



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 27 de febrero de 2023

Informe 3/2022, de 27 de febrero de 2023, en relación con la determinación del régimen aplicable a la contratación y a la gestión patrimonial de la empresa Gestión Urbanística de Baleares, S.A. (GESTUR BALEAR SA), en conformidad con la normativa vigente

Antecedentes

1. El 8 de agosto de 2022, la consejera delegada de la empresa GESTIÓN URBANÍSTICA DE BALEARES, S.A. (en adelante, GESTUR BALEAR SA), en calidad de representante, solicitó a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) una consulta en relación al régimen jurídico aplicable a su contratación y gestión patrimonial.

Según el parecer de la empresa consultante, dada su configuración accionarial y su objeto social, GESTUR BALEAR SA se encuentra sometida al derecho privado y no forma parte del sector público instrumental de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (CAIB), a pesar de estar obligada a enviar sus cuentas anuales a la Intervención General. Por este motivo, les surgían dudas en relación con el régimen aplicable a su actividad de contratación y de gestión patrimonial, motivo por el cual formularon la consulta.

Según la solicitud, la empresa se había constituido mediante escritura pública de 10 de noviembre de 1980 y se encontraba inscrita en el Registro Mercantil (tomo 2019, folio 202, hoja PM2869), en forma de sociedad anónima, con la siguiente composición accionarial:

- Comunidad Autónoma de las Illes Balears.....	49,33%
- Consejo Insular de Mallorca.....	18,66%
- Consejo Insular de Menorca.....	3,34%
- Consejo Insular de Eivissa.....	3,34%
- SEPES Entidad Pública Empresarial de Suelo.....	5,33%
- CaixaBank, S.A.....	20,00%

Además, según el artículo 2 de los Estatutos sociales de GESTUR BALEAR SA, su objeto social es la realización de los fines siguientes:

1. Estudios urbanísticos, incluyendo en ellos la redacción de planes de ordenación y proyectos de urbanización y la iniciativa para su tramitación y aprobación.
2. La actividad urbanizadora, que puede incluir tanto la de promoción de la preparación del 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.
3. Gestión y explotación de obras y servicios resultantes de la urbanización en caso de obtener la concesión o concluir el convenio correspondiente, conforme a las normas aplicables en caso.
4. Cualquier actividad relacionada con las expresadas en los apartados anteriores, incluida la construcción, arrendamiento y alineación de naves y locales industriales o comerciales.
5. La participación en negocios, sociedades y empresas en los fines recogidos en los apartados anteriores.
6. Construcción de edificios destinados a viviendas, aparcamientos y locales comerciales, incluidos de protección oficial, para sí o en nombre de terceras personas incluidas jurídico-públicas; así como cualquier actividad relacionada con estas, y en especial, las consistentes en su conservación, mantenimiento, rehabilitación, renta, arrendamiento y administración.

La sociedad puede realizar todos los actos tendentes a la consecución del fin social, y entre ellos los siguientes:

1. Adquirir, transmitir, constituir, modificar y extinguir toda clase de derechos sobre bienes amueblados o inmuebles que autorice el derecho común, en orden a la mejor consecución de la urbanización, edificación y aprovechamiento del área de actuación.
2. Formalizar convenios con los organismos competentes, que tengan que coadyuvar por razón de su competencia, al mejor éxito de la gestión.
3. Alinear, incluido anticipadamente, las parcelas de las cuales surgirán los solares resultantes de la ordenación, en los términos más convenientes para asegurar su edificación en los plazos previstos.
4. Ejercitar la gestión de los servicios implantados hasta que sean formalmente asumidos por la corporación local y organismo competente.

La actividad de la empresa son los estudios urbanísticos, con el código CNAE 7490.

Quedan expresamente excluidas todas aquellas actividades para el ejercicio de las cuales la Ley exija requisitos especiales que no puedan ser cumplidos por esta sociedad y, en particular, aquellas actividades que son propias de las Instituciones de Inversión Colectiva.

Si las disposiciones legales exigen para el ejercicio de alguna de las actividades comprendidas en el objeto social algún título profesional, autorización administrativa o inscripción en Registros Públicos, dichas actividades tendrán que realizarse por medio de la persona que ostente dicha titulación profesional y, si procede, no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos administrativos exigibles.

