

Informe 7/2014, de 24 de noviembre, sobre sujeción del Parque Científico Tecnológico de Almería, S.A. al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

I – ANTECEDENTES

El Director de la Entidad Parque Científico y Tecnológico de Almería, S.A. (aportando como documento número uno escritura de poder otorgada ante el Notario de Almería Don Luis Enrique Lapedra Frías el día 18 de junio de 2013, con el número 856 de su protocolo) solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“PRIMERO.- Que la entidad Parque Científico-Tecnológico de Almería (PITA), S.A., es una sociedad con carácter mercantil cuyo objeto social según consta en el artículo 2 de sus Estatutos se confiere como:

“ARTÍCULO 2. OBJETO DE LA SOCIEDAD.

La sociedad tendrá como objeto social:

- a) Llevar a cabo las tareas técnicas y económicas tendentes a la promoción y gestión del Parque Tecnológico de Almería, mediante la captación y asentamiento en el mismo de empresas y entidades de investigación, innovación, desarrollo o producción singular de tecnología aplicada*
- b) La creación, captación y desarrollo de proyectos empresariales para nuevas empresas o ya existentes, según los modelos y directrices de la Comisión de la Comunidades Europeas para los Centros Europeos de Empresas e Innovación.*
- c) Los servicios a empresas, preparación, planificación, la organización, la formación de sus cuadros, la gestión, la financiación, la localización y ubicación, instalaciones, seguimiento, marketing y comercialización en mercados nacionales y extranjeros y asesoramiento general, movilizand o los recursos públicos y privados y en estrecho contacto con los organismos con competencia en el desarrollo económicos de la región y con la Red Europea de Centros de Empresas e Innovación y demás redes, programas y sistemas de Comunidad Europea.*
- d) La creación, participación y gestión de centros de empresas y la participación en todo tipo de Sociedades.*
- e) La promoción, gestión, explotación y adquisición de las edificaciones complementarias que se ubiquen en el Parque.*
- f) La producción y venta de energía eléctrica en régimen especial.”*

(Se aporta como documento número dos, copia de Escritura Pública de Aumento de capital Social y elevación a público de acuerdos sociales de fecha 6 de agosto de 2013, Protocolo 1.157 del Notario D. Luis Enrique Lapedra Frías, en la que se contiene protocolizada el certificado de los acuerdos aprobados por la Junta General Ordinaria de Accionistas de 21 de junio de 2013, donde se recoge en el segundo punto del orden del día, la modificación del objeto social de la Sociedad y en su consecuencia del artículo 2 de los estatutos sociales, en los términos señalados con anterioridad).



SEGUNDO.- Que la composición del capital social público de la entidad a la que represento, en el órgano de gobierno de la Comisión Ejecutiva supera el 50% de la totalidad del capital social, ostentando el presidente de la Comisión, que es siempre el mismo que el del Consejo de Administración (conforme estipula el artículo 25 de los Estatutos de PITA), y que al día de hoy recae en la figura de D^a Sonia Ferrer Tesoro, Delegada del Gobierno de la Junta de Andalucía en Almería, habiendo recaído siempre el cargo de la presidencia en un representante de la Administración Autonómica a través de un Delegado Provincial de la Consejería de Innovación, o del propio Consejero de Ciencia e Innovación o bien en la figura del Consejero de Agricultura. Por lo que se ostenta en el órgano señalado, la mayoría del capital público, siendo por ende determinante la influencia de la Administración a través de la presidencia sobre el control en la gestión y el nombramiento de los órganos de administración, dirección y vigilancia de mi patrocinada.

TERCERO.- Que de esta forma y como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y conforme a lo preceptuado en el artículo 3.3 b) de la misma, en la que se establece que se entenderá como poder adjudicador aquellas entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse como poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de dirección o vigilancia.

