



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 27 de febrer de 2023

Informe 3/2022, de 27 de febrer de 2023, en relació amb la determinació del règim aplicable a la contractació i a la gestió patrimonial de l'empresa Gestión Urbanística de Baleares, S.A. (GESTUR BALEAR SA), de conformitat amb la normativa vigent.

Antecedents

1. El 8 d'agost de 2022, la Consellera delegada de l'empresa GESTIÓN URBANÍSTICA DE BALEARES, S.A. (en endavant, GESTUR BALEAR SA), en qualitat de representant, va sol·licitar a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa (JCCA) una consulta en relació amb el règim jurídic aplicable a la seva contractació i gestió patrimonial.

Segons el parer de l'empresa consultant, atesa la seva configuració accionarial i objecte social, GESTUR BALEAR SA es troba sotmesa al dret privat i no forma part del sector públic instrumental de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (CAIB), malgrat estar obligada a trametre els seus comptes anuals a la Intervenció General. Per aquests motius, els sorgien dubtes en relació amb el règim aplicable a la seva activitat de contractació i de gestió patrimonial, motiu pel qual varen presentar la consulta.

En la sol·licitud es feia constar que l'empresa s'havia constituït mitjançant escriptura pública de 10 de novembre de 1980 i es trobava inscrita en el Registre Mercantil (tom 2019, foli 202, fulla PM2869), en forma de societat anònima, amb la següent composició accionarial:

- Comunitat Autònoma de les Illes Balears.....	49,33%
- Consell Insular de Mallorca.....	18,66%
- Consell Insular de Menorca.....	3,34%
- Consell Insular d'Eivissa.....	3,34%
- SEPES Entidad Pública Empresarial de Suelo.....	5,33%
- CaixaBank, S.A.....	20,00%

A més, segons l'article 2 dels Estatuts socials de GESTUR BALEAR SA, el seu objecte social és la realització dels fins següents:

1. Estudis urbanístics, incloent en ells la redacció de plans d'ordenació i projectes d'urbanització i la iniciativa per a la seva tramitació i aprovació.
2. L'activitat urbanitzadora, que pot incloure tant la de promoció de la preparació del sòl i renovació o remodelació urbana com a la de realització d'obres d'infraestructura urbana i dotació de serveis, per a l'execució dels plans d'ordenació.
3. Gestió i explotació d'obres i serveis resultants de la urbanització en cas d'obtenir-ne la concessió o concloure el conveni corresponent, conforme a les normes aplicables en cas.
4. Qualsevol activitat relacionada amb les expressades en els apartats anteriors, inclosa la construcció, arrendament i alineació de naus i locals industrials o comercials.
5. La participació en negocis, societats i empreses als fins recollits en els apartats anteriors.
6. Construcció d'edificis destinats a habitatges, aparcaments i locals comercials, inclosos de protecció oficial, per a si o en nom de terceres persones incloses jurídic-públiques; així com qualsevol activitat relacionada amb aquestes, i en especial, les consistents en la seva conservació, manteniment, rehabilitació, renda, arrendament i administració.

La societat pot realitzar tots els actes tendents a la consecució del fi social, i entre ells els següents:

1. Adquirir, transmetre, constituir, modificar i extingir tota classe de drets sobre béns mobles o immobles que autoritzi el dret comú, en ordre a la millor consecució de la urbanització, edificació i aprofitament de l'àrea d'actuació.
2. Formalitzar convenis amb els organismes competents, que hagin de coadjuvar per raó de la seva competència, al millor èxit de la gestió.
3. Alinear, inclòs anticipadament, les parcel·les de les quals sorgiran els solars resultants de l'ordenació, en els termes més convenients per assegurar la seva edificació en els terminis prevists
4. Exercitar la gestió dels serveis implantats fins que siguin formalment assumits per la corporació local i organisme competent.

L'activitat de l'empresa són els estudis urbanístics, amb el codi CNAE 7490.

Queden expressament excloses totes aquelles activitats per a l'exercici de les quals la Llei exigeixi requisits especials que no puguin ser complits per aquesta societat i, en particular, aquelles activitats que són pròpies de les Institucions d'Inversió Col·lectiva.

