

Informe 11/2018 de 3 de abril de 2019, sobre la naturaleza jurídica de sociedad mercantil Circuito de Jerez, S.A. (CIRJESA) a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público.

I – ANTECEDENTES

La Alcaldesa del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, en su condición de Presidenta de la sociedad mercantil municipal Circuito de Jerez S.A. (en adelante, CIRJESA) solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“ I. OBJETO Y FUNDAMENTACIÓN DE LA CONSULTA

La presente consulta tiene por objeto despejar la naturaleza jurídica de CIRJESA a fin de determinar su grado de sujeción a la recientemente aprobada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen 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). En particular, interesa a CIRJESA saber si tiene o no naturaleza de “poder adjudicador” a los efectos prevenidos en el art. a 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 en tanto que “otro ente del sector público”, lo que supondría aplicar la citada Ley en su grado mínimo (arts. 316 a 322).

El interés de la consulta viene determinado por el hecho de que la nueva LCSP ha modificado la regulación aplicable a los llamados “poderes adjudicadores no Administración pública” sometiendo su actuación a normas de preparación, adjudicación y ejecución de los contratos que celebren que tienen un carácter netamente administrativo. Esta circunstancia acerca enormemente la contratación de los “poderes adjudicadores no Administración pública” a la de las propias Administraciones públicas y conlleva la alteración de las prácticas contractuales que venían desarrollando estas entidades bajo la vigencia del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 (en adelante, TRLCSP 2011), con independencia, además, de que el contrato en cuestión supere o no los umbrales fijados para los contratos sujetos a regulación armonizada. Todo ello teniendo en cuenta que, hasta la fecha y bajo la vigencia del TRLCSP 2011, CIRJESA ha venido considerando que tiene la condición de “poder adjudicador” a los efectos de la legislación de contratos del sector público como se reconoce en sus “instrucciones” de contratación: circunstancia que, no obstante y en virtud de la naturaleza esencialmente mercantil de la actividad que desarrolla es dudosa, por las razones que se exponen en esta solicitud de informe.

II. ANTECEDENTES

1. Sobre la creación, objeto social y composición del accionariado de CIRJESA

“CIRCUITO DE JEREZ, S.A. (CIRJESA), es una sociedad mercantil originariamente constituida, mediante escritura pública de fecha 11 de diciembre de 1985, para el desarrollo de dos actividades diferenciadas:



- i) *la ejecución del Plan Especial de desarrollo de sistemas generales "Los Garcíagos", comprensivo de los accesos y ordenación interior de este paraje de suelo no urbanizable, en donde está ubicado actualmente el Autódromo o Circuito Permanente de Velocidad de Jerez de la Frontera y*
- ii) *adicionalmente, la promoción, gestión y explotación de las instalaciones y diversos servicios del Circuito de Velocidad de Jerez de la Frontera; la realización de pruebas deportivas de automóviles, motocicletas, karts, en sus diversas categorías y modalidades.*

*Las mencionadas actividades resultan expresamente recogidas en sus Estatutos Sociales, al definirse el objeto social (artículo 3), de los que se adjunta copia como **DOCUMENTO NÚM. 1** anexo a este escrito, conforme a lo siguiente:*

"ARTICULO 3º.-

La Sociedad tiene por objeto social en general la realización de los fines enumerados en el art. 3 del R.D. 1169/78, de 2 de mayo, para lo que gozará de las facultades y competencias enumeradas en el número 2 de dicho artículo. En concreto, la ejecución del Plan Especial de desarrollo de sistemas generales "Los Garcíagos", comprensivo de los accesos y ordenación interior de este paraje de suelo no urbanizable, con las medidas pertinentes para su adecuada adaptación al entorno, en donde irá ubicado el Autódromo o Circuito Permanente de Velocidad de Jerez de la Frontera.

En especial, tendrá por objeto social la promoción, gestión y explotación de las instalaciones y diversos servicios del Circuito; la realización de pruebas deportivas de automóviles, motocicletas, karts, en sus diversas categorías y modalidades. En el desarrollo de estas actividades sociales se dará atención preferente a la práctica automovilística y motocicletas amateur, por un lado, reservándose programas específicos dentro de los calendarios anuales, y por otro, con la creación de la Escuela de Automovilismo y de Motociclismo.

Todas estas actividades se podrán realizar, bien directamente por la Sociedad, mediante gestión directa o administración, o bien mediante su arrendamiento, cesión o cualquier otra forma de gestión concertada."

Por tanto, cabría decir que, atendiendo a su objeto social, CIRJESA surge inicialmente como una sociedad urbanística, acogéndose a la normativa aplicable a éstas, para desarrollar las actuaciones de ejecución urbanística de los terrenos donde se asientan sus instalaciones. Si bien se contemplaba expresamente que, con posterioridad, es decir, una vez finalizada la ejecución del circuito, CIRJESA llevaría a cabo la promoción, gestión y explotación de las instalaciones y diversos servicios del mismo.

El capital social de CIRJESA es íntegramente público, estando representado por 12.222 acciones nominativas, de 1.800 Euros de valor nominal cada una de ellas. La composición del accionariado refleja un porcentaje de participación de un 68,16% por el Excmo. Ayuntamiento de Jerez y un 31,84% por la Junta de Andalucía a través del SOPREA. La referida composición del capital social (íntegramente público), al margen de otra serie de consideraciones jurídicas que más adelante se detallarán, ha dado lugar a que, con ocasión de sus contrataciones, CIRJESA haya venido acudiendo a lo preceptuado en la normativa de contratos del sector público.



Por lo que respecta a su régimen jurídico, cabe señalar que CIRJESA fue constituida como Sociedad Anónima y se encuentra regida por sus Estatutos Sociales, por la Ley de Sociedades de Capital y por el Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre creación de Sociedades Urbanísticas por el Estado, los Organismos autónomos y las Corporaciones Locales.

CIRJESA está inscrita en el Registro Mercantil de Cádiz al Tomo 351, general 220 Sección 3ª, Folio 29, Hoja 3159.

2. Su consideración como sociedad urbanística

Atendiendo tanto a los fines fundacionales como al régimen jurídico aplicable a CIRJESA con ocasión de su constitución, cabe señalar que una parte de la actividad de la Sociedad encaja en lo que se han venido denominando tradicionalmente como "sociedades urbanísticas", por razón de su peculiar objeto. Las "Sociedades urbanísticas" son las sociedades constituidas por la Administración para la gestión o ejecución del planeamiento.

La característica esencial de este tipo de entidades es que se trata de personificaciones de la Administración sometidas al Derecho privado que tienen por objeto agilizar la ejecución e intervenir en el mercado inmobiliario con instrumentos similares al sector privado. Estas sociedades ya se regularon en el Texto Refundido de la Ley del suelo de 1976 (TR 76), que las definía como las empresas públicas con forma de sociedad mercantil para la ejecución y gestión del planeamiento. El artículo 1 del Real Decreto 1169/1978, que lo desarrollaba, no añadía gran cosa a la definición dada por el TR 76 y se refería a ellas como sociedades "para la ejecución del planeamiento urbanístico", cuyo objeto y finalidad es la actividad urbanística, especialmente la promoción, tenencia y administración de suelo, vivienda y equipamientos urbanísticos.

Son tres las características de este tipo de Sociedades:

- a) Carácter mercantil: es necesario que dichas sociedades adopten necesariamente una forma de las previstas por la legislación mercantil, sociedad anónima (SA) o sociedad de responsabilidad limitada (SL).*
- b) Pertenencia al sector público: la participación de la Administración en el capital social debe ser siempre mayoritaria. El carácter mayoritario de la participación pública es exigido por la legislación urbanística para poder actuar con el carácter de sociedad pública y obtener ciertas ventajas en su actuación.*
- c) Finalidad urbanística: su objeto puede abarcar todas las actuaciones de planificación, gestión y disciplina urbanística con el único límite de imposibilidad de intervenir en actos que impliquen ejercicio de autoridad reservados a la Administración Pública.*

Es importante señalar que la finalidad urbanística que le atribuye a CIRJESA sus Estatutos (la ejecución del Plan Especial de desarrollo de sistemas generales "Los Garcíagos") se encuentra finalizada, al haberse completado en su totalidad, pudiendo afirmarse que aquel objeto social originario ha decaído; de modo que en la actualidad solo persiste el interés de CIRJESA en la explotación de las instalaciones, habiéndose ejecutado plenamente su desarrollo.