Así, la entidad Parque Científico-Tecnológico de Almería (PITA), S.A., desde el principio ha sido considerada por la propia Administración como poder adjudicador, como se desprende de alguna de las ayudas obtenidas en las que para su concesión era necesario el ser considerado como tal, de este modo, y conforme a lo establecido en el artículo 175 de la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, del Sector Público, por parte de la mercantil que represento se redactó y aprobó una serie de instrucciones internas para la contratación del Parque Científico -Tecnológico de Almería (PITA), S.A..

(Se aporta como documento número tres, certificado de la composición de la Comisión Ejecutiva, como documento número cuatro, copia de las instrucciones internas para la contratación, y como documento número cinco, copia de las ayudas obtenidas en las que la Administración al ser otorgadas consideró a PITA como poder adjudicador).

CUARTO.- Que por todo ello, entiende esta parte que PITA podría como de hecho ha estado produciéndose, encontrarse dentro del concepto de poder adjudicador y su alcance, y ello a consecuencia de que las contrataciones efectuadas por éste hasta el momento, cumple con un aspecto decisivo en toda legislación de contratos públicos, que es el ámbito subjetivo de aplicación, en el que aparece como elemento clave en la normativa comunitaria el concepto de poder adjudicador y su naturaleza.

Así, lo reconoce y reconocía expresamente la Exposición de Motivos de la LCSP cuando afirma:



“A fin de ajustar el ámbito de aplicación de la Ley al de las directivas comunitarias, así como para no dejar entidades del sector público exentas de regulación, la delimitación de los entes sujetos se realiza en términos muy amplios”.

A estos efectos, el artículo 3.1 enumera en sus letras a) a g) las entidades que, de acuerdo con una determinación de política legislativa interna y autónoma, se considera conveniente que, en todo caso, se sujeten a la legislación de contratos públicos; esta lista, inspirada en la definición de sector público de la Ley General Presupuestaria con las pertinentes correcciones terminológicas para permitir la extrapolación de sus categorías a los sectores autonómico y local y la adición de menciones expresas a las “Universidades Públicas” y a los denominados “reguladores independientes”, está formulada en términos extremadamente amplios.

Así, para asegurar el cierre del sistema, la letra h) de este apartado –que funciona como cláusula residual y reproduce literalmente la definición de “organismo público” de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma-, garantiza que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la Ley se extienda a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la norma comunitaria, deba estar sometido a sus prescripciones.

Dentro de las entidades del sector público, la Ley distingue tres categorías de sujetos que presentan un diferente nivel de sometimiento a sus prescripciones: Administraciones Públicas; entes del sector público que, no teniendo el carácter de Administración Pública, están sujetos a la Directiva 2004/18; y entes del sector público que no son Administraciones Públicas ni están sometidos a esta Directiva.

Por tanto, el concepto determinante para dar una adecuada interpretación al ámbito subjetivo de la anterior y actual LCSP es el concepto de poder adjudicador.

A tal fin el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 establece:

“Son considerados “poderes adjudicadores”: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho Público.

Es considerado “organismo de Derecho público” cualquier organismo:

- a) Creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.*
- b) Dotado de personalidad jurídica.*
- c) Cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.”*

La normativa de esta disposición comunitaria, y la interpretación debe ser la que resulta de la jurisprudencia del TJCE, que ha optado por criterios subjetivo funcionales. Así, según jurisprudencia



reiterada, el concepto de “organismo de Derecho público”, concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad Europea, se define desde un punto de vista funcional con arreglo a las Directivas 93/36 y 93/37 donde se hace una interpretación amplia basadas en el objeto de la entidad que debe de estar destinada al interés público así como que la Administración en sus órganos de gobierno tenga una representación y audiencia notable como es el caso de mi representada.

Así se reconoce tal interpretación en las paradigmáticas Sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, de 15 de enero de 1998, apartado 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27.

En este mismo contexto e interpretación la STJCE de 15 de mayo de 2003 y las subsiguientes de 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005, en las que se condena al Reino de España por incumplimiento en materia de contratación, al afirmar que:

“No cabe interpretar el concepto de “organismo de Derecho público” utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665”.