Si les disposicions legals exigeixen per a l'exercici d'alguna de les activitats compreses en l'objecte social algun títol professional, autorització administrativa o inscripció en Registres Públics, dites activitats hauran de realitzar-se per mitjà de la persona que ostenti dita titulació professional i, si escau, no podran iniciar-se abans que s'hagin complert els requisits administratius exigibles.

Amb la sol·licitud de consulta, també s'adjunta l'escriptura d'elevació a públic d'acords socials de GESTUR BALEAR SA, atorgada l'1 d'agost de 2018; i

l'escriptura d'elevació a públic d'acords socials de GESTUR BALEAR SA , atorgada el 14 de juny de 2022.

2. El 17 d'agost de 2022, la JCCA, atesa la complexitat de la consulta, va requerir GESTUR BALEAR SA a plantejar la qüestió com una sol·licitud d'informe de la Comissió Permanent de la JCCA, la qual cosa, d'acord amb el Reglament d'organització i funcionament de la JCCA, s'havia de presentar per una persona legitimada, — en aquest cas, el secretari general de la Conselleria de Mobilitat i Habitatge —, acompanyat d'un informe jurídic en relació amb la qüestió plantejada.
3. L'1 de setembre de 2022, el secretari general de la Conselleria de Mobilitat i Habitatge va donar compliment al requeriment, va sol·licitar l'emissió d'un informe de la Comissió Permanent de la JCCA i va trametre un informe del Servei Jurídic de la Conselleria. En la consideració jurídica tercera d'aquest informe i en les conclusions es feia constar que:

3.- La naturalesa jurídica de GESTUR BALEAR SA, empresa mercantil en forma de societat anònima a la qual la participació en el capital social, directa o indirecta, de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears representa un 49,33%, implica que no es pot personificar com una societat mercantil pública i no formar part del sector públic instrumental de la CAIB i, per tant, el seu règim de funcionament i organització està sotmès, amb caràcter general, a dret privat i no a les disposicions de la Llei 7/2010, de 21 de juliol del sector públic instrumental de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

Tot i no formar part del sector públic instrumental de la CAIB, **el Servei Jurídic que subscriu aprecia que GESTUR BALEAR SA es podria considerar poder adjudicador no administració pública, segons allò establert a l'art. 3.3 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic.**

4. El 13 de setembre de 2022, la JCCA va sol·licitar a GESTUR BALEAR SA que ampliés la informació relativa al seu funcionament, per tal d'aclarir concretament les qüestions següents:
 - GESTUR BALEAR SA opera en condicions normals de mercat i executa la seva activitat en règim de competència de mercat?
 - Respecte a l'objecte social de GESTUR BALEAR SA que es preveu en els Estatuts i respecte a l'activitat que a dia d'avui desenvolupa, persegueix GESTUR BALEAR SA una finalitat de caràcter mercantil o industrial, o per contra, va ser creada per satisfer necessitats d'interès general i, a dia d'avui, continua satisfent-les?
 - La fixació dels preus dels béns i serveis que presta GESTUR BALEAR SA, es considera exclusivament d'acord amb les regles de l'oferta i la demanda?
 - Es considera que la societat té una finalitat de lucre?

- Existeixen mecanismes per compensar pèrdues econòmiques en què pogués incórrer l'entitat (ordinàriament, transferències pressupostàries per part dels poders adjudicadors dels quals depèn o dels pressuposts públics), de manera que aquesta no suporti el risc de les seves activitats o que, suportant-les, els poders públics que la varen crear, donat el cas, evitarien situacions concursals?

5. El 23 de setembre de 2022, GESTUR BALEAR SA va contestar a les qüestions anteriors, en el sentit següent:

- Sí, GESTUR BALEAR SA opera en condicions normals de mercat, amb plena autonomia econòmica i executa la seva activitat baix el seu risc i ventura, en règim de competència de mercat.
- GESTUR BALEAR SA fou creada per satisfer necessitats que, tot i poder ser d'interès general, tenien i continuen tenint una activitat amb un marcat caràcter industrial o mercantil i així ho permet afirmar l'objecte social previst als estatuts. Igualment, l'activitat es realitza amb finalitat de lucre i no es troba vinculada a l'exercici de potestats públiques.
- La fixació dels preus dels béns i serveis que presta GESTUR BALEAR SA, sí es considera exclusivament d'acord amb les regles de l'oferta i la demanda?
- Es considera que la societat sí té una finalitat de lucre.
- No existeixen mecanismes per compensar pèrdues econòmiques en què pogués incórrer l'entitat ja que GESTUR BALEAR SA actua amb plena autonomia econòmica i executa la seva activitat baix el seu risc i ventura.