3. Situación financiera y patrimonial

Otra de las cuestiones que interesa reseñar a efectos de la presente consulta es la actual situación financiera y patrimonial de CIRJESA. De la información contenida en la Cuentas Anuales de la Sociedad correspondientes al ejercicio 2016, que se aporta a este escrito como **DOCUMENTO NÚM. 2**, y del Plan económico-financiero 2017-2019, adjunto como **DOCUMENTO NÚM. 3**, cabe extraer lo siguiente:

- La Sociedad forma parte de un grupo de sociedades en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, siendo la sociedad dominante directa el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera.
- CIRJESA obtiene (y así ha sido históricamente) apoyo financiero de su accionista mayoritario, el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, a fin de equilibrar su cuenta de resultados. En la actualidad, dicho apoyo no supera el 30% de su presupuesto de actividad anual.
- Con fecha 26 de septiembre de 2011 se declaró mediante Auto número 735/2011 del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz, el concurso voluntario de acreedores de CIRJESA. El 13 de enero de 2014 el Consejo de Administración aprobó la propuesta de Convenio, así como el Plan de viabilidad, aprobándose por Junta General el Convenio, que contemplaba la capitalización del 100% de la deuda correspondiente al Ayuntamiento, que renunció a su cobro dinerario de conformidad con el aumento de capital que se desarrollaría una vez adquiriese plena eficacia el Convenio de acreedores. Con fecha 2 de mayo de 2014, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz dictó Sentencia 118/14 dando por finalizado el concurso, el cual se declaró como fortuito. Se adjunta documentación relativa al concurso como **DOCUMENTO NÚM. 4**
- La partida “Aportaciones Socios Concurso de Acreedores” de las Cuentas de 2016 presenta un saldo de 21.064.578,83 € correspondientes a las deudas concursales de los créditos calificados como subordinados y ordinarios que no optaron en su momento por una de las tres opciones de pago ofrecidas en el Convenio de acreedores, por lo que corresponde su capitalización, según dicho Convenio.
- Conforme a citadas Cuentas Anuales, en el ejercicio 2016, CIRJESA presenta un significativo desequilibrio financiero (2.633.868 Euros), originado por desfases entre cobros y pagos, y por la realización de determinadas actividades deficitarias por compromisos asumidos contractualmente en ejercicios anteriores.
- Para reequilibrar la situación financiera, la Dirección de CIRJESA elaboró el ya mencionado Plan económico-financiero para el periodo 2017-2019, aprobado por el Consejo de Administración celebrado el 17 de marzo de 2017, que contempla múltiples medidas, entre las cuales destaca, por su relevancia para la presente consulta, el incremento de las transferencias corrientes anuales que efectúa el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera a la Sociedad, para su sostenimiento económico, hasta un importe recurrente de 1,2 millones de euros.
- La Sociedad recibe aportaciones (en efectivo y en especie) como gestora de los eventos relacionados con “Jerez Capital Mundial del Motociclismo”.



- *En todo caso, el conjunto de las aportaciones que actualmente recibe CIRJESA por parte del Excmo. Ayuntamiento de Jerez, en sus distintas modalidades no supera el 30% de la financiación de la entidad.*

De este modo, cabe concluir que, con carácter general, para la financiación de sus actividades y al margen de los ingresos que obtiene por la prestación de servicios, la explotación de las instalaciones del circuito, venta de entradas y patrocinios, CIRJESA cuenta y ha venido contando con el apoyo financiero del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera.

Expuesto cuanto antecede, interesa a efectos de la presente consulta determinar si, como consecuencia de la aprobación de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público y atendiendo a las circunstancias concurrentes (objeto social, fin fundacional, actividades desarrolladas en la actualidad, competencia en el mercado, sistemas de fijación de precios, etc.), CIRJESA debe o no ser considerada como “poder adjudicador no Administración pública”.

4. Aplicación de la legislación de contratos del sector público a CIRJESA

Como ha quedado apuntado, bajo la vigencia del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 (TRLCSP 2011), CIRJESA asumió la condición de poder adjudicador no Administración Pública a los efectos establecidos en el art. a 3.3.b) y en los arts. 189 a 191 del mencionado texto legal. Dicha condición quedó reflejada en las “Instrucciones Generales Internas de Contratación”, en cuya Introducción se dice expresamente que

“En el caso de las Sociedades Mercantiles, se considerarán como Sector Público y Poder Adjudicador, pero sin el carácter de Administración Pública a las que la participación, directa o indirecta, de las Administraciones públicas en el capital sea superior al 50%; hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, y siempre que uno o varios Poderes Adjudicadores 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”.

Disponiendo su artículo 1.1 que

“El objeto de las presentes Instrucciones Generales Internas en materia de contratación es establecer el sistema general de contratación de CIRJESA, Circuito de Jerez S.A. como Poder Adjudicador que no tiene el carácter de Administración Pública y, específicamente, regular los procedimientos de contratación en aquellos supuestos específicos que no están sometidos a Regulación Armonizada, para asegurar la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa”.

No obstante, en sociedades homólogas a CIRJESA no es ésta una cuestión tan clara ni tan pacífica.

5. Aplicación de la normativa de contratación pública en otros circuitos permanentes de velocidad de titularidad pública



En España existen algo más de veinte circuitos permanentes de velocidad, la mayoría de ellos de naturaleza privada. No obstante, algunos son entidades públicas o sociedades participadas o cuyo capital pertenece por entero a Administraciones Públicas, lo que determina la pertenencia de dichas sociedades al sector público a efectos de las normas de contratación pública. A saber:

- ***Circuito de la Torrecica Albacete***

Es un Consorcio integrado por la Diputación Provincial de Albacete y el Ayuntamiento de Albacete, que se autoconsidera poder adjudicador a los efectos de la Ley de contratos del sector público, como se deduce de la información que puede recabarse sobre sus contrataciones en el perfil del contratante

- ***Circuito Ricardo Tormo Cheste (Valencia)***

Es una sociedad mercantil 100% de la Generalitat de Valencia. Se constituye por Decreto 128/1998, de 1 de septiembre, del Gobierno Valenciano, con forma de Sociedad Anónima (Circuito del Motor y Promoción Deportiva S.A.), con la consideración de empresa de la Generalitat de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana. Está integrada en la "Corporación Pública Empresarial Valenciana" de acuerdo con el Decreto-Ley 7/2012, de 19 de octubre, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat valenciana.

Según sus Estatutos, la Sociedad tiene como objeto:

- *La organización, contratación y gestión de cuantas actividades requiera la preparación, construcción de las instalaciones, ejecución y puesta en funcionamiento del proyecto del circuito de velocidad de la Comunitat Valenciana.*
- *La organización y gestión de la explotación de las actividades y servicios a desarrollar en los terrenos, inmuebles e instalaciones del circuito de velocidad, así como la promoción de las actividades deportivas que se correspondan con los objetivos y fines que en materia deportiva tiene la Generalitat.*

Según sus Instrucciones internas de contratación, aprobadas por el Consejo de Administración en fecha 26 de diciembre de 2017 la Sociedad "queda integrada en el sector público con el carácter de poder adjudicador y sometida al TRLCSP con el alcance que la propia Ley determina".

- ***Circuito Montmeló (Barcelona)***

El Consorcio del Circuit de Barcelona-Catalunya es una entidad de derecho público dotada de personalidad jurídica propia que se constituyó, por tiempo indefinido, en virtud del Decreto 51/1989, de 7 de febrero, y que está integrada por la Generalitat de Catalunya, el Real Automóvil Club de Catalunya (RACC) y el Ayuntamiento de Montmeló.

Circuits de Catalunya, S.L.U. constituye la forma de gestión directa adoptada por el Consorcio del Circuit de Barcelona-Catalunya para realizar las actividades que constituyen su objeto social y que vienen conformadas por la gestión y explotación de las instalaciones que integran el Circuito de Catalunya.

Según sus Instrucciones internas de contratación,



“De acuerdo con lo previsto en el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), Circuits de Catalunya, S.L.U. forma parte del sector público ya que tiene cabida dentro del supuesto previsto en la letra d) del artículo 3.1 del TRLCSP, si bien no tienen consideración, a efectos de aplicación de la TRLCSP, ni de administración pública, ni de poder adjudicador (art. 3.2 y 3.3 TRLCSP) ya que por el hecho de estar contempladas las sociedades mercantiles como una categoría específica en el apartado 1 del artículo 3 TRLCSP, no tienen cabida en el epígrafe B) del apartado 3 del mismo precepto.

Por tanto, Circuits de Catalunya, S.L.U. a efectos del TRLCSP, no tiene consideración ni de administración pública, ni de poder adjudicador, con la consecuencia de que se encuentra dentro del nivel de mínima sujeción al TRLCSP que se rige por el artículo 192. Según sus Instrucciones internas de contratación, el Circuito tiene la consideración de ente del sector público no Administración Pública en razón del carácter mercantil de su actividad” (el subrayado es nuestro).

