



INFORME 3/2020, DE 9 DE JUNIO DE 2021, SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE SOCIEDAD MERCANTIL MUNICIPAL PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA S.A. A LOS EFECTOS DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

I - ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Benalmádena en su condición de presidente de la sociedad mercantil municipal, Puerto Deportivo de Benalmádena SA (en adelante PDB SAM), solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“D. VICTOR NAVAS, Alcalde del Ayuntamiento de Benalmádena en su condición de presidente de la sociedad mercantil municipal, PUERTO DEPORTIVO DE BENALMÁDENA SA, en adelante PDB SAM, ante la comisión comparece al objeto de formular consulta sobre la condición o no de poder adjudicador de esta mercantil, como mejor proceda, DICE,

I.- OBJETO Y FUNDAMENTACIÓN DE LA CONSULTA:

La presente consulta tiene por objeto despejar la Naturaleza Jurídica de PDB, SAM, a fin de determinar su grado de sujeción a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Interesa a este mercantil saber si tiene naturaleza de “poder adjudicador” con los efectos prevenidos en el art. 3.3. d) del mencionado texto legal; o si, por el contrario, carece de dicha condición, de modo que tan solo debería ajustar su actuación a la LCSP como “otro ente del sector público”, lo que implicaría la aplicación de la citada Ley, tan solo en lo establecido en los art. 321y 322 como “entidad del sector público que no tiene el carácter de poder adjudicador”

A nuestro juicio la Ley afecta de forma directa a la naturaleza de PDB SAM, en tanto en cuanto, entendemos más que dudoso el carácter de poder adjudicador, ya que como desarrollaremos mas adelante, y tal como establecen las propias directivas europeas de aplicación, las instancias judiciales europeas y la doctrina española más autorizada, el hecho de que se denomine como empresa pública o una empresa privada de capital público en nada tiene que ver con la condición o no de poder adjudicador, pues no es el criterio “formal” lo decisivo o determinante, no lo es su denominación, sino el “funcional”, en virtud del que se analizan entre otros los siguientes factores:

- *El carácter industrial o mercantil.*
- *La realización o no de un servicio público.*
- *El control o vigilancia de su órganos de administración (aunque muchos autores opinan que este hecho no lo configura como poder adjudicador, sino como ente público).*
- *Operar en condiciones de mercado.*
- *El ánimo de lucro.*
- *La asunción íntegra de los riesgos derivados de su actividad sin contar con el respaldo o apoyo económico del órgano al que pertenece y tutela... etc*

Finalmente, y si el organismo en cuestión no figura en el listado que comprende la Directiva 93/37, que no es ni mucho menos exhaustiva, procede comprobar en cada caso la situación jurídica y fáctica del mismo, tal como ha





establecido el STJE en St de 27 de febrero de 2003 (Adolf Truley, ap.43), para determinar a la luz de los parámetros desarrollados en el derecho europeo si reúne la condición de poder adjudicador.

Esto último es lo que desarrollamos en esta consulta, donde analizaremos los antecedentes fácticos relativos a la constitución, composición y funcionamiento de PDBSA, los criterios generales que, según la jurisprudencia, la ley y la doctrina más especializadas se deben aplicar a un ente para entender que éste es poder adjudicador, y por último el análisis y su comparación con la actividad que realiza PDB,SAM.

II. ANTECEDENTES:

Relacionamos de forma esquemática las circunstancias más relevantes de esta sociedad, que puedan incidir en la valoración de esta consulta:

1. Creación:

Fue creada como empresa privada municipal con la forma de Sociedad Anónima mediante escritura otorgada el uno de julio de 1996, ante la Notaria del Ilre. Colegio de Granada D^o Ana Valdivieso Gago, por quien fue su alcalde, Sr Bolín Pérez Argemí, facultado por acuerdo de Pleno de la Corporación celebrado los días 27 y 31 de mayo de 1996. Se adjunta copia de dicha escritura señalada de Doc.1.

2. Se constituyó con un capital social ascendente a 10.000.000 ptas (60.000,00 €), en la actualidad y tras varias ampliaciones asciende a 800.101,22 €, íntegramente desembolsado. Se adjunta la correspondiente nota del RM señalada de Doc.2.

