control a posteriori que difícilmente se puede traducir en la capacidad para gobernar su gestión ni en la facultad de la Administración hidráulica de intervenir y controlar las decisiones de las comunidades de regantes en materia de contratación.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 12 septiembre 2013, C-526/11 (TJCE 2013\273), ha manifestado que *en principio, un control a posteriori no cumple dicho criterio cuando tal control no permite a los poderes públicos influir en las decisiones del organismo de que se trata en materia de contratos.*

Esta sentencia sigue el criterio ya establecido en la de 27 de febrero de 2003, Asunto C-373/00 (TJCE 2003\51), en la que el Tribunal señaló que un mero control a posteriori no se ajusta al requisito de control de la gestión, porque tal control debe originar una dependencia del organismo de que se trate frente a los poderes públicos, equivalente a la que existe cuando se cumple uno de los otros dos criterios alternativos (el de la financiación mayoritaria o el del nombramiento de mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de ese organismo), permitiendo así a los poderes públicos influir en las decisiones de dicho organismo en materia de contratos.

Es difícil sostener que la posibilidad de recurrir en alzada los acuerdos de la Junta General o la Junta de Gobierno de las comunidades de regantes origine una relación de dependencia jerárquica entre éstas y la Administración hidráulica.

4) CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA

Además de los contratos onerosos que celebren las entidades enumeradas en el art. 3 LCSP, de conformidad con el art. 2.2, estarán sujetos a la Ley, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados por poderes adjudicadores que celebren otras cualesquiera personas físicas o jurídicas en los supuestos del art. 23.

De conformidad con los art. 19 y 23 LCSP son contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada algunos contratos de obras y los contratos de servicios que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50% de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.548.000 euros (obras) y 221.000 euros (servicios).

Cuando nos encontremos ante un contrato de estas características serán de aplicación las normas previstas para los mismos en la LCSP, aun cuando se celebren por particulares y entidades que no sean sector público.

5) CONCLUSIÓN

La contratación de las comunidades de regantes sólo estará sujeta a la LCSP si cumplen los requisitos para ser poder adjudicador, según lo dispuesto en el art. 3.5. Algo que, con carácter general y analizado a la luz de la jurisprudencia europea, no pasa.

La contratación de las comunidades de regantes sí estará sujeta a la LCSP cuando nos encontramos ante el supuesto del art. 23 LCSP, relativo a los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada.

Esta es la enmienda que presento a la 1ª ponencia del XIV Congreso Nacional de Comunidades de Regantes, sin perjuicio de otro criterio mejor fundado en Derecho, en Torrevieja (Alicante), a 27 de marzo de 2018.