Con la solicitud de consulta, también se adjunta la escritura de elevación a público de acuerdos sociales de GESTUR BALEAR SA, otorgada el 1 de agosto de 2018; así como la escritura de elevación a público de acuerdos sociales de GESTUR BALEAR SA, otorgada el 14 de junio de 2022.

2. El 17 de agosto de 2022, la JCCA, dada la complejidad de la consulta, requirió GESTUR BALEAR SA a plantear la cuestión como una solicitud de informe de la Comisión Permanente de la JCCA, lo cual, de acuerdo con el Reglamento de organización y funcionamiento de la JCCA, se tenía que presentar por persona legitimada,— en este caso, el secretario general de la Consejería de Movilidad y Vivienda —, acompañado de un informe jurídico en relación con la cuestión planteada.
3. El 1 de septiembre de 2022, el secretario general de la Consejería de Movilidad y Vivienda dio cumplimiento al requerimiento, solicitó la emisión de un informe de la Comisión Permanente de la JCCA y envió un informe del Servicio Jurídico de la Consejería. En la consideración jurídica tercera de este informe y en las conclusiones se hacía constar que:

3.- La naturaleza jurídica de GESTUR BALEAR SA, empresa mercantil en forma de sociedad anónima a la cual la participación en el capital social, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears representa un 49,33%, implica que no se puede personificar como una sociedad mercantil pública y no formar parte del sector público instrumental de la CAIB y, por lo tanto, su régimen de funcionamiento y organización está sometido, a todos los efectos, a derecho privado y no a las disposiciones de la Ley 7/2010, de 21 de julio del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

A pesar de no formar parte del sector público instrumental de la CAIB, **el Servicio Jurídico que subscribe aprecia que GESTUR BALEAR SA se podría considerar poder adjudicador no administración pública, según aquello establecido en el art. 3.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.**

4. El 13 de septiembre de 2022, la JCCA solicitó a GESTUR BALEAR SA que ampliara la información relativa a su funcionamiento, para aclarar concretamente las siguientes cuestiones:
 - GESTUR BALEAR SA opera en condiciones normales de mercado y ejecuta su actividad en régimen de competencia de mercado?
 - Respecto al objeto social de GESTUR BALEAR SA que se prevé en los Estatutos y respecto a la actividad que a día de hoy desarrolla, persigue GESTUR BALEAR SA una finalidad de carácter mercantil o industrial, o por el contrario, fue creada para satisfacer necesidades de interés general y, a día de hoy, continúa satisfaciéndolas?
 - La fijación de los precios de los bienes y servicios que presta GESTUR BALEAR SA, se considera exclusivamente de acuerdo con las reglas de la oferta y la demanda?
 - Se considera que la sociedad tiene una finalidad de lucro?

- Existen mecanismos para compensar pérdidas económicas en qué pudiera incurrir la entidad (ordinariamente, transferencias presupuestarias por parte de los poderes adjudicadores de los cuales depende o de los presupuestos públicos), de forma que esta no soporte el riesgo de sus actividades o que, soportándolas, los poderes públicos que la crearon, dado el caso, evitarían situaciones concursales?

5. El 23 de septiembre de 2022, GESTUR BALEAR SA contestó a las cuestiones anteriores, en el siguiente sentido:

- Sí, GESTUR BALEAR SA opera en condiciones normales de mercado, con plena autonomía económica y ejecuta su actividad bajo su riesgo y ventura, en régimen de competencia de mercado.
- GESTUR BALEAR SA fue creada para satisfacer necesidades que, a pesar de poder ser de interés general, tenían y continúan teniendo una actividad con un marcado carácter industrial o mercantil y así lo permite afirmar el objeto social previsto en los estatutos. Igualmente, la actividad se realiza con finalidad de lucro y no se encuentra vinculada al ejercicio de potestades públicas.
- La fijación de los precios de los bienes y servicios que presta GESTUR BALEAR SA, sí se considera exclusivamente de acuerdo con las reglas de la oferta y la demanda?
- Se considera que la sociedad sí tiene una finalidad de lucro.
- No existen mecanismos para compensar pérdidas económicas en qué pudiera incurrir la entidad pues que GESTUR BALEAR SA actúa con plena autonomía económica y ejecuta su actividad bajo su riesgo y ventura.