A més, GESTUR BALEAR SA també va trametre les Instruccions internes reguladores dels procediments de contractació de GESTUR BALEAR SA, les quals havia aprovat el Consell d'Administració de l'empresa el 29 de gener de 2009, i en les quals hi consta que el règim jurídic aplicable a l'empresa era el següent:

[...] 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 es 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 d'octubre de 2022, la JCCA va considerar necessari consultar el parer del Cap de Servei del Sector Públic Instrumental, adscrit al Departament Jurídic i Administratiu de la Conselleria d'Hisenda i Relacions Exteriors.
7. El 17 d'octubre de 2022, a instàncies de Departament Jurídic i Administratiu de la Conselleria, la JCCA a sol·licitar a GESTUR BALEAR SA documentació relativa

a diversos convenis urbanístics subscrits per l'empresa amb entitats locals de Mallorca i la posterior compravenda de solars.

8. El 17 de gener de 2023, el Departament Jurídic i Administratiu de la Conselleria d'Hisenda i Relacions Exteriors va trametre a la JCCA un completíssim informe jurídic sobre la qualificació de GESTUR BALEAR SA als efectes de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic.

Aquest informe conclou que GESTUR BALEAR SA és un ens del sector públic que no té el caràcter de poder adjudicador.

Consideracions jurídiques

1. L'article 65 de la Llei 3/2003, de 26 de març, re règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, disposa que la JCCA és l'òrgan consultiu específic de l'Administració de la Comunitat Autònoma i de la seva administració instrumental en matèria de contractació.
2. Segons l'article 12 del text consolidat del Decret 3/2016, de 29 de gener, pel qual es creen la JCCA, el Registre de Contractes i Registre de Contractistes (modificat pel Decret 26/2017), la Junta emet els informes que li sol·licitin, entre d'altres, els secretaris generals de les diferents conselleries, de l'interventor general, del tesorero general i de la Direcció de l'Advocacia de la Comunitat Autònoma.

L'informe el va sol·licitar el secretari general de la Conselleria de Mobilitat i Habitatge, que es troba legitimat de conformitat amb l'article esmentat.

3. La sol·licitud d'informe reuneix els requisits formals que exigeix l'article 16 del Reglament d'organització i funcionament de la JCCA (ROFJCCA), aprovat per Acord del Consell de Govern, de 10 d'octubre de 1997.
4. Per poder emetre l'informe, es considera adequat fer una sèrie d'observacions prèvies:

4.1 El 29 de gener de 2009, el Consell d'Administració de GESTUR BALEAR SA, va aprovar les instruccions internes reguladores dels procediments de contractació de la societat, les quals conceptuaven GESTUR BALEAR SA com una entitat del sector públic, no administració pública ni poder adjudicador.

En l'apartat "*Introducción*" de les instruccions esmentades, les quals va elaborar el Sr. Pere Antoni Aguiló Monjo, aleshores secretari de Gestur i jurista de reconegut prestigi, es referia a la qualificació d'aquesta societat, als efectes

de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, — normativa de contractació vigent en el moment de redactar les instruccions —, en el sentit següent:

[...]

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 el 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 todos ellos se perfila como particularmente relevante para el presente caso el de que se trate de entidades que satisfacen 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 ha de 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 es 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 març de 2018, va entrar en vigor la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP).

La LCSP regula l'àmbit subjectiu d'aplicació de la llei en els apartats 2 a 5 de l'art. 3. I de manera similar a la normativa anterior, la LCSP manté tres nivells de subjecció a les normes de contractació administrativa que són:

— Administracions públiques (en endavant, AAPP).

- Poders adjudicadors que no tenen el caràcter d'administració pública (en endavant, PANAP).
- Ens del sector públic que no tenen el caràcter de poder adjudicador.