- **Circuito Motorland Aragón** (Alcañiz, Teruel)

El Decreto 227/2001 de 18 de septiembre, del Gobierno de Aragón, crea la empresa pública, Ciudad del Motor de Aragón, S.A., como sociedad mercantil adscrita al Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno de Aragón y cuyos socios son el Instituto Aragonés de Fomento -entidad dependiente de la Administración autonómica-, la Diputación Provincial de Teruel y el Ayuntamiento de Alcañiz. La Comunidad de Aragón tiene el 60% del capital, siendo el 20% de la Diputación Provincial de Teruel y el restante 20% del Ayuntamiento de Alcañiz.

Su objeto social, definido en el art. 1.2 de sus Estatutos, es “la puesta en marcha, desarrollo, promoción y explotación por ella misma o a través de terceras personas, del circuito de Aragón con sus infraestructuras deportivo-industriales y correspondientes equipamientos complementarios, entendiéndose esta actividad en sentido amplio e integral y, en consecuencia, llevando a cabo cuantas actividades tengan relación directa o indirecta con la práctica de los deportes de ruedas, servicios complementarios y ocio anexo”.

Según sus instrucciones internas de contratación, la Sociedad “debe ser considerada como Poder Adjudicador a efectos de la Directiva Comunitaria 2004/18/CE, de 31 de marzo. Y, consecuentemente, la sociedad también ostenta la consideración de Poder Adjudicador a efectos de determinar el grado de sometimiento a las prescripciones del TRLCSP”.

En resumen, tres de las cuatro entidades públicas analizadas, que tienen objetos y finalidades semejantes, se autoconsideran “poder adjudicador no Administración pública” a los efectos de la aplicación del TRLCSP de 2011 (Circuito de Albacete, Circuito Ricardo Torroja de Cheste y Circuito de Alcañiz), al menos bajo la aplicación del TRLC 2011 (al igual que venía haciendo CIRJESA); mientras que una (Circuito de Montmeló) considera que no tiene dicha condición “en razón del carácter mercantil de su actividad”, por no haber sido creada específicamente para desarrollar una actividad de interés general a los efectos de la aplicación de la condición de “poder adjudicador”, de la que queda excluida.



III. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1. CIRJESA es un ente del sector público local a los efectos de la aplicación de la legislación de contratos del sector público.

A los efectos de la aplicación de la legislación de contratos del sector público es determinante, en primer lugar, la consideración de CIRJESA como ente perteneciente al sector público, y más concretamente, al sector público local; cuestión ésta que queda claramente despejada por 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, que, bajo el enunciado “Alcance subjetivo del Inventario de Entes del Sector Público Local”, relaciona el Inventario de entes del sector público local (art. 2), estableciendo literalmente lo siguiente:

“1. A los efectos de lo dispuesto en este título, se consideran integrantes del Inventario de Entes del Sector Público Local:

- a) Los Ayuntamientos, Diputaciones, Consejos y Cabildos insulares.*
- b) Los órganos de gobierno y administración de las áreas metropolitanas, las mancomunidades de municipios, las comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios y las entidades de ámbito territorial inferior al municipal, instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas de conformidad con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y los correspondientes estatutos de autonomía.*
- c) Los organismos autónomos y entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de los sujetos enumerados en los apartados a y b.*
- 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.



e) Las instituciones sin ánimo de lucro que estén controladas o financiadas mayoritariamente por alguno o varios de los sujetos enumerados en este artículo.

f) Los consorcios que las entidades locales hayan podido constituir con otras administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas que persigan fines de interés general, siempre que la participación de la o las entidades locales en dichos Consorcios sea mayoritaria, o bien que en caso de igualdad de participación con otras entidades que no sean de carácter local, se cumpla alguna de las siguientes características:

Que la o las entidades locales dispongan de mayoría de votos en los órganos de gobierno.

Que la o las entidades locales tengan facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.

g) Aquellos entes no incluidos en los párrafos anteriores, que se clasifiquen como agentes del sector público local por las instituciones con competencia en materia de contabilidad nacional citadas en el artículo 3.1 del presente reglamento.

2. A los efectos previstos en el párrafo d del apartado 1, a los derechos de voto, nombramiento o destitución mencionados, se añadirán los que la entidad local, organismo o sociedad mercantil integrantes o dependientes de la entidad local, posea a través de otras sociedades.

Para la determinación del porcentaje de participación, en aquellos supuestos en que participen u ostenten derechos de voto, nombramiento o destitución varios sujetos de los enumerados en el apartado primero de este artículo, se sumarán los porcentajes de participación y disposición de derechos de todos ellos.

3. A los efectos previstos en los párrafos e y f del apartado 1, en caso de igualdad de participación, de aportación financiera y de derechos sociales, se atenderá al ámbito territorial donde se desarrolle la actuación objeto de dichas unidades institucionales.

*A tenor del apdo. d) del precepto transcrito y de las circunstancias societarias reflejadas en los antecedentes de esta consulta queda claro que **CIRJESA es un ente del sector público local**, y como tal se encuentra inventariado en el Inventario de entes públicos locales del Ministerio de Hacienda y Función Pública, como sociedad municipal del Ayuntamiento de Jerez.*

2. El carácter decisivo de la naturaleza material de la actividad desarrollada por CIRJESA para determinar su condición de poder adjudicador o no

El artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen 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) clasifica los entes y entidades del sector público en tres grandes categorías: a) "Administraciones Públicas", que siempre tienen la consideración de poder adjudicador a los efectos de las citadas Directivas y de la LCSP; b) "poderes adjudicadores que no son Administración Pública"; y, c) "otros entes del sector público" o entidades del sector público que no tienen el carácter de poderes adjudicadores.



El concepto de poder adjudicador es crucial para determinar el grado de vinculación de una entidad del sector público a las disposiciones de la LCSP. La razón es que, a diferencia de la regulación anterior sobre contratos del sector público, la nueva LCSP ha administrativizado de forma muy notable e incisiva la aplicación de la Ley para los sujetos que tengan la consideración de poder adjudicador, sean o no, además, “Administración Pública”; de modo que esta cuestión ha dejado de ser menor y de tener una relevancia relativa. Hasta el punto de poder afirmar que si una entidad es considerada poder adjudicador, su actividad contractual con terceros no diferirá de forma significativa de la de una Administración pública strictu sensu (GIMENO FELIÚ, J.M., Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público, Thomson-Reuters, 2018). Algo que sí ocurría antaño, pues bajo la vigencia del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos de 2011, la consideración de “poder adjudicador no Administración pública” sólo obligaba a aplicar las garantías legales relativas a la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA), sujetando su actuación a las Instrucciones internas de contratación en el resto de contratos¹.

La adaptación de los “poderes adjudicadores no Administración pública” es una tarea compleja que todas las entidades que venían operando con dicha condición han de emprender. En primer lugar, porque desaparece la posibilidad de regulación mediante Instrucciones internas propias para dichos procedimientos con independencia del carácter SARA o no del contrato, debiendo aprobar en todo caso los correspondientes Pliegos para sus contrataciones; por cuando, además:

- Le serían de aplicación las normas sobre preparación y adjudicación de los contratos SARA (art. 317), que se regirán por las normas establecidas en las Sección 1.ª (Preparación) y 2.ª (Adjudicación) del Capítulo I del Título I del Libro II de la Ley.*
- Las normas de adjudicación de los contratos no SARA (para la preparación no hay normas específicas), que se regirían por los procedimientos previstos en la Sección 2.ª (Adjudicación) del Capítulo I del Título I del Libro Segundo (art. 318).*
- Los efectos y extinción del contrato se regirán por normas de Derecho privado (art. 319). Pero en todo caso, le resultarían aplicables: las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral (art. 201); las condiciones especiales de ejecución (art. 202); las reglas sobre modificación de los contratos (art. 203 a 205); las relativas a la cesión y a la subcontratación (arts. 204 a 217); las normas sobre la racionalización técnica de la contratación (arts. 218 a 228); así como las condiciones de pago establecidas en los apartados 4.º del artículo 198, 4.º del artículo 210 y 1.º del artículo 243.*

La clave de la consideración legal de poder adjudicador, en consonancia con lo dispuesto en las Directivas, es la definición de las nociones de “organismo de Derecho público” y de “poder adjudicador” que aquéllas contienen (en la actualidad, el art. 2.1 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, del Parlamento Europeo y del

¹La Junta Consultiva de Contratación ha analizado con detalle el alcance del efecto de “administrativización” de la contratación de los “poderes adjudicadores no Administración Pública” en su Recomendación no vinculante de 28 de febrero de 2018 “en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público” Para apreciar las diferencias de uno y otro régimen es asimismo de gran interés la Instrucción 3/2018, de 6 de marzo, dictada por la Abogacía del Estado “sobre la contratación de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública y de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores”.