Además, GESTUR BALEAR SA también envió las Instrucciones internas reguladoras de los procedimientos de contratación de GESTUR BALEAR SA, las cuales había aprobado el Consejo de Administración de la empresa el 29 de enero de 2009, y en las cuales constaba que el régimen jurídico aplicable a la empresa era el siguiente:

*[...] **entidad del sector público, en aplicación del artículo 3.1.d) de la Ley 30/2007** (sociedad mercantil en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de administraciones públicas sea superior al 50 por ciento), **que no se administración pública ni poder adjudicador**, lo que tiene por consecuencia que le sea de aplicación lo establecido en el artículo 176 de la Ley 30/2007, en cuyo apartado 3 **se impone la obligación de aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación** que recojan los principios y directrices contenidas, respectivamente, en los apartados 1 y 2 del mismo artículo. [...]*

6. El 4 de octubre de 2022, la JCCA consideró necesario consultar la opinión del Jefe de servicio del Sector Público Instrumental, adscrito al Departamento Jurídico y Administrativo de la Consejería de Hacienda y Relaciones Exteriores.
7. El 17 de octubre de 2022, a instancia de Departamento Jurídico y Administrativo de la Consejería, la JCCA a solicitar a GESTUR BALEAR SA

documentación relativa a varios convenios urbanísticos suscritos por la empresa con entidades locales de Mallorca y la posterior compraventa de solares.

8. El 17 de enero de 2023, el Departamento Jurídico y Administrativo de la Consejería de Hacienda y Relaciones Exteriores envió a la JCCA un completísimo informe jurídico sobre la calificación de GESTUR BALEAR SA a los efectos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

Este informe concluye que GESTUR BALEAR SA es un ente del sector público que no tiene el carácter de poder adjudicador.

Consideraciones jurídicas

1. El artículo 65 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, dispone que la JCCA es el órgano consultivo específico de la Administración de la Comunidad Autónoma y de su administración instrumental en materia de contratación.
2. Según el artículo 12 del texto consolidado del Decreto 3/2016, de 29 de enero, por el cual se crean la JCCA, el Registro de Contratos y Registro de Contratistas (modificado por el Decreto 26/2017), la Junta emite los informes que le soliciten, entre otros, los secretarios generales de las diferentes consejerías, del interventor general, del tesorero general y de la Dirección de la Abogacía de la Comunidad Autónoma.

El informe lo solicitó el secretario general de la Consejería de Movilidad y Vivienda, que se encuentra legitimado en conformidad con el artículo mencionado.

3. La solicitud de informe reúne los requisitos formales que exige el artículo 16 del Reglamento de organización y funcionamiento de la JCCA (ROFJCCA), aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 10 de octubre de 1997.
4. Para poder emitir el informe, se considera adecuado hacer una serie de observaciones previas:

4.1 El 29 de enero de 2009, el Consejo de Administración de GESTUR BALEAR SA, aprobó las instrucciones internas reguladoras de los procedimientos de contratación de la sociedad, las cuales conceptuaban GESTUR BALEAR SA como una entidad del sector público, no administración pública ni poder adjudicador.

En el apartado “*Introducción*” de las instrucciones mencionadas, elaboradas por el Sr. Pere Antoni Aguiló Monjo, entonces secretario de Gestur y jurista de reconocido prestigio, se refería a la calificación de esta sociedad, a los efectos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, — normativa de contratación vigente en el momento de redactar las instrucciones —, en el siguiente sentido:

[...]

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, publicada en el BOE del día siguiente, entró en vigor el día 30 de abril de 2008. Dicha Ley delimita el ámbito de aplicación subjetivo a partir del concepto de sector público que, sin embargo, carece de relevancia para determinar cuál sea lo concreto régimen jurídico al que debe someterse la muy diversa tipología de entes, organismos y entidades que lo integran. **Lo esencial será identificar en cuál de los tres grupos o categorías de sujetos que presentan un diferente nivel de sometimiento a las prescripciones de la Ley y que se contienen en el artículo 3. Según ello pueden ser: Administraciones Públicas, Poderes adjudicadores que no sean administración pública y entidades del sector público que no sean administración pública ni poder adjudicador.**