4.3 El 31 de maig de 2018, poc després de l'entrada en vigor de la LCSP, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, va adoptar l'Acord 1/2018, de 31 de maig, pel qual s'analiza l'àmbit d'aplicació subjectiva de la LCSP. Aquest Acord conté:

1. Un annex 1, en el qual s'exposa la qualificació de tots els ens del sector públic autonòmic (per conselleria d'adscripció) a efectes de la Llei 9/2017, com a resultat d'una primera aproximació a l'anàlisi de cada ens, sens perjudici del que pugui resultar d'altres estudis, tot això sobre la base de la regulació de la Llei 9/2017 i del concepte de poder adjudicador.
2. Un annex 2, que conté una relació merament indicativa dels consorcis en què participa la Comunitat Autònoma i que s'han de considerar en tot cas administració pública a efectes de la Llei 9/2017.
3. Un annex 3, que comprèn una relació merament indicativa d'altres ens (fundacions i societats) en què participa la Comunitat Autònoma. Dins aquest annex 3 es fa referència a la societat Gestur, però no hi consta una qualificació concreta d'aquesta societat als efectes de la Llei 9/2017.

Per això, la sol·licitud d'informe que ens ocupa servirà, per qualificar Gestur Balear SA, d'una manera més precisa als efectes de la vigent LCSP.

4.4 Atès que Gestur Balear SA és un ens participat per la Comunitat Autònoma, la JCCA va considerar adequat, per poder emetre l'informe que ens ocupa, consultar el parer del Cap de Servei del Sector Públic Instrumental, adscrit al Departament Jurídic i Administratiu de la Conselleria d'Hisenda i Relacions Exteriors.

El Departament va emetre, en data 17 de gener de 2023, un informe que conté una anàlisi jurídica completíssima de tots els aspectes següents:

1. La normativa comunitària i estatal en matèria de contractació pública, en relació amb el concepte de poder adjudicador (Consideració jurídica 2).
2. La jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea sobre el concepte de poder adjudicador (Consideració jurídica 3).
3. Els mitjans propis que no són poders adjudicadors (Consideració jurídica 4).

4. Alguns casos d'ens que s'han considerat com a poder adjudicador i altres ens que no han estat considerats com a poder adjudicador (Consideració jurídica 5).
5. El context en què es va crear la societat Gestur Balear SA, la finalitat i les activitats que du a terme la societat d'acord amb els seus Estatuts socials (Consideració jurídica 6).
6. Els arguments per descartar la consideració de Gestur Balear SA com a AAPP (Consideració jurídica 7).
7. Els arguments per aclarir si aquesta societat és o no un poder adjudicador (Consideració jurídica 8)
8. Una anàlisi específica per aclarir si aquesta societat satisfà, o no, necessitats d'interès general (en la consideració jurídica 9).
9. Caràcter mercantil de les necessitats d'interès general que satisfà l'entitat Gestur Balear SA Balear, SA (Consideració jurídica 10).
10. Referència a la part de l'objecte social de Gestur Balear SA Balear, SA, relativa a l'eventual construcció d'habitatges de protecció oficial (Consideració jurídica 11).

Aquesta completa i extensa tasca jurídica ha permès al Departament Jurídic i Administratiu de la Conselleria d'Hisenda i Relacions Exteriors arribar a la següent:

Conclusió

D'acord amb els antecedents i les consideracions jurídiques d'aquest informe, es considera que la societat Gestión Urbanística de Baleares, SA (Gestur Balear SA Balear, SA) s'ha de qualificar com a ens del sector públic que no té el caràcter de poder adjudicador, als efectes de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, sens perjudici de la conveniència d'atendre la recomanació que s'ha assenyalat en la consideració jurídica 11.

5. Atès l'anterior, i sobretot, al contingut de l'informe jurídic del Departament Jurídic i Administratiu de la Conselleria d'Hisenda i Relacions Exteriors, la Comissió Permanent s'adhereix a les consideracions jurídiques que hi conté, en especial, a les que fan referència a la matèria de contractació pública. El grau de precisió de l'informe esmentat és tal que no admet més afegits. Per això, i sense vocació de fer-ne un resum, amb tot el que hi consta es pot informar del següent:

Gestur Balear SA és una societat urbanística que es va constituir l'any 1980, quan la Comunitat Autònoma de les Illes Balears encara no existia com a tal, abans de la Llei orgànica 2/1983, de 25 de febrer, d'Estatut d'autonomia per a les Illes Balears.