Consejo sobre contratación pública). Ambos conceptos se han considerado tradicionalmente equivalentes en la transposición del Derecho de la Unión europea en nuestro ordenamiento, donde ambos cristalizan en la definición legal de “poder adjudicador”. Así, siguiendo la estela de la regulación precedente y trasladando el acervo de Derecho europeo sobre este concepto, la vigente LCSP afirma el carácter de poder adjudicador de: las Administraciones Públicas (art. 3.a), las Fundaciones públicas (art. 3.3.b), las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (art. 3.3.d), y de las Asociaciones constituidas por las entidades que tengan el carácter de poder adjudicados (art. 3.3. e); declarando junto a ello que también tienen el carácter de poder adjudicador,

“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” (art. 3.3.d).

*A tenor del apartado que acabamos de transcribir y a los efectos de esta consulta, es sumamente relevante despejar cuando una entidad tal ha “sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”; pues en caso contrario, **si su actividad principal y específica fuese el desarrollo de actividades de “carácter industrial o mercantil”, no podría calificarse de poder adjudicador a los efectos de la Ley.** De tal forma que la concurrencia de los requisitos que el precepto enuncia seguidamente al que acaba de señalarse (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) no es tan relevante para resolver la cuestión que nos ocupa, por cuanto se trata de requisitos de índole más formal supeditados a la previa constatación del primero: si la actividad que desarrolla CIRJESA atiende a necesidades de interés general o, por el contrario, tiene carácter mercantil o industrial. En el entendido, por lo demás, que en el caso de CIRJESA algunos de esos requisitos de índole más formal concurren de forma clara según se desprende de los antecedentes de esta consulta, pues es notorio que tienen la calificación de poder adjudicador las dos entidades que titularizan su capital (Ayuntamiento de Jerez y Junta de Andalucía), siendo igualmente evidente que “controlan su gestión”; en particular el Ayuntamiento de Jerez, que es el titular mayoritario de las acciones de CIRJESA.*

Acaso pueda parecer impropio que una “sociedad mercantil” se dedique a una actividad “no mercantil”, y sin embargo es más que posible – cuando ésta se crea para satisfacer necesidades de interés general, y no de interés particular o ánimo de lucro, independientemente de que tenga o no “ganancias” como producto de su actividad (ALMONACID LAMELAS, V., “Delimitación del concepto poder adjudicador a los efectos de la LCSP. Especial referencia a las sociedades mercantiles. Régimen jurídico de su actividad contractual”, Noticias Jurídicas. Artículos doctrinales, 1 de enero de 2009). De modo que en el ámbito del sector público, y para la aplicación del concepto europeo de poder adjudicador, una cosa es que una sociedad anónima sea mercantil y otra distinta que su objeto sea mercantil.

Por tanto, antes de adentrarnos en la cuestión mollar de la naturaleza mercantil o de interés general de la actividad que desarrolla CIRJESA debemos dejar sentada una consideración preliminar: el criterio formal de la personificación jurídico-pública o jurídico-privada de una entidad no es una cuestión decisiva a la hora de



determinar el régimen jurídico de la entidad, ni determinante tampoco de la aplicación a la misma de la legislación de contratos del Sector Público en un grado u otro.

La legislación y la jurisprudencia han ido caminando progresivamente, en este sentido, a la consolidación de un criterio funcional que atiende a la actividad material para la que ha sido creada la entidad y a su mayor o menor dependencia orgánica y funcional de la Administración de la que depende que a un criterio de aplicación del Derecho de la contratación pública basado en la forma jurídica de la entidad.

Esta orientación objetiva o material del criterio de aplicación de la legislación de contratos del sector público proviene directamente de la interpretación de los conceptos de “organismo de Derecho público” y de “poder adjudicador” procedentes del Derecho de la Unión Europea.

3. El criterio funcional del Derecho de la Unión Europea y de la jurisprudencia del TJUE como definidor del concepto “poder adjudicador”. Indicios para determinar el carácter mercantil o de interés general de la actividad que desarrolla la entidad

*El concepto de “poder adjudicador”, y en particular el de “organismo de Derecho público”, han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un esfuerzo dirigido a dejar claro que el ámbito de aplicación *ratione personae* de las Directivas europeas sobre contratación pública no debe sufrir modificaciones en un territorio u otro de la Unión. Las nuevas Directivas de 2014, por su parte, mantienen la definición en la que se basa la aludida jurisprudencia, e incorporan las últimas aclaraciones derivadas de la misma. A tal efecto, trasladan literalmente algunas conclusiones de la jurisprudencia del TJUE sobre el objeto mercantil o no de la actividad de los “organismos públicos” precisando 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” (considerando 10 de la Directiva).*

Siguiendo en este punto la doctrina sentada por la Instrucción de la Abogacía General del Estado nº1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las sociedades mercantiles del Estado, reiterada posteriormente por el Dictamen de la Abogacía del Estado de 16 de mayo de 2012 sobre RENFE-Operadora, que examinan pormenorizadamente los requisitos del artículo 3.3.d) del TRLCSP de 2011 [idénticos a los que establece el vigente art. 3.3.d) de la vigente LCSP antes transcrito]; y siguiendo asimismo la doctrina de los autores más autorizados que han sistematizado la construcción jurisprudencial europea sobre el concepto de poder adjudicador, con especial atención al requisito dirimente de haber sido o no creado “para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” o de realizar -por el contrario- actividades de “carácter industrial o mercantil” (GIMENO FELIÚ, J.M., “Los sujetos contratantes: alcance del concepto poder adjudicador”, Estudios QDL núm. 12, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006, “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, Revista de Administración Pública, núm. 151, 2000; y DE VICENTE DOMINGO, R., en la obra Gestión Local. Contratación administrativa, coord. LLAVADOR CISTERNES, Ed. Thomson-Aranzadi, 2008), podemos resumir lo siguiente:

- *Con carácter general, el TJUE ha declarado (STJUE de 22 de mayo de 2003, Korhonen, con cita de sentencias anteriores) que “según reiterada jurisprudencia, en general, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido (...) de las directivas*



comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de 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 parte, por razones vinculadas al interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante”.

- *Por otro lado, la jurisprudencia del TJUE ha afirmado en reiteradas ocasiones que el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil tiene carácter funcional, no formal, ya que el dato positivo de que uno o varios “poderes adjudicadores” 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, no configura a una entidad como poder adjudicador, sino como mero ente integrante del “sector público” (STJUE de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley; STJUE de 20 de mayo de 2001, Feria de Milán; y STJUE de 16 de octubre de 2003, Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Comunitarios SIEPSA S.A.).*
- *Para la calificación o no de un ente como “poder adjudicador”, el TJUE pone el acento en la naturaleza de la actividad material que aquél desarrolle; esto es, en “el carácter mercantil o no de las necesidades de interés general”, que es independiente de la forma jurídica y de las disposiciones por las que se crea el ente. Así, la personificación de estas entidades bajo formas mercantiles no es determinante para entender que tienen carácter industrial o mercantil, pues el carácter industrial o mercantil ha de apreciarse desde un punto de vista «funcional» y no meramente formal (STJUE de 20 de septiembre de 1998, Beentjes; y STJUE de 15 de mayo de 2003, Comisión contra España). No obstante, y en lógica relación con la consideración del objeto de la entidad u organismo, han de tenerse también en cuenta las razones que el poder adjudicador que la creó apreció para la creación de la propia entidad u organismo.*
- *En lo referente a qué debemos entender por carácter industrial o mercantil el TJUE ha entendido que, habida cuenta que la lista de poderes adjudicadores que recogen expresamente las Directivas no es exhaustiva, ha de hacerse un análisis caso a caso para detectar los indicios que se desprenden de la actividad de la entidad que puedan ser determinantes para entender que existe dicho carácter industrial o mercantil “teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes” (STJUE de 15 de enero de 1998, Mannesmann; STJUE de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding; STJUE de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley; y STJUE de 22 de mayo de 2003, Riita Korhonen Oy, entre otras). Y entre esos indicios cabe tener en cuenta los siguientes, que nos parecen singularmente relevantes en el caso aquí analizado:*

a) Que la entidad en cuestión opere en condiciones normales de mercado y que realice su actividad en régimen de competencia en el mercado:

La circunstancia de que el organismo o 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 (STJUE de 22 de mayo de 2003, Korhonen; y STJUE de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding).



No obstante, la existencia de una competencia desarrollada no permite, por sí sola, inferir la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil. Deben tenerse en cuenta otros factores antes de llegar a tal conclusión “y, en particular, la cuestión de en qué condiciones ejerce su actividad el organismo de que se trate”, de modo que “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” (STJUE Adolph Truley, antes citada).

b) Que tenga ánimo de lucro:

En este ámbito, el TJUE ha destacado especialmente que 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 (STJUE Korhonen, antes citada).

c) Que asuma los riesgos derivados de su actividad:

De tal forma que la existencia de mecanismos para compensar pérdidas económicas (ordinariamente, transferencias presupuestarias por parte de los poderes adjudicadores de los que depende o de los presupuestos públicos) en que pudiera incurrir la entidad, de forma que ésta 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, y a la inversa (STJUE Korhonen, antes citada).