Gestur Balear SA no es administración pública por cuanto constituye una personificación mercantil de derecho privado que, en ningún caso puede conceptuarse como entidad de derecho público. Tampoco puede considerarse poder adjudicador que requiere la concurrencia acumulativa de los requisitos contenidos en el artículo 3.3b) de la citada Ley, en concordancia con la reiterada doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, sentencias de 27 de febrero de 2003 (C-373/00) y 16 de octubre de 2003 (C-283/00). De todas ellas se perfila como particularmente relevante para el presente caso el de que se trate de entidades que satisfagan necesidades (de interés general) de carácter mercantil o industrial. **Pues bien, el objeto social de Gestur Balear SA permite afirmar que las funciones que se le asignan (y de modo particular la actividad urbanizadora; la construcción arrendamiento y enajenación de naves y locales industriales o comerciales y la construcción de edificios destinados a viviendas, aparcamiento y locales comerciales, incluso de protección oficial) tiene carácter mercantil o industrial, no vinculado al ejercicio de potestades públicas.**

Debe pues, concluirse que **Gestur Balear SA tiene que ser conceptuada como una entidad del sector público, en aplicación del artículo 3.1.d) de la Ley 30/2007 (sociedad mercantil en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de administraciones públicas sea superior al 50 por ciento), que no se administración pública ni poder adjudicador, lo que tiene por consecuencia que le sea de aplicación lo establecido en el artículo 176 de la Ley 30/2007, en cuyo apartado 3 se impone la obligación de aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación que recojan los principios y directrices contenidas, respectivamente, en los apartados 1 y 2 del mismo artículo.**

4.2 El 9 de marzo de 2018, entró en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la cual 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).

La LCSP regula el ámbito subjetivo de aplicación de la ley en los apartados 2 a 5 del art. 3. Y de manera similar a la normativa anterior, la LCSP mantiene tres niveles de sujeción a las normas de contratación administrativa:

- Administraciones públicas (en adelante, AAPP).
- Poderes adjudicadores que no tienen el carácter de administración pública (en adelante, PANAP).
- Entes del sector público que no tienen el carácter de poder adjudicador.

4.3 El 31 de mayo de 2018, al poco tiempo de la entrada en vigor de la LCSP, la Comisión Permanente de la JCCA, adoptó el Acuerdo 1/2018, de 31 de mayo, en el cual se analizaba el ámbito de aplicación subjetiva de la LCSP. Este Acuerdo contiene:

1. Un anexo 1, donde se expone la calificación de todos los entes del sector público autonómico (por consejería de adscripción) a efectos de la Ley 9/2017, como resultado de una primera aproximación al análisis de cada ente, sin perjuicio de lo que pueda resultar otros estudios, en base a la regulación de la Ley 9/2017 y del concepto de poder adjudicador.
2. Un anexo 2, que contiene una relación meramente indicativa de los consorcios en que participa la Comunidad Autónoma y que se tienen que considerar en todo caso administración pública a efectos de la Ley 9/2017.
3. Un anexo 3, que comprende una relación meramente indicativa de otros entes (fundaciones y sociedades) en que participa la Comunidad Autónoma. Dentro de este anexo 3 se hace referencia a la sociedad Gestur, pero no consta una calificación concreta de esta sociedad a los efectos de la Ley 9/2017.

Por ello, la solicitud de informe que nos ocupa servirá para calificar Gestur Balear SA, de una manera más precisa a los efectos de la vigente LCSP.

4.4 Dado que Gestur Balear SA es un ente participado por la Comunidad Autónoma, la JCCA consideró adecuado, para poder emitir el informe que nos ocupa, consultar el parecer del Jefe de servicio del Sector Público Instrumental, adscrito al Departamento Jurídico y Administrativo de la Consejería de Hacienda y Relaciones Exteriores.

El Departamento ha emitido, en fecha 17 de enero de 2023, un informe que contiene un análisis jurídico completísimo de todos los siguientes aspectos:

1. La normativa comunitaria y estatal en materia de contratación pública, en relación con el concepto de poder adjudicador (Consideración jurídica 2).
2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de poder adjudicador (Consideración jurídica 3).
3. Los medios propios que no son poderes adjudicadores (Consideración jurídica 4).
4. Algunos casos de entes que se han considerado como poder adjudicador y otros entes que no han sido considerados como poder adjudicador (Consideración jurídica 5).
5. El contexto en que se creó la sociedad Gestur Balear SA, la finalidad y las actividades que lleva a cabo la sociedad de acuerdo con sus Estatutos sociales (Consideración jurídica 6).
6. Los argumentos para descartar la consideración de Gestur Balear SA como AAPP (Consideración jurídica 7).
7. Los argumentos para aclarar si esta sociedad es o no un poder adjudicador (Consideración jurídica 8)
8. Un análisis específico para aclarar si esta sociedad satisface, o no, necesidades de interés general (en la consideración jurídica 9).
9. Carácter mercantil de las necesidades de interés general que satisface la entidad Gestur Balear SA Balear, SA (Consideración jurídica 10).
10. Referencia a la parte del objeto social de Gestur Balear SA Balear, SA, relativa a la eventual construcción de viviendas de protección oficial (Consideración jurídica 11).