L'article 10.3 l'Estatut d'autonomia va atribuir a la Comunitat Autònoma la competència exclusiva en matèria d'ordenació del territori, inclòs el litoral, l'urbanisme i l'habitatge, assumint la competència prevista en l'article 148.1.3^a de la Constitució. Fins aleshores les competències d'urbanisme encara corresponien a l'Estat, la qual cosa explica que fos l'Institut Nacional d'Urbanització (que depenia de l'Administració de l'Estat) el que va aportar la major participació, un 49,33 % sobre el total del capital de Gestur Balear, SA, quan es va crear societat l'any 1980.

Aquests tipus societats urbanístiques es varen crear per impulsar la planificació urbanística dels municipis, en el sentit previst en l'article 115 del Text refós de la Llei sobre règim del sòl i ordenació urbana, aprovat pel Reial decret 1346/1976, de 9 d'abril, que preveu 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.

D'una banda, Gestur Balear, SA es troba constituïda com una entitat amb personificació privada, que no té el caràcter de AAPP. Es tracta d'una societat mercantil en la qual l'Administració de la Comunitat Autònoma participa en un 49,33 %, de manera que no compleix el requisit de la participació majoritària en el capital social per poder ser considerada societat mercantil pública del sector públic instrumental autonòmic, d'acord amb el previst en la lletra c) de l'article 2.1 en relació amb l'article 51.1 de la Llei 7/2010, del sector públic instrumental de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. Per això, la societat es troba inclosa dins la relació d'ens en els quals participa la Comunitat Autònoma, però que no formen part del seu sector públic instrumental autonòmic.

I d'altra banda, el règim jurídic que li és d'aplicació en la contractació que dugui a terme, és el propi d'un ens que no és poder adjudicador, perquè no reuneix tots els requisits que s'exigeixen en la lletra d) de l'article 3.3 de l'LCSP, per poder ser considerat poder adjudicador.

D'acord amb les lletres a), b) i c) de l'art. 3.3 LCSP, no hi ha cap dubte que són poders adjudicadors les AAPP, les fundacions públiques i les mútues col·laboradores amb la Seguretat Social o les associacions constituïdes per qualsevol d'aquestes. Ara bé, els dubtes sorgeixen quan un ens s'ha de qualificar, o no, com poder adjudicador, en virtut de la lletra d) de l'art. 3.3

LCSP, ja que la interpretació d'aquest apartat resulta més difícil, perquè que qualifica de poders adjudicadors:

d) Totes les **altres entitats amb personalitat jurídica pròpia** diferents de les expressades a les lletres anteriors que hagin estat **creades específicament per satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil, sempre que un o diversos** subjectes que s'hagin de considerar **poder adjudicador** d'acord amb els criteris d'aquest apartat 3 **financin majoritàriament la seva activitat, o bé controlin la seva gestió, o bé nomenin més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració, direcció o vigilància.**

D'aquesta manera, perquè els ens (que no són AAPP, ni fundació pública, ni mútua) tinguin el caràcter de poders adjudicadors, han de complir acumuladament tres requisits:

1. S'han de tractar d'entitats amb personalitat jurídica pròpia.
2. Un o diversos poders adjudicadors han de finançar majoritàriament la seva activitat (requisit alternatiu 2.1); o bé controlar la seva gestió (requisit alternatiu 2.2); o bé nomenar més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració direcció o vigilància (requisit alternatiu 2.3).
3. S'han d'haver creat específicament per satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil.

Per comprovar si Gestur Balear SA compleix o no aquests tres requisits acumulatius, l'informe jurídic esmentat ha deixat constància d'una completíssim labor d'anàlisi de la forma de constitució de l'empresa, del seu objecte social i de les activitats econòmiques que du a terme. La Comissió Permanent, considera que aquest anàlisi, – que en molts aspectes excedeix de la matèria purament contractual –, està jurídicament molt ben justificat i motivat.