- *Para concluir este punto debe indicarse que ha merecido particular atención del TJUCE el supuesto de un mismo organismo o entidad que simultáneamente realice actividades que deban calificarse como estrictamente públicas o de interés público y actividades netamente mercantiles (STJUE Mannesmann, arriba citada). En relación con este supuesto, el Tribunal judicial ha entendido que esa duplicidad de actividades no exime de la observancia de las normas contenidas en las Directivas sobre contratos públicos cuya aplicación se extiende, por tanto, no sólo a los contratos relacionados con las actividades públicas, sino también a los relacionados con las actividades de carácter privado o mercantil, y ello aun cuando estas últimas actividades sean económicamente preponderantes. Dicho de otro modo, **el hecho de que una entidad tenga recogido dentro de su objeto una finalidad de interés general puede decantar su naturaleza de poder adjudicador a los efectos de la legislación de contratos de sector público aun cuando otros objetos societarios y su propia actividad sean mayoritariamente de naturaleza mercantil o industrial**; incluso aunque la satisfacción de necesidades de interés general solo represente una parte relativamente poco importante en el conjunto de las actividades de la entidad.*

Como dice la más reciente STJUE de 5 de octubre de 2017, LitSpecMei UAB, en este sentido “es irrelevante que, además de las actividades destinadas a satisfacer necesidades de interés general, la entidad de que se trata lleve a cabo igualmente otras actividades con un fin lucrativo en el mercado competitivo”.



4. Aplicación de la doctrina del TJUE al caso de CIRJESA

La diversidad de criterios que toma en consideración la jurisprudencia del TJUE y, especialmente, la circunstancia de que no todos los que hemos enunciado han sido aplicados conjuntamente en cada uno de los casos enjuiciados por dicho Tribunal, aconseja que, atendiendo principalmente al objeto de la entidad u organismo que en cada caso se considere, se proceda a una ponderación del conjunto de dichos criterios, analizando, como la propia jurisprudencia del TJUE hace, los indicios que permiten decantar la naturaleza del organismo o entidad. En definitiva, la jurisprudencia del TJUE exige efectuar una valoración casuística del carácter mercantil o industrial de la actividad del organismo que se considere, examinando todos los elementos jurídicos y fácticos concurrentes en cada supuesto, tales como los que rodean a la creación del organismo y las condiciones que ejerce su actividad, siendo la competencia un indicio pero no una circunstancia por sí sola suficiente para definir el concepto de poder adjudicador, al igual que el resto de los factores apuntados por la jurisprudencia (existencia de ánimo de lucro como objetivo principal y asunción de los riesgos derivados de la actividad).

a) Indicios de que CIRJESA fue creada para desarrollar una actividad de interés general:

Como se expuso con anterioridad en los Antecedentes, el objeto social de CIRJESA contempla dos finalidades diferenciadas:

- la finalidad urbanística, de interés general, en orden al desarrollo y ejecución de los terrenos en los cuales se ubica el Circuito de velocidad y sus instalaciones, y
- la finalidad mercantil de explotación, tendente a la promoción, gestión y explotación de las citadas instalaciones y diversos servicios del mismo.

De este modo, CIRJESA surge en un primer momento y con ocasión de su constitución, como una Sociedad urbanística orientada a un "interés general" consistente en la ejecución del Plan Especial de desarrollo de sistemas generales "Los Garcíagos", si bien actualmente se encuentra finalizada, al haberse completado en su totalidad.

Dado que el objeto social de CIRJESA sigue recogiendo expresamente el citado fin urbanístico, el reconocimiento expreso de este fin social podría "contaminar" el carácter netamente mercantil de su actividad principal y decantar su consideración de "poder adjudicador" (STJUE Mannesmann). Sin embargo, la finalización de la actividad urbanística ha motivado en la actualidad el decaimiento de dicho objeto social, por lo que no puede tenerse en cuenta a la hora de calificar la actividad de CIRJESA como de "interés general" a los efectos del art. 3.3.d) de la nueva LCSP. Sin dejar por ello de reconocer, no obstante, que sería aconsejable que se adoptase el correspondiente acuerdo social de modificación estatutaria en orden a eliminar dicha finalidad y recoger única y exclusivamente la actividad consistente en la promoción, gestión y explotación de las instalaciones y diversos servicios del Circuito de Velocidad de Jerez de la Frontera.

Por otra parte, **CIRJESA recibe financiación pública del Ayuntamiento de Jerez de modo recurrente.** También se ha comprobado que recibe transferencias para gastos corrientes a cargo de los Presupuestos municipales, que para el ejercicio 2016 ascendieron a 1,2 millones de euros. Según las previsiones del Plan



económico-financiero vigente para la actividad de la entidad, las aportaciones presupuestarias del Excmo. Ayuntamiento de Jerez no superan el 30% de la actividad anual de CIRJESA. Asimismo.

Como veremos seguidamente, **estas circunstancias dificultan la afirmación de que CIRJESA asuma los riesgos derivados de su actividad** a los efectos establecidos por la jurisprudencia europea.

b) Indicios de que desarrolla una actividad de carácter mercantil:

Interesa en este punto indagar sobre los tres indicios subrayados por la jurisprudencia del TJUE antes analizada para decantar la naturaleza de una entidad como "otro ente del sector público" en virtud de que desarrolle una actividad de carácter industrial y mercantil: que lo haga en régimen de competencia; que persiga ánimo de lucro y fije autónomamente sus precios de acuerdo a reglas de mercado; y, finalmente, que asuma los riesgos derivados de su actividad.

La primera cuestión apuntada ha de responderse afirmativamente: **la explotación de circuitos permanentes de velocidad es una actividad en régimen de abierta competencia**. En efecto, como antes veíamos, del análisis sectorial realizado en el punto 5 de los antecedentes de esta consulta, la veintena larga de circuitos de velocidad permanentes existentes en España compiten en la prestación de servicios y en la organización de competiciones deportivas. Si bien es cierto que, en relación a la actividad de competición, y aunque la mayoría de los circuitos están gestionados por empresas de capital privado, los trazados de mayor importancia, es decir, aquellos en los que se disputan las carreras que tienen mayor proyección (principalmente la Fórmula 1, las pruebas del Mundial de Motos y los premios nacionales de las distintas categorías), están en manos de empresas públicas, aunque ello no obsta a que la actividad se desenvuelva en régimen de libre competencia y competencia de mercado.

En segundo lugar, de los datos societarios examinados se deduce que CIRJESA persigue ánimo de lucro en el desarrollo de su actividad mercantil y **fija autónomamente a través de su Consejo de Administración los precios de los servicios que presta a terceros**, tales como la explotación de sus instalaciones, la organización de eventos deportivos, el patrocinio o la venta de derechos de emisión. Se trata, además, de precios orientativos que oscilan en función de la demanda. Ha de recordarse, en este punto, que el TJUE ha destacado especialmente que la fijación de los precios de los bienes que produzca o de los servicios que preste la entidad con arreglo exclusivamente a las leyes de la oferta y la demanda orienta la calificación hacia el carácter mercantil o industrial.

En tercer y último lugar, tal y como quedó apuntado, el hecho de que CIRJESA reciba financiación municipal para gastos corrientes y para equilibrar su balance ante la existencia de pérdidas. Ciertamente, el TJUE ha sostenido que la existencia de mecanismos para compensar pérdidas económicas (ordinariamente, transferencias presupuestarias por parte de los poderes adjudicadores de los que depende o de los presupuestos públicos) en que pudiera incurrir la entidad, de forma que ésta 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, y a la inversa (STJUE Korhonen, antes citada).

Asimismo, en este punto es esencial la doctrina sentada por las SSTJUE de 15 de mayo de y de 16 de octubre de 2013, así como la posterior de 13 de enero de 2005. Las dos primeras condenan al Reino de España por



incumplimiento de las Directivas por inaplicar las reglas de la contratación de los “poderes adjudicadores no Administración Pública” a sendas sociedades mercantiles estatales que supuestamente, y a juicio del Estado Español, realizaban una actividad de carácter mercantil e industrial y no habían sido creadas específicamente para desarrollar actividades de interés público. La Sentencia de 2005 condena asimismo al Reino de España por indebida transposición de las Directivas europeas en relación a la actividad de los “poderes adjudicadores no Administración pública”. Pues bien, estos fallos ponen claramente de relieve un dato sumamente relevante, y es que en ausencia de un riesgo empresarial, una empresa pública o cualquier otro ente controlado por la Administración pública se comporta como poder adjudicador y, por tanto, ha de someterse a las reglas y principios de la contratación pública aplicables a los “poderes adjudicadores” que no tienen la consideración de Administración pública.