3. Se rige por sus estatutos y normas legales de aplicación (Ver escritura, Doc.1 Páginas 31 a la 50).

4. Se amplían las actividades autorizadas en el título concesional mediante resolución de la Dirección Gerencial de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía de 5 de abril de 2018 de aprobación de adenda al reglamento de servicio de policía del puerto deportivo de Benalmádena, para la regulación de actividades comerciales e industriales que no requiera ocupación del dominio público portuario. Se adjunta dicha adenda señalada de Doc.3.

5. Objeto social:

Viene recogido en el artículo 2 de los estatutos del siguiente modo “Constituye el objeto social de la Empresa llevar a cabo las tareas técnicas, jurídicas y económicas tendentes a la promoción y gestión del Puerto Deportivo de Benalmádena, conforme a la concesión administrativa ofertada en su día al Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena.

Será objeto, asimismo, de la Sociedad la conservación, mejora explotación de las instalaciones portuarias, así como la realización directa o indirecta de las obras necesarias para las ampliaciones de las instalaciones que les sean autorizadas legalmente; el fomento de las actividades turísticas y deportivas y el cobro de los precios públicos que al efecto establezca el Ayuntamiento en Pleno”

6. Órganos sociales:

a. Junta General: “Constituida por la corporación en Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena, cuando sea convocada expresamente con tal carácter”.(Art. 15 E.T.)

b. Consejo de Administración: (Art. 19 ET) “Integrado por la Presidencia y 8 vocales, y sus respectivos suplentes, dos de los cuales serán miembros de la corporación, y las seis restantes personas especialmente capacitadas. Todos los miembros del Consejo serán designados por la Junta general(...)

c. Presidente: “EL Alcalde es Presidente nato y presidirá el consejo siempre que asista, pudiendo designar un Presidente efectivo, miembro de la corporación y perteneciente al Consejo

El Presidente del Consejo de Administración será considerado como Presidente de la Empresa, y le corresponde velar por el cumplimiento de los acuerdos del Consejo, la cual representa permanentemente, y ejerce la alta inspección de los servicios”

7. Ingresos: En la lista adjunta aparecen todos los conceptos que integran los ingresos de mi apoderada en 2017. Se adjunta señalada de Doc. 4.



8. De mismo modo se adjuntan en prueba de la existencia de ánimo de lucro las declaraciones del impuesto de sociedades de los años 2018 y 2017. Se adjuntan señaladas de Doc. 5 y Doc. 6.

III.- DETERMINACIÓN CON CARÁCTER GENERAL DE LA CONDICIÓN DE PODER ADJUDICADOR: ANÁLISIS DE LAS DIRECTIVAS, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA AUTORIZADA:

Para el inicio de este análisis no debemos olvidar en caso alguno que partimos de lo establecido en la LCSP, en relación con la consideración de poder adjudicador:

Art. 3.3. d LCSP “Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:

- a) Las Administraciones Públicas.
- b) Las fundaciones públicas.
- c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
- d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.”

Una vez dicho lo anterior, debemos seguir los parámetros de las directivas para poder considerar un ente determinado como poder adjudicador, en definitiva, la LCSP no es más que una trasposición de aquellas, como entiende la doctrina más autorizada. El proceso interno de aproximación legislativa es complejo, pero ha de tener como meta conseguir una correcta elaboración de la norma de transposición que ayude a materializar el principio de seguridad jurídica y evite una legislación confusa, oscura e incompleta, o ilegal, por vulneración del ordenamiento de la Unión Europea; y deviene eficaz al margen de la norma o acto de transposición, si de su contenido se deducen derechos o deberes subjetivos, teniendo en tal caso un efecto directo sobre los ciudadanos, que no tienen por qué soportar los efectos desfavorables de una norma interna contraria. Así lo afirma el TJCE en sentencia de 1979 (asunto Ratti) “una jurisdicción nacional ante la que un justiciable que se ha ajustado a las disposiciones de una Directiva presenta un recurso dirigido a la aplicación de una disposición incompatible con esa directiva no introducida en el orden jurídico interno..., debe acceder a la demanda, si la obligación es incondicional y suficientemente precisa”.

