



En respuesta a la solicitud de informe de la documentación relativa al proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Aragonés de Fomento, puesto en relación con la normativa aplicable, en especial el Decreto Legislativo 4/2000, de 29 junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Instituto Aragonés de Fomento, esta Dirección General de Contratación tiene a bien efectuar las siguientes observaciones:

**PRIMERA. OBSERVACIONES GENERALES.**

En primer lugar, hay que indicar que el Decreto Legislativo 4/2000, de 29 junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Instituto Aragonés de Fomento ha sido modificado desde su aprobación en diversas ocasiones de manera puntual, la última por el Decreto-Ley 8/2019, de 24 de septiembre, del Gobierno de Aragón, con vigencia desde el 1 octubre 2019, para introducir algún cambio en los órganos de gobierno y en el régimen económico financiero.

Del examen del contenido de esta norma se observa que los 14 artículos del texto refundido regulan la creación, naturaleza, objetivos, funciones, organización, el consejo de dirección y sus funciones, la presidencia, vicepresidencia, la dirección gerencia, los recursos, el régimen económico-financiero, personal y control parlamentario. El Texto refundido no incluye otro tipo de materias, salvo una referencia genérica en el artículo 2.2 cuando indica que *“el Instituto Aragonés de Fomento, como entidad de derecho público, se regirá por lo previsto en esta Ley, en las disposiciones que la desarrollen y en aquellas que resulten de aplicación. No obstante, al régimen de contratación, tráfico patrimonial y mercantil y actividades externas le será de aplicación el ordenamiento jurídico privado”*. Por lo tanto, a la hora de analizar el contenido del decreto tendremos que atenernos a esta regulación.

Con todo, debe hacerse notar que la remisión que realiza el Texto refundido al ordenamiento jurídico privado en relación a la contratación resulta desacertada, en la medida en que es la legislación de contratos del sector público, nacional y europea, la que determina su régimen, no siendo estas normas de naturaleza privada sino pública. Incluso cuando 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 reconduce al Derecho privado en determinados supuestos, es ésta como norma de Derecho público la que establece la obligatoriedad de la aplicación de esas reglas, no el Derecho privado de forma autónoma. Por lo que, si bien no es objeto de los Estatutos modificar el Texto Refundido, ni es factible en virtud del principio de jerarquía normativa, los Estatutos deben atenderse no solo a lo indicado en el Texto Refundido, sino que han de valorar su inserción en el resto del ordenamiento jurídico y enlazar su contenido con lo establecido en otras leyes, como es el caso de la normativa de contratación.



En segundo lugar, se aconseja que las referencias a textos normativos sean genéricas, con el fin de que un cambio normativo posterior no obligue a la modificación de los estatutos. Por ejemplo, la mención en el artículo 22 a la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, o la mención en el art. 31 al R. D. 939/2005, o a la Ley 9/2017, de contratos del sector público en el artículo 36.

#### **SEGUNDA. OBSERVACIONES RELATIVAS AL CONTENIDO DEL ARTICULADO.**

Básicamente los estatutos proyectados son desarrollo de las previsiones del Decreto Legislativo 4/2000, de 29 junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Instituto Aragonés de Fomento.

I. En el **Capítulo I, Disposiciones Generales**, incluye el artículo 3 sobre régimen jurídico que desarrolla la normativa por la que se rige el IAF, que excede con mucho de la genérica mención del art. 2.2 del texto refundido “... *se regirá por lo previsto en esta Ley, en las disposiciones que la desarrollen y en aquellas que resulten de aplicación*”.

Sobre este artículo 3 se volverá porque entra en contradicción con otros preceptos del texto reglamentario.

II. Respecto del **Capítulo II**, que regula los **objetivos y funciones** del IAF, incorpora los mismos que el texto refundido, pero con alguna ampliación que no está prevista en el texto con rango de ley. En concreto, el artículo 6, en los objetivos atribuye al IAF la configuración de “*agencia pública de desarrollo regional*”, cuando dice que “*el IAF se configura como una agencia pública de desarrollo regional, tomando como referencia un modelo homologado, contrastado y ampliamente extendido entre los países desarrollados, cuya finalidad última es constituirse en instrumento ágil y eficiente que actúe como promotor y receptor de iniciativa y actividades que pueden contribuir a un desarrollo integrado de Aragón*”.