*Como **CONCLUSIÓN** de lo anterior, existen indicios claros que permiten afirmar que la actividad de CIRJESA tiene carácter mercantil a los efectos del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, tal y como dicho concepto ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE, lo que podría justificar la inaplicación de la condición de “poder adjudicador” y la menor sujeción de CIRJESA a la LCSP como “otro ente del sector público”. Estos indicios consisten, en esencia, en que CIRJESA desarrolla su actividad en un contexto de competencia y opera en condiciones normales de mercado; persigue ánimo de lucro y fija autónomamente los precios de sus servicios.*

No obstante lo anterior, también existe algún indicio que permite pensar que parte de su objeto mercantil comprende el desarrollo de actividades de interés general; en particular en lo relativo su condición de sociedad urbanística de desarrollo y ejecución de los terrenos en los cuales se ubica el Circuito de velocidad y sus instalaciones. Si bien, este objeto social ha desaparecido en la práctica de la actividad de CIRJESA, por cuanto los desarrollos urbanísticos que tuvo que asumir en origen están a día de hoy completamente ejecutados, pese a que sus Estatutos reflejen aún dicho objeto social y la condición de sociedad urbanística.

Por otra parte, CIRJESA ha recibido financiación pública del Ayuntamiento de Jerez de modo recurrente. También se ha comprobado que recibe transferencias para gastos corrientes a cargo de los Presupuestos municipales, que para el ejercicio 2016 ascendieron a 1,2 millones de euros.

De este modo, el Ayuntamiento de Jerez, propietario mayoritario de la Sociedad, realiza aportaciones dinerarias para compensar el balance de CIRJESA. A día de hoy, en se desprende del Plan económico financiero de CIRJESA para el periodo 2017-2019 dichas aportaciones no superan el 30% del Presupuesto anual de la actividad. No obstante ser esa cifra minoritaria respecto del volumen global de ingresos de CIRJESA, la mayoría de los cuales provienen del mercado, no puede afirmarse con rotundidad que CIRJESA “soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad”, en el sentido expresado por la jurisprudencia del TJUE.

Por tanto, la situación descrita puede ofrecer dudas en torno a la consideración de CIRJESA como “poder adjudicador no Administración Pública” o como “otro ente del sector público” a los efectos de la aplicación de la LCSP.

*Por lo expuesto, y en virtud de lo prevenido en el Decreto 93/2005, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, modificado por el Decreto 10/2013, de 5 de febrero, en nombre de la Corporación Municipal cuya representación ostento en mi condición de Alcaldesa del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, socio mayoritario de la mercantil CIRJESA, y en nombre de dicha entidad cuya Presidencia me corresponde, **SOLICITO:***



La emisión de un Informe que clarifique si, pese a que CIRJESA cumple la mayoría de los indicios señalados por la jurisprudencia del TJUE que permiten calificar la naturaleza de su actividad como “mercantil” a los efectos del art. 3.3.d) de la LCSP, por cuanto presta servicios a terceros en régimen de libre competencia, con ánimo de lucro y fijación autónoma de sus precios de acuerdo a reglas de mercado (lo que determinaría su consideración de “otro ente del sector público” a los efectos de la aplicación de dicha Ley a su actividad contractual); el hecho de recibir apoyo financiero municipal, en sus distintas modalidades, y en una cifra cercana al 30% de su presupuesto anual, impide considerar que asume los riesgos derivados de su actividad y, en consecuencia, debe ser considerado “poder adjudicador” a los efectos de la LCSP”.

II – INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, si bien en el presente caso realizaremos algunas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas, y con la necesaria cautela, en base a la documentación e información que aporta la entidad consultante, por lo que puede haber elementos jurídicos y fácticos que puedan desconocerse por este órgano consultivo.

El objeto de la consulta por la que se solicita informe es delimitar “si, pese a que CIRJESA cumple la mayoría de los indicios señalados por la jurisprudencia del TJUE que permiten calificar la naturaleza de su actividad como “mercantil” a los efectos del art. 3.3.d) de la LCSP, por cuanto presta servicios a terceros en régimen de libre competencia, con ánimo de lucro y fijación autónoma de sus precios de acuerdo a reglas de mercado (lo que determinaría su consideración de “otro ente del sector público” a los efectos de la aplicación de dicha Ley a su actividad contractual); el hecho de recibir apoyo financiero municipal, en sus distintas modalidades, y en una cifra cercana al 30% de su presupuesto anual, impide considerar que asume los riesgos derivados de su actividad y, en consecuencia, debe ser considerado “poder adjudicador” a los efectos de la LCSP”.

1.- La primera cuestión a dilucidar con respecto a la naturaleza de CIRJESA es determinar si dicha entidad forma parte o no del sector público. Para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.1.h) hace falta constatar si en el capital social de la sociedad mercantil la participación, directa o indirecta, de alguna de las entidades mencionadas en las letras a-b-c-d-e-g-h del apartado 1 del citado artículo es superior al 50 por 100.

El art. 3.1.h) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante 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”.

En el caso de CIRJESA, tal y como se informa por el órgano consultante “*El capital social de CIRJESA es íntegramente público, estando representado por 12.222 acciones nominativas, de 1.800 Euros de valor nominal cada una de ellas. La composición del accionariado refleja un porcentaje de participación de un 68,16% por el Excmo. Ayuntamiento de Jerez y un 31,84% por la Junta de Andalucía a través del SOPREA. La referida composición del capital social (íntegramente público), al margen de otra serie de consideraciones jurídicas que más adelante se detallarán, ha dado lugar a que, con ocasión de sus contrataciones, CIRJESA haya venido acudiendo a lo preceptuado en la normativa de contratos del sector público”.*

Conviene señalar que la Sociedad para la Promoción y Reversión económica de Andalucía (SOPREA), es una sociedad mercantil adscrita a la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, a través de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía. En el artículo 3 de sus Estatutos se establece que tiene por objeto, favorecer el desarrollo económico y social de Andalucía actuando prioritariamente sobre actuaciones de promoción y reversión mediante: - Constitución de sociedades mercantiles y participación en sociedades ya constituidas que se consideren de especial interés para Andalucía - Concesión de créditos a medio y largo plazo y de avales a sociedades con objeto de garantizar la financiación de éstas. - Promoción y participación de actuaciones colectivas de empresas que permitan una mayor competitividad de éstas. - Realización de todo tipo de operaciones mercantiles que tengan relación con la promoción económica de Andalucía. De conformidad con lo establecido en el artículo 3.1 d) y 3.3 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, SOPREA es una entidad del sector público andaluz, participada al cien por cien por IDEA, dependiente de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo y se considera un poder adjudicador que no tiene carácter de Administración Pública, por tratarse de una entidad con personalidad jurídica propia, financiada mayoritariamente por una Administración Pública, creada para satisfacer necesidades de interés general y que no tiene carácter industrial y mercantil (*instrucciones de contratación, aprobadas el 8 de enero de 2015 y publicadas en el perfil del contratante*).

Por tanto, una vez constatado que el capital es íntegramente público, estando suscrito por SOPREA y el Ayuntamiento de Jerez **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 apdo. d) del precepto transcrito y de las circunstancias societarias reflejadas en los antecedentes de esta consulta queda claro que CIRJESA es un ente del sector público local, y como tal se encuentra inventariado en el Inventario de entes públicos locales del Ministerio de Hacienda y Función Pública, como sociedad municipal del Ayuntamiento de Jerez.

2.- En segundo lugar, y una vez determinado que CIRJESA forma parte del sector público, debemos analizar si debe calificarse como Poder Adjudicador No Administración Pública atendiendo al contenido del artículo 3.3. d) LCSP.

El art. 3.3.d) LCSP establece que *"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.*

Resulta necesario precisar el objeto social de CIRJESA y para ello debemos remitirnos a la propia información que remite a este órgano así como al contenido de los Estatutos Sociales de dicha sociedad. Así, en cuanto a su creación y objeto social debemos resaltar de la propia documentación aportada por el solicitante en su escrito, lo siguiente:

"CIRCUITO DE JEREZ, S.A. (CIRJESA), es una sociedad mercantil originariamente constituida, mediante escritura pública de fecha 11 de diciembre de 1985, para el desarrollo de dos actividades diferenciadas:

I) La ejecución del Plan Especial de desarrollo de sistemas generales "Los Garcíagos", comprensivo de los accesos y ordenación interior de este paraje de suelo no urbanizable, en donde está ubicado actualmente el Autódromo o Circuito Permanente de Velocidad de Jerez de la Frontera.