Esta completa y extensa tarea jurídica ha permitido al Departamento Jurídico y Administrativo de la Consejería de Hacienda y Relaciones Exteriores llegar a la siguiente:

Conclusión

De acuerdo con los antecedentes y las consideraciones jurídicas de este informe, se considera que la sociedad Gestión Urbanística de Baleares, SA (Gestur Balear SA Balear, SA) se tiene que calificar como ente del sector público que no tiene el carácter de poder adjudicador, a los efectos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, sin perjuicio de la conveniencia de atender la recomendación que se ha señalado en la consideración jurídica 11.

5. Por todo lo anterior, y sobre todo, visto el contenido del informe jurídico del Departamento Jurídico y Administrativo de la Consejería de Hacienda y Relaciones Exteriores, la Comisión Permanente se adhiere a las consideraciones jurídicas que contiene, en especial, a las que hacen referencia a la materia de contratación pública. El grado de precisión del informe mencionado es tal que no admite más añadidos. Por eso, y sin vocación de hacer un resumen, con todo lo que consta se puede informar de lo siguiente:

Gestur Balear SA es una sociedad urbanística que se constituyó en 1980, cuando la Comunidad Autónoma de las Illes Balears todavía no existía como tal, antes de la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de autonomía de las Illes Balears.

El artículo 10.3 el Estatuto de autonomía atribuyó a la comunidad autónoma la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio, incluido el litoral, el urbanismo y la vivienda, asumiendo la competencia prevista en el artículo 148.1.3ª de la Constitución. Hasta entonces las competencias de urbanismo todavía correspondían en el Estado, lo cual explica que fuera el Instituto Nacional de Urbanización (que dependía de la Administración del Estado) el que aportó la mayor participación, un 49,33 % sobre el total del capital de Gestur Balear, SA, cuando se creó sociedad en 1980.

Este tipo sociedades urbanísticas se crearon para impulsar la planificación urbanística de los municipios, en el sentido previsto en el artículo 115 del Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, que prevé que:

El Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, con arreglo a la legislación aplicable en cada caso para la ejecución de los Planes de Ordenación.

Por un lado, Gestur Balear, SA se encuentra constituida como una entidad con personificación privada, que no tiene el carácter de AAPP. Se trata de una sociedad mercantil en la cual la Administración de la Comunidad Autónoma participa en un 49,33 %, de forma que no cumple el requisito de la participación mayoritaria en el capital social para poder ser considerada sociedad mercantil pública del sector público instrumental autonómico, de acuerdo con lo previsto en la letra c) del artículo 2.1 en relación con el artículo 51.1 de la Ley 7/2010, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Por eso, la sociedad se encuentra incluida dentro de la relación de ente en los cuales participa la Comunidad Autónoma, pero que no forman parte de su sector público instrumental autonómico.

Y por otro lado, el régimen jurídico que le es de aplicación en la contratación que lleve a cabo, es el propio de un ente que no es poder adjudicador, porque no reúne todos los requisitos que se exigen en la letra *d)* del artículo 3.3 del LCSP, para poder ser considerado poder adjudicador.

De acuerdo con las letras *a)*, *b)* y *c)* del art. 3.3 LCSP, no hay ninguna duda que son poderes adjudicadores las AAPP, las fundaciones públicas y las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o las asociaciones constituidas por cualquier de estas. Ahora bien, las dudas surgen cuando un ente se tiene que calificar, o no, como poder adjudicador, en virtud de la letra *d)* del art. 3.3 LCSP, ya que la interpretación de este apartado resulta más dificultosa, pues califica de poderes adjudicadores:

d) Todas las **otras entidades con personalidad jurídica propia** diferentes de las expresadas a 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 se tengan que considerar **poder adjudicador** de acuerdo con los criterios de este apartado **3 financien mayoritariamente su actividad, o bien controlen su gestión, o bien nombren más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.**

De este modo, para que los entes (que no sean AAPP, ni fundación pública, ni mutua) tengan el carácter de poderes adjudicadores, tienen que cumplir acumuladamente tres requisitos:

1. Deben ser entidades con personalidad jurídica propia.
2. Uno o varios poderes adjudicadores tienen que financiar mayoritariamente su actividad (requisito alternativo 2.1); o bien controlar su gestión (requisitos alternativo 2.2); o bien nombrar a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia (requisito alternativo 2.3).
3. Deben ser entidades que tiene que haberse creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Para comprobar si Gestur Balear SA cumple o no estos tres requisitos acumulados, el informe jurídico mencionado ha llevado a cabo una completísimo labor de análisis de la forma de constitución de la empresa, de su objeto social y de las actividades económicas que lleva a cabo. La Comisión Permanente, considera que este análisis, —que en muchos aspectos excede de la materia puramente contractual—, está jurídicamente muy bien justificado y motivado.

Según el informe, Gestur Balear SA cumple algunos de los requisitos para ser considerada poder adjudicador, aunque no todos. Concretamente:

1. Es una entidad con personalidad jurídica propia porque es una sociedad anónima inscrita en el Registro Mercantil.
2. Por un lado, no está financiada mayoritariamente por otros poderes adjudicadores, porque en el análisis de las cuentas de pérdidas y ganancias de los años 2014 a 2020 que consta en el informe jurídico, se ha comprobado que no existen ingresos de subvenciones, donaciones ni legados de carácter financiero y los ingresos obtenidos por la venta de solares no constituyen financiación pública (no cumple el requisito alternativo 2.1). Por otro lado, desde el punto de vista de la gestión, tampoco se encuentra controlada por otros poderes adjudicadores (no cumple el requisito alternativo 2.2). A pesar de esto, la mitad de los miembros de su órgano de administración dirección o vigilancia sí los nombran otros poderes adjudicadores (cumple el requisito alternativo 2.3).
3. Finalmente, Gestur Balear SA tampoco cumple el requisito 3, para que las necesidades de interés general que persigue la sociedad tienen carácter mercantil.

Por todo esto, la Comisión Permanente considera que actualmente Gestur sigue incluida dentro del tercer nivel de sujeción a la LCSP y no es un poder adjudicador, porque no reúne todos los requisitos acumulados que se exigen en la letra d) del artículo 3.3 del LCSP. Por este motivo, de la LCSP solo les son de aplicación los artículos 321, 322 y la Disposición transitoria quinta, que disponen literalmente que:

Artículo 321. Adjudicación de contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.

La adjudicación de contratos por parte de las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores se tiene que ajustar a las reglas siguientes:

1. Los órganos competentes de estas entidades tienen que aprobar unas instrucciones en las cuales regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no-discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta, en conformidad con lo que dispone el artículo 145.

Estas instrucciones se tienen que poner a disposición de todos los interesados a participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos regulados por aquellas y se tienen que publicar en el perfil de contratante de la entidad.

En el ámbito del sector público estatal, la aprobación de las instrucciones requiere el informe previo del órgano al cual corresponda el asesoramiento jurídico de la entidad.

2. No obstante el que indica el apartado anterior, los órganos competentes de las entidades a que se refiere este artículo pueden adjudicar contratos sin aplicar las instrucciones aprobadas por aquellos con sujeción a las reglas siguientes:

a) Los contratos que tengan un valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, se pueden adjudicar directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que tenga la habilitación que, si se tercia, se requiera para llevar a cabo la prestación objeto del contrato.

b) Los contratos o acuerdos que tengan un valor estimado igual o superior a los que se indican en la letra anterior, o los que se concierten para seleccionar proveedores, se tienen que sujetar, como mínimo, a las reglas siguientes, respetando en todo caso los principios de igualdad, no-discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia:

1r El anuncio de licitación se tiene que publicar en el perfil de contratante de la entidad, sin perjuicio que se puedan utilizar otros medios adicionales de publicidad. Toda la documentación necesaria para presentar las ofertas tiene que estar disponible por medios electrónicos desde que se publique el anuncio de licitación. 2n El plazo para presentar ofertas lo tiene que fijar la entidad contratante teniendo en cuenta el tiempo razonablemente necesario para prepararlas, y este plazo en ningún caso puede ser inferior a diez días a contar desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante.

3r La adjudicación del contrato tiene que recaer en la mejor oferta, en conformidad con el que dispone el artículo 145. Excepcionalmente, la adjudicación se puede efectuar atendiendo otros criterios objetivos que se tienen que determinar en la documentación contractual.