Siguiendo cuanto antecede, y en base a la STJCE de 27 de febrero 2003 (Adolf Truley, ap. 43), habida cuenta que la lista de entidades sujetas a la Directiva 93/37 no es exhaustiva, se concluye que cuando un organismo determinado no figura en dicha lista procede comprobar en cada caso la situación jurídica y fáctica del mismo, con el fin de analizar si satisface o no una necesidad de interés general. En orden a esta determinación “caso por caso”, debe examinarse “la existencia o ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes relativos a la creación del organismo y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (STJCE de 16 de octubre de 2003 Comisión contra España que cita sentencias anteriores: Adolf Truley y Riita Korhonen Oy)”.

La Directiva 2014/24/UE, de contratación pública incluye la definición de «Poderes adjudicadores»: el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público. Definiendo a los organismos de derecho público como “cualquier organismo que reúna todas las características siguientes:

- a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
- b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y
- c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la



mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público”.

En el mismo sentido la STJUE de 5 de octubre de 2017, LitSpecMet y Vilniaus, as. C-567/15, establece la necesidad de concurrir las tres condiciones a la vez, es decir de forma acumulada.

Por su parte la STJUE de 15 de enero de 1998, Mannesmann indicaba que, si hay una función de interés general -indudable cuando el ámbito de la actividad se designa habitualmente bajo la expresión de «obligaciones de servicio público¹», al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una vis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse a ese ente sometido a la regla de contratación pública. En consecuencia, los entes instrumentales que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público, se encuentran sometidos al régimen de la legislación de contratos públicos. La STJUE de 10 de noviembre de 1998, BFi Holding, insiste en esta idea, entendiendo que estamos en presencia de un poder adjudicador cuando la función es de interés general, aunque, y este dato es de gran relevancia, la actividad se preste en régimen de competencia. Es decir, prima el dato teleológico de la actividad que desarrolla ese ente adjudicador. En esta jurisprudencia se distingue, en definitiva, entre necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil con las necesidades que no tengan dicho carácter. Esta misma doctrina se recoge en las STJUE de 17 de diciembre de 1998, Irish Forestry Board, 27 de febrero de 2003, Adolf Truley y 22 de mayo de 2003, Korhonen.

Siguiendo a Ricardo DE VICENTE DOMINGO, quien ha recogido la construcción jurisprudencial europea del concepto, podemos citar los siguientes hitos relativos a este requisito:

1. El concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil es un concepto autónomo de derecho comunitario (STJCE de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, ap. 45; y STJCE de 16 de octubre de 2003, Comisión contra España, apartado 79 y 80, en relación con la directiva obras).
2. En relación con el anterior concepto, el derecho comunitario se decanta claramente por un criterio funcional, no formal: según nuestro planteamiento, este criterio funcional se erige en la nota clave y característica del poder adjudicador, ya que el dato positivo de que otro “poder adjudicador” financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión, o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia, no lo configura como poder adjudicador, sino como mero ente integrante del “sector público”.

De conformidad como se establece en el Informe 38/13 que versa sobre “Consideración como poder adjudicador de una sociedad de economía mixta” Emitido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, “ (...) el hecho determinante será el de si una sociedad pretende satisfacer o no intereses generales. Esto es, parece deducirse, que para atribuir la condición de poder adjudicador, será necesario acudir y atender al objeto social de las sociedades mercantiles siendo este necesario que éste sea el de satisfacer el interés general, mediante actividades de distinta naturaleza, que, aunque mercantiles o industriales estatutariamente, carecen de esta naturaleza a los efectos de poder ser o no calificadas como poder adjudicador.” Termina entendiendo que la sociedad en cuestión tiene la consideración de poder adjudicador en tanto en cuanto su objeto social es la de “de

¹La doctrina viene entendiendo como servicio público, aquellos esenciales como la sanidad o educación, el suministro de agua, la energía eléctrica, el transporte..., aquellas prestaciones caracterizadas por el hecho de resultar indispensables para el ciudadano, contiguas regulares y uniformes, regidas por la igualdad de trato. Poco tiene que ver con el servicio público así entendido, la gestión del Puerto Deportivo de Benalmádena. De hecho el TC establece que según el Tribunal Constitucional podemos entender por interés general, cuando “nos hallamos ante un principio general, de rango constitucional, que gobierna el proceso de establecimiento, aplicación e interpretación del Derecho en términos generales y concretamente referido a la identificación y satisfacción de las necesidades de carácter público, imputándolos a determinados sujetos públicos y legitimando pues la actividad de éstos para su satisfacción. El principio cumple una clara función directiva en torno al desarrollo normativo del orden constitucional en programas administrativos. Debemos concebirlo, ante todo, como un fin común identificado directamente en la Carta Magna o surgido de alguna forma en el curso del desarrollo constitucional a partir de bienes y valores establecidos previamente por aquélla”.