De esta forma, y para considerar poder adjudicador a una entidad, en primer lugar, para definir el concepto de organismo de derecho público debe atenderse a la naturaleza de la actividad: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, en cuyo caso, por tratarse de gestión económica, quedará justificada su sometimiento al régimen jurídico privado.

En este sentido la STJUE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96. Mannesmann) indica 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 público”, 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 las reglas de contratación pública, circunstancia que se produce en el objeto social de Parque Científico-Tecnológico de Almería, puesto que en su objeto a pesar de existir el elemento comercializador inmobiliario, ello no es óbice para pensar que éste sea el único objetivo, puesto que la venta de inmuebles como pretensión primera persigue la de destinarlos finalmente a la ejecución de un proyecto de I+D+i, siendo esta idea, el mayor imperativo con el que se matiza la actividad de venta inmobiliaria, hacia un interés totalmente público.

En consecuencia, entiende esta parte que, 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 STJCE de 10 de noviembre de 1998 (Asunto C-360/96. ARA) insiste en esta idea, entendiendo que estamos en presencia de un poder adjudicador cuando la función es de interés general, aunque 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 STCE de 17 de diciembre de 1998 (Asuntos Irish Forestry Board) de 27 de febrero de 2003 (asunto Adolf Truley) y 22 de mayo de 2003 (Asunto Korhonen).

Criterio, como es el caso de la entidad a la que represento, que no se ve afectado por el hecho de que empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que ésta, ya que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público, como puso de relieve la STCE de 13 de octubre de 2003.

Pues bien, precisamente para evitar tal posibilidad, se impone la aplicación de las Directivas Comunitarias sobre contratos públicos (en este sentido, en particular, sentencias Adolf Truley, apartado 42, y Korhonen y otros, apartados 51 y 52, antes citadas).

En segundo lugar, es cierto que un ente, para considerarse poder adjudicador debe tener 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. Al respecto es especialmente relevante la doctrina que mantiene la citada STJCE de 15 de noviembre de 1998:

“.../. es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional.

Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer”.

Las empresas mercantiles como es el caso de PITA no pueden entenderse en consecuencia, excluidas del ámbito de aplicación. Debe primero determinarse si puede ser incluida su actividad en los parámetros funcionales explicados a fin de ser considerada poder adjudicador.

Así se expresa de forma clara en la STJCE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España:

“De los principios así elaborados por la jurisprudencia de 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”.

El último requisito que se exige, es que el control del ente por vía financiera o cualquier otro medio sea de la Administración Pública. Debe estarse, por tanto, al dato de la “influencia dominante” del poder público sobre el organismo adjudicador. Supuesto que se contempla con las circunstancias en las que la gestión se halle sometida a un control por parte de éste último, como es el caso de la entidad a la que represento, donde como ya se ha expuesto, la Administración Autónoma domina



todas las presidencias de sus órganos del gobierno, y ello desde el principio de su constitución hasta el momento, garantizando la realización de la pretensión conforme al interés público involucrado en su objeto social y vigilando y representando el cumplimiento del mismo.

Así debe entenderse que igualmente concurre este tercer criterio o requisito cuando existe un control final en la toma de decisiones por parte del poder público. Así lo ha afirmado la STJCE de 1 de febrero de 2001, que considera sometidas al régimen de contratación pública a las empresas francesas dedicadas a la construcción de viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización y de sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado.

Requisitos, como se puede comprobar a los que ha estado sometido mi principal desde el principio, y que entiende esta parte, y con este alcance funcional, que deben utilizarse para comprender si se está o no en presencia de un poder adjudicador sometido a las reglas contractuales públicas.

Por todo ello,

Solicito a la Administración, que tenga a bien el admitir este escrito con su copia y documentos adjuntos y tener por solicitada consulta sobre la naturaleza del Parque Científico-Tecnológico de Almería (PITA), S.A. como poder adjudicador, para que finalmente se emita las conclusiones que se consideran oportunas, a través de informe, que se pronuncie sobre si la entidad a la que represento es una entidad que está sometida o no a la aplicación de la LCSP y si se considera o no poder adjudicador, sujetándose por ende en las contrataciones que realice, a las previsiones que a tal efecto establece la mentada Ley, con cuanto más procediera informar”.