Segons l'informe, Gestur Balear SA compleix alguns dels requisits per ser poder adjudicador, però no tots. Concretament:

1. És una entitat amb personalitat jurídica pròpia, perquè és una societat anònima inscrita en el Registre Mercantil.
2. D'una banda, no està finançada majoritàriament per altres poders adjudicadors, perquè en l'anàlisi dels comptes de pèrdues i guanys dels anys 2014 a 2020 que consta a l'informe jurídic, s'ha comprovat que no existeixen ingressos de subvencions, donacions ni llegats de caràcter financer i els ingressos obtinguts per la venda de solars no constitueixen finançament públic (no compleix el requisit alternatiu 2.1). D'altra banda, des del punt de vista de la gestió, tampoc es troba controlada per altres

poders adjudicadors (no compleix el requisit alternatiu 2.2). Malgrat això, la meitat dels membres del seu òrgan d'administració direcció o vigilància sí les nomenen altres poders adjudicadors (compleix el requisit alternatiu 2.3).

3. Finalment, Gestur Balear SA tampoc compleix el requisit 3, perquè les necessitats d'interès general que persegueix la societat tenen caràcter mercantil.

Per tot això, la Comissió Permanent considera que actualment Gestur segueix inclosa dins el tercer nivell de subjecció a la LCSP, i no és un poder adjudicador, perquè no reuneix tots els requisits acumulats que s'exigeixen en la lletra d) de l'article 3.3 de l'LCSP. D'aquesta manera, de la LCSP només li són d'aplicació els articles 321 i 322 i la Disposició transitòria cinquena, que disposen literalment que:

Article 321. Adjudicació de contractes de les entitats del sector públic que no tinguin el caràcter de poders adjudicadors.

L'adjudicació de contractes per part de les entitats del sector públic que no tinguin la condició de poders adjudicadors s'ha d'ajustar a les regles següents:

1. Els òrgans competents d'aquestes entitats han d'aprovar unes instruccions en les quals regulin els procediments de contractació de manera que quedi garantida l'efectivitat dels principis de publicitat, concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat i no-discriminació, així com que els contractes s'adjudiquin als qui presentin la millor oferta, de conformitat amb el que disposa l'article 145.

Aquestes instruccions s'han de posar a disposició de tots els interessats a participar en els procediments d'adjudicació dels contractes regulats per aquelles i s'han de publicar en el perfil de contractant de l'entitat.

En l'àmbit del sector públic estatal, l'aprovació de les instruccions requereix l'informe previ de l'òrgan al qual correspongui l'assessorament jurídic de l'entitat.

2. No obstant el que indica l'apartat anterior, els òrgans competents de les entitats a què es refereix aquest article poden adjudicar contractes sense aplicar les instruccions aprovades per aquells amb subjecció a les regles següents:

a) Els contractes que tinguin un valor estimat inferior a 40.000 euros, quan es tracti de contractes d'obres, o a 15.000 euros, quan es tracti de contractes de serveis i subministraments, es poden adjudicar directament a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i que tingui l'habilitació que, si s'escau, es requereixi per dur a terme la prestació objecte del contracte.

b) Els contractes o acords que tinguin un valor estimat igual o superior als que s'indiquen en la lletra anterior, o els que es concertin per seleccionar proveïdors, s'han de subjectar, com a mínim, a les regles següents, respectant en tot cas els principis d'igualtat, no-discriminació, transparència, publicitat i lliure concurrència:

1r L'anunci de licitació s'ha de publicar en el perfil de contractant de l'entitat, sense perjudici que es puguin utilitzar altres mitjans addicionals de publicitat. Tota la documentació necessària per presentar les ofertes ha d'estar disponible per mitjans electrònics des que es publiqui l'anunci de licitació. 2n El termini per presentar ofertes l'ha de fixar l'entitat contractant tenint en compte el temps raonablement necessari per preparar-les, i aquest termini en cap cas pot ser inferior a deu dies a comptar des de la publicació de l'anunci de licitació en el perfil de contractant.

3r L'adjudicació del contracte ha de recaure en la millor oferta, de conformitat amb el que disposa l'article 145. Excepcionalment, l'adjudicació es pot efectuar atenent altres criteris objectius que s'han de determinar en la documentació contractual.

4t La selecció del contractista, que ha de ser motivada en tot cas, s'ha de publicar en el perfil de contractant de l'entitat.

3. Per a les operacions pròpies del seu trànsit, les entitats a què es refereix aquest article poden establir sistemes per racionalitzar la contractació, com ara acords marc, sistemes dinàmics d'adquisició o l'homologació de proveïdors. El procediment per ser inclòs en aquests sistemes ha de ser transparent i no discriminatori i s'ha de publicar en el perfil de contractant.