abastecimiento de agua a la población, participa de este concepto de actividad destinada a satisfacer necesidades de interés general”

Tan obvio es que PDB, SAM, no satisface necesidades de interés general, como que tiene carácter mercantil como toda sociedad anónima en el derecho español, aunque esta denominación no determina, por el criterio funcional su condición o no de poder adjudicador. No obstante, el parámetro de interpretación es el Derecho Comunitario, y de la aplicación que del mismo se ha hecho por el Tribunal de Justicia. Por ello, no se puede sostener que el hecho de tales entidades tenga —conforme al Derecho interno— formas mercantiles excluye que estén en este nivel de aplicación, como se estableció en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea de 15 de mayo de 2003 «el estatuto de Derecho privado no es un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora...».

A fuerza de ser reiterativos y respecto a qué debemos entender por carácter industrial o mercantil el Tribunal de Justicia de las Comunidades, haciendo abstracción de la forma de la entidad y su categorización conforme al derecho interno, ha entendido que lo determinante, para entender que existe dicho carácter industrial o mercantil, es:

- Que la entidad en cuestión opere en condiciones normales de mercado.*
- Tenga ánimo de lucro como objetivo principal.*
- Asuma de los riesgos derivados de la actividad.*

IV.- CONCLUSIÓN. - *Analizando cuanto antecede debemos concluir en que:*

1ª. PSBSA es y se comporta como un auténtico agente económico, careciendo de funciones administrativas y de las prerrogativas de las que goza la administración.

2ª. Actúa en todo caso con medios propios, en condiciones de igualdad en el mercado, y en régimen de competencia.

3ª. Utiliza las técnicas del derecho privado en el tráfico mercantil.

4ª. Carece de respaldo financiero, o de inyección pública por parte del Ayuntamiento ni de ningún otro organismo público, es decir hay riesgo de entrar en quiebra ante una mala gestión o determinadas contingencias económicas, ASUMIENDO EN TODO CASO LOS RIESGOS DE SU ACTIVIDAD.

5ª. El hecho de que esté controlado por el sector público en lo que se refiere al nombramiento de los miembros de su consejo de administración, no implica más que sea un órgano del sector público, pero no que tenga la consideración de poder adjudicador”.

II - INFORME

Previamente al examen de fondo de la cuestión suscitada, es necesario señalar que los informes que se soliciten a este órgano consultivo habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública. No le compete a este órgano consultivo asesorar jurídicamente a la entidad solicitante para la toma de decisiones respecto a las relaciones jurídicas que mantenga con terceros, si bien, en el presente caso realizaremos algunas consideraciones a fin de dilucidar la naturaleza jurídica de la entidad que gestiona el puerto deportivo de municipio de Benalmádena, Puerto Deportivo de Benalmádena, S.A.M. a efectos del régimen de contratación y, en consecuencia, su grado de sometimiento a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cabe señalar que el Ayuntamiento de Benalmádena es titular de una concesión administrativa otorgada mediante Resolución del Consejo de Ministros del Gobierno de España con fecha 7 de abril de 1972, por un plazo de vigencia de 50 años, con destino a la construcción y explotación de un puerto deportivo. Esta



Resolución otorga autorización al Ayuntamiento de Benalmádena para la construcción y explotación de un puerto deportivo de base o internada adquiriéndose en propiedad los terrenos ganados al mar, en la Playa de Fuente de la Salud, del término municipal de Benalmádena, aprobándose en esa misma Resolución el Reglamento de Servicios y Policía del puerto. La concesión administrativa fue otorgada conforme a la Ley 55/1969, de 26 de abril de Puertos Deportivos y su reglamento, por lo que se construye especialmente destinado para dar abrigo a embarcaciones deportivas y de recreo. El puerto se terminó de construir en el año 1982.

Posteriormente, mediante Real Decreto 3137/1983, de 25 de agosto, se transfiere a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia sobre puertos que no tuvieran la consideración de interés general para el Estado, encontrándose entre los puertos transferidos, el Puerto Deportivo de Benalmádena.