II) Adicionalmente, la promoción, gestión y explotación de las instalaciones y diversos servicios del Circuito de Velocidad de Jerez de la Frontera; la realización de pruebas deportivas de automóviles, motocicletas, karts, en sus diversas categorías y modalidades.

Las mencionadas actividades resultan expresamente recogidas en sus Estatutos Sociales, al definirse el objeto social en su artículo 3: *"La Sociedad tiene por objeto social en general la realización de los fines enumerados en el art. 3 del R.D. 1169/78, de 2 de mayo, para lo que gozará de las facultades y competencias enumeradas en el número 2 de dicho artículo. En concreto, la ejecución del Plan Especial de desarrollo de sistemas generales "Los Garcíagos", comprensivo de los accesos y ordenación interior de este paraje de suelo no urbanizable, con las medidas*



pertinentes para su adecuada adaptación al entorno, en donde irá ubicado el Autódromo o Circuito Permanente de Velocidad de Jerez de la Frontera.

En especial, tendrá por objeto social la promoción, gestión y explotación de las instalaciones y diversos servicios del Circuito; la realización de pruebas deportivas de automóviles, motocicletas, karts, en sus diversas categorías y modalidades. En el desarrollo de estas actividades sociales se dará atención preferente a la práctica automovilística y motocicletas amateur, por un lado, reservándose programas específicos dentro de los calendarios anuales, y por otro, con la creación de la Escuela de Automovilismo y de Motociclismo”.

Resulta pues, que su objeto social contempla dos finalidades diferenciadas:

- La finalidad urbanística, de interés general, en orden al desarrollo y ejecución de los terrenos en los cuales se ubica el Circuito de velocidad.
- La finalidad mercantil de explotación, tendente a la promoción, gestión y explotación de las citadas instalaciones y diversos servicios del mismo.

Por tanto, CIRJESA surge inicialmente como una sociedad urbanística orientada a un interés general consistente en la ejecución del Plan Especial de desarrollo de sistemas generales “Los Garcíagos”, acogiéndose a la normativa aplicable a éstas, para desarrollar las actuaciones de ejecución urbanística de los terrenos donde se asientan sus instalaciones.

Dicha finalidad urbanística sigue recogida en los estatutos sociales (Art.3), sin que se haya adoptado acuerdo social alguno de modificación estatutaria, tal y como informa la propia entidad *“en orden a eliminar dicha finalidad y recoger única y exclusivamente la actividad consistente en la promoción, gestión y explotación de las instalaciones y diversos servicios del Circuito de Velocidad de Jerez de la Frontera”.*

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3.3 d) LCSP 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. Debiendo distinguirse además entre las dos facetas o actividades contempladas en su objeto social, es decir, la actividad urbanística por un lado y la propia actividad derivada del circuito, por otro.

Como indica la propia CIRJESA *“a los efectos de esta consulta, es sumamente relevante despejar cuando una entidad tal ha “sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”; pues en caso contrario, **si su actividad principal y específica fuese el desarrollo de actividades de “carácter industrial o mercantil”, no podría calificarse de poder adjudicador a los efectos de la Ley.** De tal forma que la concurrencia de los requisitos que el precepto enuncia seguidamente al que acaba de señalarse (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) no es tan relevante para resolver la cuestión que nos ocupa, por cuanto se trata de requisitos de índole más formal supeditados a la previa constatación del primero: si la actividad que desarrolla CIRJESA atiende a necesidades de interés general o, por el contrario, tiene carácter mercantil o industrial.*



Centrándonos por tanto en la primera de las actividades a examinar, la urbanística, el propio artículo 3 de los estatutos, al establecer el objeto social, hace referencia a que la sociedad tiene por objeto, en general, la realización de los fines enumerados en el artículo 3 del *Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre creación de Sociedades Urbanísticas por el Estado, los Organismos autónomos y las Corporaciones Locales* para lo que gozará de las facultades y competencias enumeradas en el apartado segundo.

Establece esta norma, en su artículo 3 apartado 1, que *“Las Sociedades urbanísticas tendrán por objeto la realización de alguno o algunos de los fines siguientes: a) Estudios urbanísticos, incluyendo en ellos la redacción de planes de ordenación y proyectos de urbanización y la iniciativa para su tramitación y aprobación. b) Actividad urbanizadora, que puede alcanzar tanto a la promoción de la preparación de suelo y renovación o remodelación urbana como a la de realización de obras de infraestructura urbana, y dotación de servicios, para la ejecución de los planes de ordenación. c) Gestión y explotación de obras y servicios resultantes de la urbanización, en caso de obtener la concesión correspondiente, conforme a las normas aplicables en cada caso”*.

Y en su apartado 2 que *“Para la realización del objeto social, la Sociedad urbanística podrá: a) Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes muebles o inmuebles que autorice el derecho común, en orden a la mejor consecución de la urbanización edificación y aprovechamiento del área de actuación. b) Realizar convenios con los Organismos competentes, que deban coadyuvar, por razón de su competencia, al mejor éxito de la gestión. c) Enajenar, incluso anticipadamente, las parcelas que darán lugar a los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos. d) Ejercitar la gestión de los servicios implantados, hasta que sean formalmente asumidos por la Corporación Local u Organismo competente”*.

Según manifiesta CIRJESA, *“es importante señalar que la finalidad urbanística que le atribuye a CIRJESA sus Estatutos (la ejecución del Plan Especial de desarrollo de sistemas generales “Los Garcíagos”) se encuentra finalizada, al haberse completado en su totalidad, pudiendo afirmarse que aquel objeto social originario ha decaído; de modo que en la actualidad solo persiste el interés de CIRJESA en la explotación de las instalaciones, habiéndose ejecutado plenamente su desarrollo”*.

En este sentido, podemos citar por su interés la jurisprudencia del TJUE que en su *Sentencia de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau AG, asunto C-470-99* establece que *“el efecto útil de la normativa sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos no quedaría plenamente garantizado si su régimen pudiera no aplicarse a una Entidad «por el mero hecho de que las tareas de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil que realiza en la práctica no le fueron confiadas desde su creación» (párrafo 57)*. Por lo mismo, afirma que *“tampoco puede establecerse ninguna diferencia «en función de que los estatutos de la entidad hayan sido adaptados o no con objeto de reflejar las modificaciones efectivas de su ámbito de actividades» (párrafo 58)”*. En definitiva, para el TJUE, *«una entidad que no ha sido creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil pero que posteriormente se ha encargado de satisfacer dichas necesidades, cumple el requisito exigido por el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de la Directiva 93/37 [actualmente, art. 1.9, párrafo segundo, letra a) de la Directiva 2004/18/CE], para poder ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido de la referida Directiva, siempre que se pueda comprobar objetivamente que satisface tales necesidades» (párrafo 63)”*.

Por tanto, de esa jurisprudencia citada podría extraerse la idea de que lo importante es lo que realmente haga la sociedad, aunque no esté previsto en sus estatutos, es decir, que lo trascendental es lo que pueda efectivamente hacer y en qué condiciones.



No debemos obviar la circunstancia de que la actividad urbanística ya ha finalizado, según informa CIRJESA. Ello debería tener relevancia a la hora de valorar la verdadera condición de CIRJESA en lo relativo a si satisface o no necesidades de interés general en su actuación porque esa parte del objeto social ya sería irrelevante a los efectos de calificar o no como poder adjudicador a la entidad (serían ya otros los condicionantes que deberán determinar esa consideración o no de poder adjudicador pero no la condición de sociedad urbanística), una vez que sería imposible que volviera a llevar a cabo actuaciones de ese tipo, por lo que no tendría sentido aplicarle un régimen de contratación propio de poder adjudicador a una entidad que ya no realizaría actividades que reclamaran las garantías propias de ese régimen.

No obstante, en relación a CIRJESA podría entenderse que ese dato sería relevante si dicha entidad se creó, en cuanto a la actividad urbanística, únicamente para ejecutar ese *Plan Especial de Los Garcíagos*, pero lo cierto es que el objeto social de CIRJESA establecía que a la misma le correspondía, en general, todas las funciones de una sociedad urbanística, según el art. 3 del *Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre creación de Sociedades Urbanísticas*, tal y como CIRJESA manifiesta.

Es decir, realizando una interpretación amplia de los estatutos, podría considerarse que se le han atribuido todas las competencias propias de una sociedad urbanística, si bien limitándose al circuito de Jerez, por lo que, en el hipotético caso de que se acometiese otro plan urbanístico en esa zona en un futuro, CIRJESA podría llevar a cabo su ejecución. Dicho todo esto con la suficiente cautela dado que solo disponemos de los elementos de juicio que aporta CIRJESA en su petición, al margen de las cuestiones de Derecho urbanístico que se plantean y que son ajenas al carácter de este informe.