II – INFORME

La cuestión planteada se concreta en determinar si el Parque Científico Tecnológico de Almería, S.A. (en adelante PITA), se considera o no poder adjudicador y si está sujeto o no al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

En primer lugar, hemos de remitirnos al artículo 3.3 del TRLCSP que establece los entes, organismos y entidades que se considerarán poderes adjudicadores, a cuyo tenor:

“Se consideran poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) Las Administraciones Públicas.*
- b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados 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 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión,*



o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

- c) *Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores”.*

De las tres categorías relacionadas en este apartado, PITA sólo podría considerarse poder adjudicador si cumpliera los requisitos previstos en la letra b), puesto que se trata de una sociedad mercantil por lo que en ningún caso procedería su inclusión en las otras dos categorías.

Por tanto, concretaremos cuales son las notas que caracterizan a la sociedad mercantil PITA para dilucidar si cumple los requisitos, conforme a lo establecido en la letra b) del apartado 3 del artículo 3 del TRLCSP, para considerarla poder adjudicador.

El apartado b) del artículo 3.3 reproduce el concepto de organismo de Derecho Público establecido en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios. Asimismo, la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública reproduce, también, en su artículo 2.1 apartado 4), el mismo concepto de organismo de Derecho Público.

En nuestros Informes 1/2011, de 7 de marzo, y 5/2011, de 14 de septiembre, poníamos de manifiesto en relación al concepto de organismo de Derecho Público que, al tratarse de una noción surgida y elaborada en el Derecho Comunitario, también será necesario acudir a los criterios de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Además, recordemos el considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE que establece que:

“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 ratióne 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(...)”.

En esta cuestión se impone una interpretación subjetivo-funcional y no formal, por lo que entendemos que no es dirimente para considerar que un ente sea un organismo de Derecho Público la forma jurídica de las disposiciones por las que haya sido creado. Será necesario comprobar que cumple con los requisitos que se establecen para su consideración como tal. Así, lo pone de manifiesto el TJUE en su sentencia de 10 de noviembre de 1998, asunto C-360-96 (apartado 62):

“Además, es preciso recordar que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1998, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartado 11). Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica



de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer”.

Tres son los criterios que establece la letra b) del apartado 3 del artículo 3 del TRLCSP para considerar a un organismo de Derecho Público poder adjudicador:

1. Que tenga personalidad jurídica propia, siendo indiferente que la misma sea pública o privada.
2. Atendiendo a la naturaleza de su actividad: que haya sido creado para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
3. Que exista dependencia de una Administración, por financiar mayoritariamente su actividad, controlar su gestión o nombrar a más de la mitad de sus órganos de administración, dirección y vigilancia.

Estos tres criterios deben cumplirse conjuntamente; así lo ha afirmado reiteradamente el TJUE en diversas sentencias.

La sentencia de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96 (apartados 20 y 21) expone:

“A este respecto, es preciso observar que, según el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37, un organismo de Derecho Público es cualquier organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica y cuya actividad depende estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho Público.

“De esta disposición se deduce que los tres requisitos allí enunciados tienen un carácter acumulativo”.

Asimismo, la sentencia de 1 de febrero de 2001, asunto C-237/99 (apartado 44) establece que:

“En cuanto a los requisitos alternativos que figuran en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de la Directiva, debe señalarse que todos ellos reflejan la estrecha dependencia de un organismo respecto del Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho Público (sentencia University of Cambridge, antes citada, apartado 20)”.

Y, por último, la sentencia de 22 de mayo de 2003, asunto C-18/01 (apartados 30, 31 y 32) expone:

“A este respecto, es preciso recordar que, a tenor del artículo 1, letra b), párrafo primero, de la Directiva 92/50, se consideran “entidades adjudicadoras” el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público así como las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes.



El artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50 define, además, al “organismo de Derecho público”, como todo organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica y que, por su forma de financiación, de gestión o de control, dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público.