Desde el año 1996, este puerto deportivo se gestiona a través de la entidad denominada Puerto Deportivo de Benalmádena, S.A, que es una empresa municipal con forma de sociedad anónima, creada mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Benalmádena celebrado los días 27 y 31 de mayo de 1996, otorgándose escritura de constitución el 1 de julio de 1996. Tal y como consta en la escritura de constitución de la sociedad anónima y en la nota del Registro Mercantil de Málaga, la sociedad tiene un socio único que es el Ayuntamiento de Benalmádena. El 100% del capital social fue totalmente suscrito y desembolsado por el socio fundador.

1.- La primera cuestión a dilucidar con respecto a la naturaleza jurídica de la entidad Puerto Deportivo de Benalmádena S.A. (en adelante PDB SAM) a efectos de la LCSP es determinar si dicha entidad forma parte o no del sector público. De este modo, el art. 3.1. de la LCSP establece que *“A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades: h) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre”*.

La entidad consultante manifiesta que el capital es íntegramente público, estando suscrito al 100% por el Ayuntamiento de Benalmádena, por lo que es evidente que forma parte del sector público, y más concretamente del sector público local. Así, el Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales, en su artículo 2 *“Alcance subjetivo del Inventario de Entes del Sector Público Local”* establece que se consideran integrantes del Inventario de Entes del Sector Público, entre otros, *“d) Las sociedades mercantiles en las que se dé alguna de las siguientes circunstancias:*

- Que la entidad local, sus entes dependientes, vinculados o participados por la misma, participen en su capital social, directa o indirectamente, de forma mayoritaria.*
- Que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, disponga de derechos de voto mayoritarios en la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.*
- Que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.*
- Que el administrador único o la mayoría de los miembros del consejo de administración de la sociedad, hayan sido designados en su calidad de miembros o consejeros por la entidad local, organismo o sociedad mercantil dependientes de la entidad local.”*

A tenor del apartado d) del precepto transcrito y de las circunstancias societarias reflejadas en los antecedentes de esta consulta queda claro que PDB SAM es un ente del sector público local, y como tal se encuentra incluido en el Inventario de entes públicos locales del Ministerio de Hacienda, como sociedad municipal del Ayuntamiento de Benalmádena.



2.- En segundo lugar, y una vez determinado que PDB SAM forma parte del sector público pero descartado que deba considerarse Administración Pública, debemos analizar los parámetros legalmente establecidos que permiten determinar si debe calificarse como poder adjudicador.

Conforme al artículo 3.3. d) LCSP: *“se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades: d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.”*

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3.3 d) LCSP, por tanto, habrá que analizar en primer lugar si la entidad ha sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, antes de analizar los demás condicionantes que se establecen en el propio apartado.

La consultante niega en su petición la concurrencia de esta circunstancia cuando señala que *“1º. PDB SAM es y se comporta como un auténtico agente económico, careciendo de funciones administrativas y de las prerrogativas de las que goza la administración. 2º. Actúa en todo caso con medios propios, en condiciones de igualdad en el mercado, y en régimen de competencia. 3º. Utiliza las técnicas del derecho privado en el tráfico mercantil. 4º. Carece de respaldo financiero, o de inyección pública por parte del Ayuntamiento ni de ningún otro organismo público, es decir hay riesgo de entrar en quiebra ante una mala gestión o determinadas contingencias económicas, asumiendo en todo caso los riesgos de su actividad. 5º. El hecho de que esté controlado por el sector público en lo que se refiere al nombramiento de los miembros de su consejo de administración, no implica más que sea un órgano del sector público, pero no que tenga la consideración de poder adjudicador”*,

Debemos analizar no obstante lo que dicen los estatutos sociales sobre el objeto social de PDB SAM, en concreto, señalan que *“Constituye el objeto social de la empresa llevar a cabo las tareas técnicas, jurídicas y económicas tendentes a la promoción y gestión del Puerto Deportivo de Benalmádena, conforme a la concesión administrativa ofertada en su día al Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena. Será objeto, asimismo, de la Sociedad la conservación, mejora explotación de las instalaciones portuarias, así como la realización directa o indirecta de las obras necesarias para las ampliaciones de las instalaciones que les sean autorizadas legalmente; el fomento de las actividades turísticas y deportivas y el cobro de los precios públicos que al efecto establezca el Ayuntamiento en Pleno”*.