Igualmente, se incorpora un artículo 8, que no tiene parangón en el texto refundido que desarrolla, relativo a la facultad de crear y participar de sociedades mercantiles u otros entes jurídicos, cuando dice que

*“1. El Instituto Aragonés de Fomento podrá crear y participar, previas autorizaciones pertinentes, sociedades mercantiles, agrupaciones de interés económico, consorcios, fundaciones, asociaciones y otros entes jurídicos, cuyo objeto social posibilite la consecución de los objetivos del Instituto.*

*2. La participación por parte del Instituto Aragonés de Fomento en sociedades, fundaciones u otros entes a que se refiere el apartado anterior, así como su extinción deberá ser aprobada por el Consejo de Dirección, previos los trámites oportunos”.*



III. Respecto del **Capítulo III**, que regula la **estructura, organización y funcionamiento** del IAF, básicamente desarrolla las previsiones del texto refundido respecto de cada uno de los órganos, al tiempo que incorpora una sección tercera relativa a las disposiciones comunes del funcionamiento de los órganos colegiados (arts. 22 a 28)

En el art. 27, que regula la normativa subsidiaria, indica que *“En lo no previsto expresamente por los Estatutos respecto al funcionamiento del Consejo de Dirección, se regirá por lo previsto para los órganos administrativos colegiados en la legislación básica del Estado sobre la materia, por las disposiciones contenidas en la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, por el texto refundido de la Ley reguladora del Instituto, y, en su caso, demás reglamentos de régimen interior que pudieran internamente adoptar”*. Dado que la Ley 5/2021, de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón, entró en vigor el 21 de octubre de 2021, se recomienda hacer mención a esta normativa, respetando, no obstante, la observación general de usar preferentemente referencias genéricas cuando se habla de normas susceptibles de sufrir modificaciones ulteriormente.

IV. En el **Capítulo IV**, que regula el **régimen de jurídico de Instituto Aragonés de Fomento**, deberían evitarse las reiteraciones.

En concreto, por un lado, se refiere al régimen jurídico el artículo 3 de los estatutos y, más adelante, el artículo 29 también regula la misma materia, artículos ambos que en algún supuesto entran en contradicción.

El artículo 3 dispone que el IAF se regirá, entre otras, por lo establecido en la legislación vigente en materia de contratación pública (e), lo dispuesto en la legislación vigente en materia de Patrimonio (g) y por el Derecho Privado, especialmente en sus relaciones externas y de tráfico patrimonial y mercantil; así como en lo que concierne al personal propio del Instituto (h), que entra en contradicción con lo previsto en el artículo 29.2 cuando dice que *«En sus relaciones externas, en contratación, tráfico mercantil y patrimonial, el Instituto se ajustará en su actividad al Derecho privado que les sea aplicable»*.

Sin entrar en otras consideraciones, el régimen la contratación pública del IAF, como ya se ha avanzado en las observaciones generales, viene determinado por la Ley 9/2017, de contratos del sector público Derecho Administrativo, y sólo se aplican las normas de derecho privado en lo que expresamente así indica esta Ley.

Respecto del artículo 30 *‘actos y recursos administrativos’*, se recomienda:

- Incorporar la última frase del artículo, relativa a los actos no dictados en el ejercicio de potestades administrativas, como un segundo párrafo del apartado primero del artículo.
- Unificar en un único apartado los números 4, 5 y 6, que tratan del recurso de alzada.



- Unificar en un único apartado lo relativo al recurso extraordinario de revisión, la revisión de oficio y la declaración de lesividad.
- Unificar la remisión al titular del Departamento porque en unos casos se utiliza esta terminología y en otro se hace referencia al Consejero titular.

V. El capítulo VI, sobre **régimen de contratación**, (al igual que el capítulo V sobre patrimonio) supone una innovación porque estas materias no están reguladas en el texto refundido, con la consecuente posible extralimitación de la norma reglamentaria. Esto haría aconsejable actualizar el Texto Refundido en consonancia con los cambios que se pretenden reflejar en el Estatuto.