Por lo tanto, en cuanto a la actividad urbanística llevada a cabo por CIRJESA puede considerarse que la misma es de interés general y que, por su propia naturaleza, no tendría carácter mercantil.

En cuanto a la segunda de las actividades llevadas a cabo por CIRJESA, esto es, la referida a la explotación del circuito, tendente a la promoción, gestión y explotación de las citadas instalaciones y diversos servicios del mismo, debemos realizar un análisis sobre si se trata la misma de una actividad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil.

Puede apuntarse hacia un interés general que estaría presente en las actividades que realiza CIRJESA en la vertiente de explotación del circuito, aún sin tener un conocimiento preciso de todos los detalles, en cuanto que se realizan competiciones deportivas oficiales si bien parece obvio que CIRJESA desarrolla una actividad de explotación del circuito que, en principio, puede considerarse de carácter mercantil. Por una parte por ser una actividad que realiza en régimen de abierta competencia con otros circuitos de velocidad permanentes existentes en el territorio nacional con los que compite en la prestación de servicios y en la organización de competiciones deportivas, algunos de ellos gestionados por empresas de capital privado pero otros, los de mayor importancia en los que se desarrollan carreras de mayor proyección internacional (Fórmula 1, Mundial de Motos) gestionados por empresas públicas, lo que no impide que la actividad se desenvuelva en régimen de libre competencia y competencia de mercado; y por otra, por perseguir ánimo de lucro en el desarrollo de su actividad



mercantil y fijar autónomamente los precios de los servicios que presta (explotación de instalaciones, organización de eventos deportivos, patrocinios, alquiler del circuito).

Esta última consideración podría determinar que se trata de una actividad con un marcado acento mercantil en sí misma, pero debemos tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE que descarta este carácter en aquellos supuestos en los que la entidad en cuestión no soporte los riesgos de pérdidas de su actividad.

En este punto resulta interesante reproducir la cita de la STJUE 22 de mayo de 2003 *Korhonen y otros*, asunto C-18/01, párrafo 51, «*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*». En tal caso, señala el TJUE «*la aplicación de la normativa comunitaria relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos «no sería preceptiva, puesto que un organismo que tenga ánimo de lucro y soporte los riesgos derivados de su actividad, normalmente no convocará una licitación para la adjudicación de un contrato en condiciones que no estén económicamente justificadas*».

Esta cita, interpretada a sensu contrario, resulta de interés porque ayuda a comprender por qué la entidad u organismo no tendría carácter industrial o mercantil si resultase que no soporta los riesgos derivados de su actividad y por qué tendría sentido someterle a un régimen más estricto de contratación pública, ya que habría que garantizar con la aplicación de éste que el objetivo sea el de elegir la mejor oferta.

En nuestro caso, si atendemos únicamente a las propias afirmaciones hechas por la entidad solicitante en su petición de informe, en el sentido de manifestar que no puede afirmarse con rotundidad que CIRJESA soporte las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, así como que CIRJESA recibe financiación municipal para equilibrar su balance ante la existencia de pérdidas, hay que concluir que no puede calificarse dicha parte de su objeto social como mercantil.

En este sentido, resulta conveniente destacar en cuanto a la situación financiera y patrimonial de CIRJESA, extraída de la información contenida en sus Cuentas Anuales correspondientes al 2016 como del Plan económico-financiero 2017-2019 aportado, lo siguiente:

“- CIRJESA obtiene (y así ha sido históricamente) apoyo financiero de su accionista mayoritario, el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, a fin de equilibrar su cuenta de resultados. En la actualidad, dicho apoyo no supera el 30% de su presupuesto de actividad anual.

- Para reequilibrar la situación financiera, la Dirección de CIRJESA elaboró el ya mencionado Plan económico-financiero para el periodo 2017-2019, aprobado por el Consejo de Administración celebrado el 17 de marzo de 2017, que contempla múltiples medidas, entre las cuales destaca, por su relevancia para la presente consulta, el incremento de las transferencias corrientes anuales que efectúa el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera a la Sociedad, para su sostenimiento económico, hasta un importe recurrente de 1,2 millones de euros.



- En todo caso, el conjunto de las aportaciones que actualmente recibe CIRJESA por parte del Excmo. Ayuntamiento de Jerez, en sus distintas modalidades no supera el 30% de la financiación de la entidad.

De este modo, cabe concluir que, con carácter general, para la financiación de sus actividades y al margen de los ingresos que obtiene por la prestación de servicios, la explotación de las instalaciones del circuito, venta de entradas y patrocinios, CIRJESA cuenta y ha venido contando con el apoyo financiero del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera”.

Debe descartarse por tanto que la sociedad asuma los riesgos derivados de la explotación del circuito lo que conlleva que no pueda apreciarse tampoco el carácter mercantil en esta segunda actividad de CIRJESA analizada y ello debe conducirnos a su consideración como poder adjudicador siempre que concurra en dicha entidad alguno o algunos del resto de requisitos establecidos en el artículo 3.3.d) LCSP.

3.- 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 industrial o mercantil, debemos analizar los otros requisitos a los que se refiere dicho artículo, como son “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”.

Y resulta evidente que, algunos de esos requisitos se dan en este caso. Tal y como indica CIRJESA en su consulta “*En el entendido, por lo demás, que en el caso de CIRJESA algunos de esos requisitos de índole más formal concurren de forma clara según se desprende de los antecedentes de esta consulta, pues es notorio que tienen la calificación de poder adjudicador las dos entidades que titularizan su capital (Ayuntamiento de Jerez y Junta de Andalucía), siendo igualmente evidente que “controlan su gestión”; en particular el Ayuntamiento de Jerez, que es el titular mayoritario de las acciones de CIRJESA”.*

Por tanto, por lo que respecta a CIRJESA, las dos entidades que titularizan su capital (y determinan su consideración como parte del sector público) tienen la consideración de poderes adjudicadores, controlan su gestión y recibe además financiación pública del Ayuntamiento de Jerez de modo recurrente, aún no siendo mayoritaria pues no aporta más del 30% del presupuesto de la entidad.

Todo ello nos inclina a decantarnos por considerar que estamos en presencia de una entidad del sector público que es poder adjudicador no Administración Pública, de conformidad con lo establecido en el art. 3.3 d) LCSP.

Por último, no está de más destacar que la propia CIRJESA informa en su escrito que “*bajo la vigencia del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 (TRLCSPP 2011), CIRJESA asumió la condición de poder adjudicador no Administración Pública a los efectos establecidos en el art. a 3.3.b) y en los arts. 189 a 191 del mencionado texto legal. Dicha condición quedó reflejada en las “Instrucciones Generales Internas de Contratación”, en cuya Introducción se dice expresamente que: “En el caso de las Sociedades Mercantiles, se considerarán como Sector Público y Poder Adjudicador, pero sin el carácter de Administración Pública a las que la participación, directa o indirecta, de las Administraciones públicas en el capital sea superior al 50%; hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, y siempre que uno o varios Poderes Adjudicadores 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”. Disponiendo su artículo 1.1 que: “El objeto de las presentes*



Instrucciones Generales Internas en materia de contratación es establecer el sistema general de contratación de CIRJESA, Circuito de Jerez S.A. como Poder Adjudicador que no tiene el carácter de Administración Pública y, específicamente, regular los procedimientos de contratación en aquellos supuestos específicos que no están sometidos a Regulación Armonizada, para asegurar la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa”.

Es decir, las propias Instrucciones de contratación dictadas por CIRJESA han venido reconociéndole la condición de poder adjudicador que no tiene el carácter de Administración Pública, sin que quepa advertir ningún cambio en sus circunstancias y sin que se haya producido ningún cambio normativo que pudiera determinar una modificación de tal condición.

III – CONCLUSIONES

- 1.- De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE la creación y calificación de una entidad como mercantil no es determinante para considerar que la misma tiene carácter industrial o mercantil pues el carácter industrial o mercantil ha de apreciarse desde un punto de vista funcional y no meramente formal.
- 2.- El carácter industrial o mercantil de una entidad vendrá determinado, entre otros factores, por los siguientes: que la entidad opere en condiciones normales de mercado y que realice su actividad en régimen de competencia en el mercado; que persiga ánimo de lucro y que asuma los riesgos derivados de su actividad.
- 3.- La presencia de instrumentos de financiación por parte de poderes adjudicadores a determinadas entidades, como sucede en el caso de CIRJESA, puede determinar su consideración como poder adjudicador si se dan los demás requisitos previstos en el art. 3.3 d) LCSP.
- 4.- Cabe considerar que en el caso de CIRJESA estamos en presencia de una entidad del sector público que es poder adjudicador no Administración Pública, de conformidad con lo establecido en el art. 3.3 d) LCSP.

Es todo cuanto se ha de informar.