4. En els termes que es determinin per reglament, i sense perjudici del que per a l'àmbit de les comunitats autònomes estableixin les seves normes respectives, el departament ministerial i l'organisme al qual estigui adscrita o correspongui la tutela de l'entitat contractant ha de controlar l'aplicació per part d'aquesta de les regles que estableixen els apartats anteriors.

5. Les actuacions efectuades en la preparació i adjudicació dels contractes per les entitats a què es refereix aquest article s'han d'impugnar en via administrativa de conformitat amb el que disposa la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, davant del titular del departament, òrgan, ens o organisme al qual estigui adscrita l'entitat contractant o al qual en correspongui la tutela. Si l'entitat contractant està vinculada a més d'una administració, n'és competent l'òrgan corresponent de la que tingui el control o participació majoritària.

Article 322. Efectes, modificació i extinció dels contractes. Responsabilitat del contractista per defectes o errors del projecte.

1. Els efectes, la modificació i l'extinció dels contractes de les entitats del sector públic que no tinguin la condició de poder adjudicador es regulen per les normes de dret privat que els siguin aplicables.

2. En els contractes de serveis consistents en l'elaboració íntegra d'un projecte d'obra s'ha d'exigir la responsabilitat del contractista per defectes o errors del projecte, de conformitat amb el que disposa l'article 314.

Disposició transitòria cinquena de la LCSP:

Els ens a què es refereix el títol tercer han d'adaptar les seves instruccions internes de contractació al que estableixen els articles 318 i 321 en el termini màxim de quatre mesos des de l'entrada en vigor d'aquesta Llei. Fins aleshores, han de seguir contractant de conformitat amb les seves instruccions vigents, sempre que no contradiguin el que disposen els articles esmentats.

Del que consta a l'expedient, Gestur Balear SA compta amb unes instruccions redactades d'acord amb la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic. Per això, caldrà que redacti i aprovi unes noves instruccions adaptades a la vigent LCSP.

Finalment, la determinació del règim jurídic aplicable a la gestió patrimonial de Gestur no correspon a la JCCA, ja que d'acord amb l'art. 9 LCSP, les relacions jurídiques, negocis i contractes de l'àmbit patrimonial estan expressament excloses de la LCSP i per regla general, es regeixen per la legislació patrimonial.

Ara bé, al respecte cal esmentar que l'informe jurídic de continua referència, també aclareix aquest aspecte. Concretament, exposa que l'article 25.2 de la Llei 7/2010, del sector públic instrumental, recull expressament que la gestió patrimonial dels ens amb personificació privada, integrats en el sector públic instrumental autonòmic, s'ha de regir per la legislació aplicable d'acord amb la seva naturalesa jurídica, sens perjudici de l'aplicació dels principis generals d'eficàcia, eficiència i transparència a què es refereix l'article 3 d'aquesta Llei. Ara bé, en el cas d'ens que no formen part del sector públic autonòmic, — com és el cas de Gestur —, conclou que la seva gestió patrimonial s'haurà de regir per la legislació aplicable a la seva naturalesa jurídica, és a dir, pel dret privat.

Conclusions

Atesos els arguments exposats, l'opinió de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa és la següent:

1. En matèria de contractació, la societat Gestur no té el caràcter de poder adjudicador, perquè no reuneix tots els requisits que s'exigeixen en la lletra d) de l'article 3.3 de l'LCSP, per poder considerar-s'ho.
2. Cal que Gestur redacti i aprovi unes noves instruccions adaptades a la vigent LCSP.
3. No correspon a la JCCA informar sobre el règim jurídic aplicable a la gestió patrimonial de Gestur, ja què d'acord amb l'art. 9 LCSP, les relacions jurídiques, negocis i contractes de l'àmbit patrimonial estan expressament excloses de la LCSP, sense perjudici del criteri exposat.
4. En tot el que no consta en aquest informe, cal tenir en compte l'informe del Departament Jurídic i Administratiu de la Conselleria d'Hisenda i Relacions Exteriors de 17 de gener de 2023.
5. Notificar aquest Acord a la Conselleria de Mobilitat i Habitatge i a la societat Gestur, juntament amb l'informe del Departament Jurídic esmentat.

La secretària de la Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

María Matilde Martínez Montero