El artículo 29, al que hemos hecho referencia más arriba, entra en colisión con el artículo 35 de los estatutos, al menos lo previsto en los apartados 1 y 2. No cabe el sometimiento parcial al régimen de la contratación pública previsto en la legislación básica en unos casos y en otros al derecho privado. De acuerdo con el art. 25 LCSP tienen carácter administrativo los contratos que allí se indica *“siempre que se celebren por una Administración Pública”*. Los contratos de los poderes adjudicadores Administración Pública (y el IAF lo es a efectos de la contratación del sector público, en virtud de la letra b) del artículo 3.2 de la LCSP) se rigen, en aplicación del art. 25.2 LCSP *“en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas”*. Así pues, la aplicación de la normativa de derecho privado lo será en defecto de normas supletorias.

Cuando se trate de la celebración de contratos de carácter privado, el art. 26.2 LCSP dispone que *“se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado”*.

En definitiva, bastaría con lo previsto en el artículo 35.1, sin referencia al sometimiento total o parcial porque remitir el régimen de contratación pública a la legislación básica incluye tanto los contratos administrativos como los contratos privado. Esto haría innecesario el apartado 2.

Respecto al art. 36, relativo al *régimen de contratación y actuación del IAF como medio propio instrumental*, hay que aclarar que, aunque el artículo 6.3 LCSP dispone que *“quedan excluidas del ámbito de la presente Ley las encomiendas de gestión reguladas en*



*la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público”, lo cierto es que el párrafo segundo del art. 11.1 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público dispone que “las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta”. Si bien su mención en el Estatuto no perjudica, el tipo de actuación que pueda realizar como medio propio, en principio, se subsumirá dentro de la figura de los encargos y no de las encomiendas, conforme a lo regulado por el artículo 32 LCSP, que aborda los encargos de poderes adjudicadores a medios propios personificados.*

Precisamente, lo que separa a los encargos de las encomiendas es que los encargos se realizan con el fin de poder ejecutar de manera directa prestaciones que sí son propias de los contratos de obras, servicios y suministros, a diferencia de las encomiendas de gestión cuyo contenido no es contractual. Los encargos a medios propios si no fuera por la exclusión expresa de las Directivas y la LCSP serían contratos, mientras que en el caso de las encomiendas su exclusión es meramente aclaratoria y no constitutiva, porque en ningún caso podrían haber sido contratos al no encajar su sustancia dentro de los objetos propios de los contratos del sector público. Igualmente, las encomiendas de gestión son una figura pensada más dentro de una lógica ad intra que ad extra. Si los encargos son entre personas jurídicas diferentes, las encomiendas, predominantemente, son entre órganos de la misma persona. En ocasiones, se utilizan los términos de encomienda y encargo como sinónimos, pero en sentido estricto no resulta admisible este uso del lenguaje. En cualquier caso, como ya se ha dicho, la referencia a las encomiendas no es perjudicial.

Recordar que para poder aplicar la exclusión del artículo 32 de la LCSP han de cumplirse con todos los requisitos establecidos por el precepto, lo cual podría resultar conveniente indicar en la redacción de los estatutos, aunque fuera de forma sucinta.

A tenor de lo indicado, tal como está redactado, resulta de difícil justificación el contenido del art. 36.2 por el que se indica que, cuando una licitación quede desierta, podrá encomendársele la ejecución de la prestación objeto de las licitaciones al IAF, ya que previamente habrá de analizarse si reúne o no los requisitos del art. 32.2 LCSP, de los cuales la condición de medio propio personificado reconocida en los estatutos es sólo uno de ellos. Igualmente, si no se cumplen todos los requisitos del precepto, limitar la posibilidad de licitar puede resultar contraproducente, por lo que se sugiere la supresión de este apartado.



Por otro lado, en íntima relación con lo anterior, el apartado 3 del art. 36 debería redactarse de manera que la exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP no resulte tan categórica, quedando clara que la exclusión se producirá únicamente si se cumplen el conjunto de las exigencias del ya citado artículo 32 de la LCSP.

Lo que se comunica a los efectos oportunos.

Zaragoza, a fecha de firma electrónica

LA DIRECTORA GENERAL DE CONTRATACIÓN

M<sup>a</sup> Josefa Aguado Orta.