Como ha declarado el Tribunal de Justicia de forma reiterada (...), los requisitos enunciados en dicho artículo tienen carácter cumulativo, de manera que un organismo que no cumpla uno de los requisitos no podrá ser calificado como organismo de Derecho público y, por tanto, como entidad adjudicadora en el sentido de la Directiva 92/50”.

Vamos a examinar el cumplimiento de los citados requisitos por la entidad Parque Científico-Tecnológico de Almería, S.A..

1º Respecto a la personalidad jurídica, es claro que la tiene, al ser una entidad constituida como sociedad anónima, conforme al artículo 1 de sus Estatutos.

2º Con relación a que haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, citamos la sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2003, asunto C-283/00 (apartado 80, 81 y 82):

“Además, según reiterada jurisprudencia, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (...).

Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la 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, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate 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 (...).

En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 51 de la sentencia Korhonen y otros, antes citada, si el organismo 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 necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil”.

Por otra parte, como ya expusimos en nuestro Informe 19/2008, de 27 de noviembre, el TJUE declaró que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho Público (STJUE de 10 de noviembre de 1998, asunto C-360/96 apartado 47). En efecto, exigir que no haya empresas privadas que puedan satisfacer las necesidades para las que se creó un



organismo financiado o controlado por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho Público podría desustanciar el concepto de organismo de Derecho Público.

Asimismo, respecto a esta cuestión destacamos las conclusiones a las que llega la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Catalunya en su Informe 4/2008, de 7 de julio:

“Esta Junta Consultiva se ha manifestado en múltiples ocasiones sobre los términos y las condiciones en que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hay que efectuar el análisis de la concurrencia del requisito del ejercicio de una actividad que no sea tendente a satisfacer el interés general y que tenga exclusivamente carácter industrial o mercantil.

En este sentido, hay que recordar que:

- *La calificación formal de ente sujeto a régimen privado no puede prejuzgar el análisis del ejercicio de una actividad exclusivamente industrial o mercantil;*
- *El hecho de tratarse de una actividad que tiene como finalidad la consecución del interés general no obsta que, además, pueda tener carácter mercantil ya que se trata de cualidades diferentes;*
- *La vinculación del objeto a potestades públicas y la consecuente inexistencia de un mercado para los bienes y servicios que proporciona la entidad orientan su calificación hacia una actividad de interés general no mercantil ni industrial, teniendo en cuenta también las razones y circunstancias que el poder público apreció para la creación de la propia entidad;*
- *La actuación del ente en régimen de competencia en el mercado no supone, por sí mismo, un indicador unívoco del carácter mercantil o industrial de la actividad del ente, aunque este elemento se tiene que tener en cuenta en este análisis como un indicio de la posible naturaleza mercantil o industrial de la actividad (considerando también a estos efectos si el ente está gestionado según criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad en el marco de un entorno competitivo, o bien no tiene ánimo de lucro ni asume los riesgos derivados de su actividad en el mercado);*
- *Pueden calificarse como actividades conducentes a la satisfacción del interés general las actividades que se llevan cabo en un entorno liberalizado, pero sobre las cuales los poderes públicos deciden intervenir;*
- *No desvirtúa la calificación de una actividad como de interés general el hecho de que el ente realice otros no calificables como tales, incluso cuando el peso relativo de la primera respecto de la actividad global del ente sea minoritaria”.*

Pues bien, el artículo 2 de los Estatutos Sociales de PITA dispone que:

“La Sociedad tendrá por objeto social:

- a) *Llevar a cabo las tareas técnicas y económicas tendentes a la promoción y gestión del Parque Tecnológico de Almería, mediante la captación y asentamiento en el mismo de empresas y entidades de investigación, innovación, desarrollo o producción singular de tecnología aplicada.*