Un puerto deportivo, puerto de recreo o marina son aquellas instalaciones náuticas especialmente desarrolladas para ofrecer servicio de atraque a embarcaciones y buques de recreo y en Andalucía se regula en la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía (en adelante LRJEP), siendo la Comunidad Autónoma de Andalucía la que ostenta competencia sobre los mismos.

El artículo 15 de la citada Ley establece: *“Los puertos de competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía son bienes de dominio público e integran el dominio público portuario de Andalucía”*, donde *“solo podrán llevarse a cabo actividades, instalaciones y construcciones acordes con los usos portuarios propios de cada puerto”*, según señala el artículo 16: *“A tal efecto, tienen la consideración de usos portuarios los siguientes: (...) c) Usos náutico-deportivos. d) Usos complementarios o auxiliares de los anteriores, incluidos los relativos a actividades logísticas y los que correspondan a empresas industriales o comerciales cuya localización en la zona de servicio esté justificada por razón del tráfico portuario o por los servicios que prestan a las personas usuarias*



del puerto” y continua el artículo 16 diciendo que: “Dentro del dominio público portuario, también podrán realizarse usos compatibles con los portuarios, tales como los culturales, deportivos, educativos, recreativos, certámenes feriales, exposiciones y otras actividades comerciales no portuarias que favorezcan el equilibrio económico y social de los puertos. Para permitir estos usos no portuarios será necesario que estén previstos en el correspondiente Plan de Usos de los Espacios Portuarios y que se ajusten al planeamiento urbanístico.”

El artículo 41 de la LRJEPa contiene un elenco de los servicios públicos portuarios destinados a garantizar y satisfacer las operaciones y necesidades del tráfico marítimo: (...) e) Servicios a embarcaciones deportivas o de recreo. f) Uso de equipo e instalaciones. g) Servicio de ocupación de superficie. h) Servicio de suministros. i) Servicios operativos específicos. j) Servicios administrativos. k) Recepción de desechos generados por buques.

En tanto que el Puerto Deportivo de Benalmádena es un puerto deportivo de gestión indirecta, la prestación de los servicios públicos portuarios y de las actividades comerciales o industriales deberán estar habilitadas en las prescripciones del título concesional y sus instrumentos de desarrollo. En consecuencia, el título habilitante para que la entidad PDB SAM pueda ejercer su objeto social es la concesión administrativa que en su día el Estado otorgó al Ayuntamiento de Benalmádena para la construcción y explotación de un puerto deportivo. Y entre sus actividades, como se ha expuesto al referirnos a su objeto social, hay algunas definidas por ley como servicios públicos portuarios (tareas técnicas, jurídicas y económicas tendentes a la promoción y gestión del Puerto Deportivo de Benalmádena), por lo que sin lugar a dudas parte de la actividad que ejerce la entidad PDB SAM tiene como finalidad satisfacer un interés general vinculado a la gestión de un puerto deportivo que debe prestar un serie de servicios catalogados, por la LRJEPa, como servicios públicos portuarios. Incluso su objeto social contempla actividad de fomento, propia de las entidades públicas, al referirse a *“el fomento de las actividades turísticas y deportivas”* y por último también le corresponde *“el cobro de los precios públicos que al efecto establezca el Ayuntamiento en Pleno”*. Todo este elenco de servicios y competencias se ejercen bajo el marco del Reglamento de Servicios y Policía del Puerto (*aprobado mediante Resolución del Consejo de Ministros de 7 de abril de 1972 y que cuenta con una Adenda aprobada mediante Resolución de la Dirección Gerencia de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía de 5 de abril de 2018 para la regulación de actividades comerciales e industriales que no requieran ocupación del dominio público portuario*).

Desde el prisma de jurisprudencia comunitaria más reciente los parámetros para determinar si concurre el primer requisito de los establecidos en el art. 3.3 de la LCSP los encontramos en sentencias como la STJUE 22 de mayo de 2003 Korhonen y otros en el asunto C-18/01 (o más recientemente la Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2017 Caso «LitSpecMet» UAB contra «Vilniaus lokomotyvų remonto depas» UAB).

