

INFORME HIPI000019/2019 FACULTATIVO SOBRE EL ALCANCE RESPECTO AL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN 1/2019, DE 28 DE FEBRERO, DE LA OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN (ORIESCON) EN RELACIÓN A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

Asunto: Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Instrucciones. Ámbito de Subjetivo de Aplicación. Artículo 332 de la ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

Habiendo sido solicitado por parte de la Dirección General de Patrimonio informe acerca de la cuestión arriba referenciada, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 del Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, aprobado por el Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, se procede a la emisión del mismo sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Para mayor clarificación de la cuestión se procede a transcribir literalmente la petición de informe:

“El pasado día 28 de febrero de 2019 la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (en adelante OIRESCON) acordó la aprobación de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

En un primer momento pudimos tener conocimiento del contenido de esta Instrucción mediante su publicación en la página web oficial del Ministerio. Dos días después de aquella primera versión, se publicó una nueva -no diferenciada por sus autores de la primitiva- y el pasado 7 de marzo se publicó definitivamente en el Boletín Oficial del Estado.

Si bien son varios los aspectos de esta instrucción que están generando en los últimos días un notable debate, lo que presenta mayor dudas a este centro directivo, hasta el punto de haber considerado imprescindible el pronunciamiento del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, a cuyos efectos se emite la presente solicitud de informe facultativo, es la determinación del alcance de su fuerza vinculante o, dicho en otras palabras, el ámbito subjetivo al que es de aplicación la misma. Esto es, nos planteamos si es obligatoria su aplicación no solo a la Administración General del Estado y a su sector público institucional, sino también a las entidades locales y, especialmente por lo que a nosotros respecta, a las Comunidades Autónomas.



Juan Antonio de Vizarrón, s/n. Edificio Torretriana. Isla de la Cartuja.
s/n 41092 Sevilla

1

Firmado por: TORRES RIDRUEJO ALEJANDRO		30/05/2019 11:38	PÁGINA 1 / 14
VERIFICACIÓN	PzPpxDLokcTNGXgU9qLacRZDb0BgMm	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

Sobre esta cuestión ya son varios los pronunciamientos que desde la comunidad jurídica podemos encontrar y en ese sentido mientras autores como José María Gimeno Feliu, José Antonio Moreno Malina o Javier Vázquez Matilla concluyen que las Instrucciones de la OIRESCON tienen carácter vinculante y alcance general a todo poder adjudicador del sector público ya sea estatal, autonómico o local, otros como Silvia Díez Sastre y Rafael Jiménez Asensio concluyen que sólo son aplicables al sector público estatal.

Acudiendo al tenor literal del texto que nos ocupa, la primera versión publicada de la instrucción indicaba que era obligatoria para todos los órganos de contratación "del sector público estatal". Sin embargo, dos días después se corrigió el texto para indicar el carácter obligatorio a los órganos de contratación "del sector público del Estado".

En esta corrección -no señalada por sus autores- al referirse a la obligatoriedad de las instrucciones de la OIRESCON se utiliza la expresión exacta que contiene el artículo 332.7 d) in fine de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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:

"(..) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 40/2015 de Régimen jurídico del Sector Público, las instrucciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación serán obligatorias para todos los órganos de contratación del sector público del Estado".

La expresión "sector público del Estado" no aparece definida en ningún marco legal previo. De hecho, en lo que a la LCSP se refiere, el legislador solo utiliza la citada expresión en el precepto anteriormente transcrito, de carácter básico. En el resto del texto legal se emplea "sector público estatal" cuando se quiere regular exclusivamente para la Administración General del Estado y "sector público" sin más cuando se refiere a todas las entidades.

Por ello entendemos que el uso de esa terminología no significa necesariamente que el legislador se refiriera a la obligatoriedad de estas instrucciones para todo el sector público, en los distintos niveles estatal, autonómico y local, cosa que por otro lado entendemos incomprensible, principalmente en base a los siguientes argumentos:

1. La obligatoriedad de estas instrucciones debe ponerse en relación con el marco del sistema de distribución territorial de competencias establecido en la Constitución española y que la propia LCSP recuerda en la disposición final primera, en su apartado cuarto:

"Las previsiones de esta Ley serán de aplicación a las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo establecido en los apartados 1, 2 y 3 anteriores, sin perjuicio de las posiciones singulares que en materia competencias exclusivas y compartidas, en materia organización, en



Juan Antonio de Vizarrón, s/n. Edificio Torretriana. Isla de la Cartuja.
s/n 41092 Sevilla

2

Firmado por: TORRES RIDRUEJO ALEJANDRO		30/05/2019 11:38	PÁGINA 2 / 14
VERIFICACIÓN	PzPpxDLokcTNGXgU9qLacRZDb0BgMm	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

cada caso resulten de aplicación en virtud de lo dispuesto en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía."