- b) *La creación, captación y desarrollo de proyectos empresariales para nuevas empresas o ya existentes, según los modelos y directrices de la Comisión de las Comunidades Europeas para los centros Europeos de Empresas e Innovación.*
- c) *Los servicios a empresas, preparación, planificación, la organización, la formación de sus cuadros, la gestión, la financiación, la localización y ubicación, instalaciones, seguimiento, marketing y comercialización en mercados nacionales y extranjeros y asesoramiento general, movilizand los recursos públicos y privados y en estrecho contacto con los organismos con competencias en el desarrollo económico de la región y con la Red Europea de Centros de Empresas e Innovación y demás redes, programas y sistemas de Comunidad Europea.*
- d) *La creación, participación y gestión de centros de empresas y la participación en todo tipo de Sociedades.*
- e) *La promoción, gestión, explotación y adquisición de las edificaciones complementarias que se ubiquen en el Parque.*
- f) *La producción y venta de energía eléctrica en régimen especial”.*

De acuerdo con el citado artículo PITA realiza, entre otras, actividades de investigación, desarrollo tecnológico y de innovación dirigidas principalmente a prestar apoyo a las empresas ubicadas en el propio Parque que gestiona, mediante la realización de funciones de coordinación, estimulación y transferencia de tecnología entre las mismas, así como la prestación de servicios de información, asesoramiento a empresas, etc.

Por otra parte, los Parques Tecnológicos están configurados como Agentes del Sistema Andaluz del Conocimiento, incluidos en la segunda categoría denominada redes y estructuras que transfieren, adaptan y aplican el conocimiento para la producción de innovación.

La Administración en colaboración con la iniciativa privada acuerda la creación de un Parque con fines tecnológicos e industriales en Almería, como instrumento de desarrollo empresarial, innovación y transferencia de tecnología y conocimiento con el objetivo, entre otros, de favorecer el desarrollo económico de la provincia. Además, en cierta medida ello permite contribuir a dar cumplimiento al objetivo básico de la Comunidad Autónoma respecto al desarrollo industrial y tecnológico basado en la innovación, la investigación científica, las iniciativas emprendedoras públicas y privadas, la suficiencia energética y la evaluación de la calidad como fundamento del crecimiento armónico de Andalucía.

No obstante, la realización de actividades de carácter mercantil o industrial junto con actividades destinadas a satisfacer necesidades de interés general, como puede ser el caso de PITA, no es óbice para no poder considerarlo organismo de Derecho Público en este aspecto concreto que tratamos.

A este respecto se pronuncia el TJUE en su sentencia de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96:

“Seguidamente, hay que destacar que de las disposiciones del apartado 1 del artículo 1 y del apartado 1 del artículo 2 de la StDrG resulta que la OS fue creada con la finalidad específica de satisfacer estas necesidades de interés general. A este respecto, es indiferente que, además de cumplir dicha función, dicha entidad pueda desempeñar otras actividades, como la producción de otro material



impreso, así como la edición y la distribución de libros. El hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo contribuya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por la OS, como señaló el Gobierno austriaco en sus observaciones escritas, tampoco es pertinente, puesto que la mencionada entidad sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer.

En efecto, el requisito exigido en el primer guión del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva, según el cual el organismo debe haber sido creado para satisfacer “específicamente” necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, no implica que esté únicamente encargado de satisfacer dichas necesidades”.

Por tanto, entendemos que, en la actualidad, PITA puede considerarse organismo de Derecho Público en el aspecto de satisfacer necesidades de interés general al margen de otras actividades que pueda desarrollar esta entidad.

3º En relación con la influencia dominante de una Administración, bien debido a su financiación, a su control en la gestión o al nombramiento de sus órganos de administración, dirección y vigilancia, estos tres aspectos tienen carácter alternativo.

Respecto a dicho carácter, se ha pronunciado la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Catalunya en su Informe 3/2009, de 28 de mayo, asunto “Ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público” que expone:

“Este último requisito incluye tres aspectos que tienen carácter alternativo: la financiación, el control y la dirección del ente, organismo o entidad correspondiente. Se trata, como así ha manifestado el TJCE expresamente en sus sentencias (...), de tres manifestaciones de la existencia de una dependencia entre el organismo de derecho público y el ente matriz.