Tal y como declaró el Tribunal de Justicia en la Sentencia del caso *Korhonen*, aún en el caso de realizar actividades destinadas a satisfacer necesidades de interés general, si el organismo en cuestión opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las actividades que realiza no tengan carácter industrial o mercantil.

Esta jurisprudencia, interpretada a sensu contrario, resulta de interés porque ayuda a comprender el carácter mercantil o industrial del objeto social de la entidad en cuestión, examinando todos los elementos jurídicos y fácticos y en particular los siguientes:

a) la falta de competencia en el mercado.



- b) la falta de ánimo de lucro.
- c) la no asunción de riesgos derivados de la actividad.
- d) la eventual financiación pública de la actividad.

No se trata de criterios absolutos, sino que habrá que comprobar caso por caso en cada situación que sea analizada.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE recoge en gran parte esta jurisprudencia en su considerando 10:

*“El concepto de «poderes adjudicadores», y en particular el de «organismos de Derecho público», han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación *ratione personae* de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un «organismo de Derecho público», ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil. De modo similar, la condición relativa al origen de la financiación del organismo considerado también ha sido examinada en la jurisprudencia, que ha precisado, entre otros aspectos, que la financiación «en su mayor parte» significa «en más de la mitad» y que dicha financiación puede incluir pagos procedentes de usuarios que son impuestos, calculados y recaudados conforme a las normas de Derecho público”.*

El profesor de Derecho Administrativo Francisco L. Hernández González en su artículo “De nuevo sobre el concepto de poder adjudicador: las entidades del sector público no administración pública” señala que la Abogacía General del Estado resume la jurisprudencia del TJUE en su Informe n.º 3/2018, de 6 de marzo sobre contratación de poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública y de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores afirmando que se debe atender a las siguientes circunstancias:

“- Consideración del objeto de la entidad: la vinculación del objeto a potestades públicas y la inexistencia de un mercado para los bienes o servicios que proporciona la entidad orientan su calificación hacia una actividad de interés general no mercantil o industrial.

- Existencia de una competencia desarrollada: la circunstancia de que la entidad de que se trate actúe en una situación de competencia en el mercado que pueda considerarse normal constituye un indicio de que se trata de una entidad que persigue una finalidad de carácter mercantil o industrial.

- Existencia de mecanismos para compensar pérdidas: la existencia de mecanismos para compensar pérdidas económicas (ordinariamente, transferencias presupuestarias por parte de Administraciones Públicas) en que pudiera incurrir la entidad, de forma que esta no soporte el riesgo de sus actividades o que, aun soportándolo, el poder público que la creó procedería, llegado el caso, a recapitalizarla, evitando



situaciones concursales, permite apreciar que no se está en presencia de una actividad de carácter mercantil o industrial.

- Sistema de fijación de precios: la fijación de los precios de los bienes que produzca o de los servicios que preste la entidad que se considere con arreglo exclusivamente a las leyes de la oferta y la demanda orienta la calificación hacia el carácter mercantil o industrial; por el contrario, la fijación de los precios de los bienes o servicios por órganos del poder público inclina a la negación del carácter mercantil o industrial.

Expuestos los elementos jurídicos y su interpretación, para poder determinar la concurrencia del primer presupuesto el artículo 3.3 de la LCSP, por las razones que se exponían al inicio de esta consideración, ha de ser la entidad consultante la que, conociendo y valorando las consideraciones jurídicas aportadas por este órgano colegiado, los aplicase a su caso concreto y determinase por sí misma su propia condición o no de poder adjudicador.

Una vez analizada esta primera parte del art. 3.3 d) LCSP, es decir, si la entidad ha sido creada específicamente para atender necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial, debemos analizar los otros requisitos a los que se refiere dicho artículo.

El segundo requisito que es necesario comprobar es el relativo a la personalidad jurídica propia, si bien para el derecho comunitario la forma jurídica adoptada -pública o privada- no es por sí criterio decisivo, pues debe realizarse una interpretación funcional de la que resulta que la forma jurídica, pública o privada, es indiferente a estos efectos. Debe primero determinarse si puede ser incluida su actividad, tal como se ha hecho anteriormente, a fin de ser considerada poder adjudicador. Así lo expresaba la STJUE de 15 de mayo de 2003, en la que se condenaba al Reino de España:

«55. De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665.»

En definitiva, prima el elemento funcional de la actividad que desarrolla ese ente adjudicador sobre el elemento formal.