4t La selección del contratista, que tiene que ser motivada en todo caso, se tiene que publicar en el perfil de contratante de la entidad.

3. Para las operaciones propias de su tránsito, las entidades a que se refiere este artículo pueden establecer sistemas para racionalizar la contratación, como por ejemplo acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición o la homologación de proveedores. El procedimiento para ser incluido en estos sistemas tiene que ser transparente y no discriminatorio y se tiene que publicar en el perfil de contratante.

4. En los términos que se determinen por reglamento, y sin perjuicio del que para el ámbito de las comunidades autónomas establezcan sus normas respectivas, el departamento ministerial y el organismo al cual esté adscrita o corresponda la tutela de la entidad contratante tiene que controlar la aplicación por parte de esta de las reglas que establecen los apartados anteriores.

5. Las actuaciones efectuadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a que se refiere este artículo se tienen que impugnar en vía administrativa en conformidad con el que dispone la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al cual esté adscrita la entidad contratante o al cual corresponda la tutela. Si la entidad contratante está vinculada además de una administración, es competente el órgano correspondiente de la que tenga el control o participación mayoritaria.

Artículo 322. Efectos, modificación y extinción de los contratos. Responsabilidad del contratista por defectos o errores del proyecto.

1. Los efectos, la modificación y la extinción de los contratos de las entidades del sector público que no tengan la condición de poder adjudicador se regulan por las normas de derecho privado que les sean aplicables.

2. En los contratos de servicios consistentes en la elaboración íntegra de un proyecto de obra se tiene que exigir la responsabilidad del contratista por defectos o errores del proyecto, en conformidad con lo que dispone el artículo 314.

Disposición transitoria quinta de la LCSP:

Los entes a que se refiere el título tercero tienen que adaptar sus instrucciones internas de contratación al que establecen los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de esta Ley. Hasta entonces, tienen que seguir contratante en

conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo que disponen los artículos mencionados.

De lo que consta en el expediente, Gestur Balear SA cuenta con unas instrucciones redactadas de acuerdo con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. Por eso, hará falta que redacte y apruebe unas nuevas instrucciones adaptadas a la vigente LCSP.

Finalmente, la determinación del régimen jurídico aplicable a la gestión patrimonial de Gestur no corresponde a la JCCA, puesto que de acuerdo con el art. 9 LCSP, las relaciones jurídicas, negocios y contratos del ámbito patrimonial están expresamente excluidas de la LCSP y por regla general se rigen por la legislación patrimonial.

Ahora bien, cabe mencionar que el informe jurídico de continúa referencia, también aclara este aspecto, puesto que menciona que el artículo 25.2 de la Ley 7/2010, del sector público instrumental, recoge expresamente que la gestión patrimonial de los entes con personificación privada, integrados en el sector público instrumental autonómico, se tiene que regir por la legislación aplicable de acuerdo con su naturaleza jurídica, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales de eficacia, eficiencia y transparencia a que se refiere el artículo 3 de esta Ley. Ahora bien, en el caso de entes que no forman parte del sector público autonómico, — como es el caso de Gestur —, concluye que su gestión patrimonial se tendrá que regir por la legislación aplicable a su naturaleza jurídica, es decir, por el derecho privado.

Conclusiones

Dados los argumentos expuestos, la opinión de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es la siguiente:

1. En materia de contratación, la sociedad Gestur no tiene el carácter de poder adjudicador, porque no reúne todos los requisitos que se exigen en la letra *d*) del artículo 3.3 del LCSP, para poder ser considerada como tal.
2. Resulta necesario que Gestur redacte y apruebe unas nuevas instrucciones adaptadas a la vigente LCSP.
3. No corresponde a la JCCA informar sobre el régimen jurídico aplicable a la gestión patrimonial de Gestur, ya que de acuerdo con el art. 9 LCSP, las relaciones jurídicas, negocios y contratos del ámbito patrimonial están expresamente excluidas de la LCSP, sin perjuicio del criterio expuesto.

4. En todo lo que no consta en este informe, cabe tener en cuenta el informe del Departamento Jurídico y Administrativo de la Consejería de Hacienda y Relaciones Exteriores de 17 de enero de 2023.
5. Notificar este Acuerdo a la Consejería de Movilidad y Vivienda y a la sociedad Gestur, conjuntamente con el informe del Departamento Jurídico referido.

La secretaria de la Junta Consultiva
de Contratación Administrativa

María Matilde Martínez Montero