Con carácter general, el Tribunal ha señalado que concurre este requisito cuando existe una influencia determinante y decisiva en la toma de decisiones, es decir, cuando hay un control equivalente a aquel que ostenta la Administración sobre sus propios órganos”.

La cuestión de la financiación mayoritaria ha sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en el Informe 18/2008, de 27 de noviembre, sobre diversas cuestiones relativas al concepto de financiación mayoritaria:

“(…)Sobre estas cuestiones la jurisprudencia comunitaria ha sentado su criterio en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 3 de octubre de 2000, en el asunto C-380/98, University of Cambridge(…).

(…)El Tribunal de Justicia ante la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente que pide se dilucide el significado de la expresión “mayoritariamente financiada”, indica que el significado usual del término “mayoritariamente”, en lenguaje corriente, quiere decir siempre “más de la mitad” (...).



(...)En relación con la composición de la base de cálculo de la financiación “mayoritaria”, la sentencia indica que se trata de dilucidar si todas las formas de financiación deben tenerse en cuenta a efectos de determinar el carácter “mayoritario” de una financiación pública o si sólo deben tenerse en cuenta las fuentes de financiación de las actividades académicas y conexas (en este caso se trataba de una Universidad) (apartados 34 y ss).

Concluye en este aspecto la sentencia declarando que las relaciones comerciales normales, que se desarrollan en el marco de contratos de carácter sinalagmático negociados libremente por las partes, no están incluidas en el concepto de “financiación pública”(…).

(...)El cálculo de su modo de financiación debe efectuarse tomando como base las cifras disponibles al inicio del ejercicio presupuestario, aunque tengan el carácter de provisiones (...).

(...)Para valorar correctamente el porcentaje de financiación pública de un organismo determinado, es preciso tener en cuenta todos los ingresos que dicho organismo obtenga, incluidos los que resulten de una actividad mercantil.

Por lo que se refiere a la cuestión sobre qué tipo de prestaciones deben considerarse incluidas dentro del concepto de financiación mayoritaria, la referida sentencia C-380/98, declara que no toda la suma abonada por una entidad adjudicadora tiene por objeto crear o reforzar una relación específica de subordinación o de dependencia. Únicamente cabrá calificar de “financiación pública” aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad de que se trate mediante una ayuda económica abonada sin contraprestación específica (apartados 21 y ss)(…).

(...)En cambio no pueden considerarse financiación pública las cantidades abonadas por una o varias entidades adjudicadoras que constituyen la contrapartida de prestaciones contractuales con la entidad de que se trate, tales como la realización de investigaciones determinadas o la organización de seminarios y conferencias (...).”

Asimismo, la Directiva 2014/24/UE, en su considerando 10, pone de manifiesto lo siguiente:

“(…)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”.

Teniendo en cuenta estas consideraciones y vista la relación detallada de ingresos aportada por PITA, el único ingreso disponible en el ejercicio presupuestario vigente es un préstamo participativo siendo los prestamistas la Sociedad para la Promoción y Reconversión Económica de Andalucía (SOPREA, SA), Inmobiliaria ACINIPO, SLU y Cajas Rurales Unidas, Sociedad Cooperativa de Crédito. El importe total del préstamo se reparte de forma mancomunada entre las entidades prestamistas del modo siguiente: SOPREA aporta un 37,13%, Inmobiliaria ACINIPO aporta un 31,43% y Cajas Rurales



Unidas, Sociedad Cooperativa de Crédito aporta un 31,43%. Por lo tanto, no podemos entender que, en la actualidad, exista una financiación mayoritaria pública.

En relación con el control de la gestión del organismo, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Catalunya en su Informe 3/2009, de 28 de mayo, expone que:

“Respecto al control, aquello que se trata de determinar es si con las diferentes medidas de intervención por parte de los poderes adjudicadores sobre determinados sujetos se crea una situación de dependencia, de manera que los poderes adjudicadores puedan influir en la toma de decisiones”.