Para finalizar, se debe analizar el último de los requisitos, que a su vez está conformado por tres requisitos -alternativos-, referidos al control (por vía financiera o cualquier otro medio) que ejerce otro poder adjudicador sobre la entidad, debiendo cumplirse al menos uno. Estos requisitos son: *“siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”*.

Y resulta evidente que, al menos uno de estos requisitos se dan en el caso de la entidad PDB SAM, ya que tal y como indica en su consulta y, en concreto, en el artículo 10 de los Estatutos: Los órganos de gobierno y Administración de la empresa serán la Junta General de Accionistas, el Consejo de Administración y la Gerencia, en el artículo 11 se indica que: *“La Junta General estará constituida por la Corporación en Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena”* y en el artículo 19 se señala que *“El Consejo de Administración estará integrado por la Presidencia y 8 vocales, y sus respectivos suplentes, dos de los cuales serán miembros*



de la Corporación, y las seis restantes personas especialmente capacitadas. Todos los miembros del Consejo serán designados por la Junta General”.

Por tanto, por lo que respecta a PDB SAM, la entidad que constituyó a la misma, desembolsó el capital inicial, es socio único fundador, conforma la Junta General y nombra a la totalidad de los miembros de su Consejo de Administración, es decir, el Ayuntamiento de Benalmádena, tiene la consideración de poder adjudicador y, en consecuencia, esta circunstancia determinaría por sí misma la consideración del PDB SAM como parte del sector público local y como poder adjudicador, siempre que concurriese la primera de las circunstancias contempladas en el artículo 3.3 d) LCSP, es decir, si la entidad ha sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, debido a que concurren las circunstancias contempladas en el artículo 3.3 d) LCSP

Podría resumirse señalando que la concurrencia del resto de los requisitos que el artículo 3.3 d) LCSP establece, es decir, que alguna o algunas de las entidades que son poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia, únicamente serían determinantes para resolver la cuestión que nos ocupa, cuando hubiese una previa constatación de la primera circunstancia que recoge el citado artículo 3.3 d) LCSP, es decir, que la actividad desarrollada por PDB SA consistiese en satisfacer necesidades de interés general que no tuviesen carácter mercantil o industrial.

En el presente caso, tal y como este órgano consultivo ha señalado anteriormente, si atendemos únicamente a las propias afirmaciones hechas por la entidad solicitante en su petición de informe, habría que concluir que no podría considerarse en tal caso como poder adjudicador a PDB SA; pero es objeto de este informe exponer los elementos jurídicos, y su posible interpretación, concurrentes en la materia objeto de consulta pero no pronunciarse sobre los elementos fácticos manifestados por la entidad consultante, que damos por reproducidos en el informe, y de los que simplemente este órgano es conocedor por lo manifestado por la entidad, desconociendo, como se ha indicado, los detalles. Es decir, debería ser la entidad consultante la que, conociendo y valorando los elementos jurídicos aportados por este órgano colegiado así como la diferente jurisprudencia aplicable a la materia, los aplicase a su caso concreto y determinase por sí misma su propia condición o no de poder adjudicador.

III - CONCLUSIONES

1.- A efectos de considerar una entidad como poder adjudicador, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE la creación y calificación de una entidad como mercantil no es determinante para considerar que la misma satisface necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial, pues el carácter mercantil o industrial ha de apreciarse desde un punto de vista funcional y no meramente formal.

2.- Una vez comprobado que la entidad tiene personalidad jurídica y que satisface necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, es necesario comprobar que se da alguno de los requisitos de control (financiero o de otro tipo) ejercido por otro poder adjudicador y que vienen recogidos en el artículo 3.3 d) de la LCSP.

3.- En consecuencia, los entes instrumentales que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público se consideran poderes adjudicadores y, por tanto, se encuentran sometidos



al régimen de la legislación de contratos públicos, en caso de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial, siempre y cuando concurren el resto de circunstancias recogidas en el artículo 3.3 d) LCSP.

4.- Con la necesaria cautela, atendiendo a las afirmaciones hechas por la entidad solicitante y a los elementos jurídicos, y su posible interpretación, concurrentes en la materia objeto de consulta, habría que concluir que no puede considerarse como poder adjudicador a PDB SA.

Es todo cuanto se ha de informar.