De la documentación examinada (acuerdo de constitución, escrituras de constitución, estatutos de la entidad), no entendemos que la Administración de la Junta de Andalucía ejerza un control sobre PITA similar al que ejerce sobre sus propios órganos, que indique dependencia de la misma, excepto aquellas facultades que en su condición de accionista ostente respecto a la propia organización y administración de la Sociedad a través de los controles que se hubieran establecido.

Por último, en relación con el nombramiento de más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia, nos remitimos al Acuerdo previo a la Constitución de la Sociedad y a sus Estatutos.

El Acuerdo de 15 de Mayo de 2002, en su cláusula tercera, establece que:

“Las partes acuerdan que la administración de la sociedad estará a cargo de un Consejo de Administración, compuesto por once (11) consejeros que serán designados por la Junta de Accionistas(...)”.

Dicha composición del Consejo de Administración se acuerda en atención a las participaciones que las partes prevén ostentar en el capital social como consecuencia de la ejecución de lo previsto en la cláusula primera. En consecuencia, en caso de que estas participaciones sufran en el futuro modificaciones significativas, dicha composición deberá ser objeto de revisión con la finalidad de ajustarla a la nueva participación del capital social(...)”.

Por otra parte, en el artículo 10 de los Estatutos se establece que los órganos de gobierno de la Sociedad son la Junta General de Accionistas y el Consejo de Administración. No obstante, de acuerdo con el artículo 25, el Consejo de Administración podrá nombrar una Comisión Ejecutiva de entre sus miembros, la cual tendrá aquéllas funciones de administración que el propio Consejo le delegue.

Asimismo, el artículo 19 de los Estatutos establece que la representación, el gobierno y la administración de PITA se confiere a un Consejo de Administración compuesto por un número de miembros no inferior a tres ni superior a quince, elegidos por la Junta General de Accionistas.

Así, en la actualidad, y de acuerdo con el último aumento de capital social, PITA constituye una sociedad mercantil en cuyo capital social la participación directa o indirecta en más de un 50 por 100 no corresponde a la Administración de la Junta de Andalucía, sino a entidades privadas, en particular a



Cajas Rurales Unidas Sociedad Cooperativa de Crédito y a Inmobiliaria Acinipo SLU alcanzando un porcentaje entre las dos del 60 por 100 del capital. De acuerdo con los documentos mencionados en líneas anteriores, el nombramiento de más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección y vigilancia no corresponde a la Administración.

En segundo lugar, respecto a la sujeción o no al TRLCSP de PITA, teniendo presente que no es Administración Pública, ni podemos considerarla poder adjudicador, veamos si se incluye en alguna de las categorías de entes, organismos y entidades que relaciona el apartado 1 del artículo 3 del TRLCSP. Así, verificamos que PITA sólo podría estar incluida en la letra h).

En este sentido, la exposición de motivos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ponía de manifiesto que *“para asegurar el cierre del sistema, la letra h) de este apartado- que funciona como cláusula residual y reproduce literalmente la definición de “organismo público” de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma-, garantiza que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la Ley se extienda a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la norma comunitaria, deba estar sometido a sus prescripciones”*.

Reproducimos lo dispuesto en la letra h) del apartado 1 del artículo 3 del TRLCSP:

“Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”.

Pues bien, remitiéndonos a lo que hemos puesto de manifiesto en este Informe, PITA cumple el requisito de ostentar personalidad jurídica y satisfacer necesidades de interés general, al margen de la realización de otras actividades, pero, no cumple ninguno de los tres aspectos incluidos en el tercer requisito, es decir, ni uno ni varios sujetos pertenecientes al sector público financian mayoritariamente su actividad, controlan su gestión, o nombran a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

III- CONCLUSIÓN

Con los datos que disponemos y sin entrar a valorar situaciones anteriores consideramos que la entidad Parque Científico Tecnológico de Almería, S.A. no cumple los requisitos para considerarla poder adjudicador de acuerdo con la letra b), del apartado 2 del artículo 3 del TRLCSP, no siendo de aplicación las disposiciones del mismo, en tanto no varíen las circunstancias actuales.

Es todo cuanto se ha de informar.