Conforme al artículo 149.1.18ª de la Constitución española, el Estado ostenta la competencia para dictar la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas. La LCSP es la expresión del ejercicio de sus competencias en esta materia. Se trata de una ley básica que contiene preceptos básicos, que vinculan en todo el Estado y preceptos plenos -que se aplican únicamente al sector público estatal.

La creación de órganos de coordinación o supervisión a nivel central que vacían de contenido las competencias de otros niveles territoriales, como puede ser el autonómico o el local, supondría exceder la competencia básica del Estado. Por ello consideramos que el Estado está habilitado para crear un órgano consultivo o de cooperación, pero no un órgano que adopte decisiones vinculantes que van más allá de lo marcado como básico en la propia Ley.

Como señala la STC 55/2018, una ley básica no puede eliminar el espacio propio de las Comunidades Autónomas y los entes locales y eso es lo que a nuestro juicio sucedería si se dictaran instrucciones obligatorias por un órgano del Estado.

2. Por lo que al caso concreto que nos ocupa respecta, las instrucciones de lo que nosotros entendemos es un órgano colegiado del Estado, dotado de independencia funcional "atípica", no podrían vincular a las Administraciones autonómicas y locales.

El artículo 332.1 de la LCSP configura la creación de la Oficina como "órgano colegiado" fundamentándose para ello en el artículo 193 de la LRJSP. En este sentido ya el Real Decreto 256/2018, de 4 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, inserta la OIRESCON como órgano colegiado en una estructura administrativa ministerial, dentro de un complejo orgánico-jerárquico y funcional de la Administración General del Estado y de las entidades que conforman su sector público institucional. Esta configuración se mantiene actualmente en el artículo 12.15 del Real Decreto 1113/2018, de 7 de septiembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda.

Un órgano colegiado, por definición, se inserta en una estructura administrativa determinada, al menos en su nivel de adscripción. Además sus miembros, Presidencia y cuatro vocalías, son designados discrecionalmente por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Hacienda entre funcionarios de las Administraciones Públicas pertenecientes al Grupo de Clasificación A1, que tengan una experiencia mínima de diez años" en materias relacionadas con la contratación pública", sin intervención parlamentaria alguna, según se indica en el artículo 332.3 de la LCSP.



Firmado por: TORRES RIDRUEJO ALEJANDRO		30/05/2019 11:38	PÁGINA 3 / 14
VERIFICACIÓN	PzPpxDLokcTNGXgU9qLacRZDb0BgMm	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

Asimismo no podemos dejar de señalar también que sus miembros se someten a la normativa del Estado en el ejercicio de su cargo y en concreto a la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del alto cargo en la Administración General del Estado, según se establece expresamente en el artículo 332.2 de la LCSP.

A sensu contrario, no se trata de un órgano mixto, formado por representantes de los distintos niveles territoriales, como sí sucede, por ejemplo con el Comité de Cooperación en materia de contratación pública regulado en el artículo 329 de la LCSP.

En consecuencia sus funciones no pueden proyectarse con carácter preceptivo sobre otros niveles de gobierno que tienen reconocido constitucionalmente competencias de desarrollo legislativo y ejecución, como es el caso de las Comunidades Autónomas pues supondría una vulneración flagrante del principio de autonomía en su dimensión competencial y organizativa.

3. Las instrucciones típicas despliegan su obligatoriedad en virtud del principio de jerarquía dentro de la misma organización administrativa.

Consciente de ello, el legislador introduce una salvedad con respecto al régimen general de las instrucciones del artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en adelante LRJSP. A nuestro leal saber y entender, esta salvedad supone que aunque la Oficina no es jerárquicamente superior a todos los órganos de contratación del sector público del Estado, la propia LCSP atribuye a sus instrucciones carácter obligatorio general, incluyendo de esta manera a sus entidades instrumentales.

En este sentido no podemos olvidar que las instrucciones en ningún caso tienen carácter normativo y la consecuencia derivada de su incumplimiento será la responsabilidad disciplinaria correspondiente, pero no la invalidez, en la medida en que las instrucciones no son normas que constituyan canon de validez de las decisiones administrativas.

Ahora bien, dicho lo anterior, pretender extender el ámbito subjetivo más allá de la Administración General del Estado, a todas las administraciones autonómicas y locales es un notable exceso, pues implicaría que instrucciones dictadas por un órgano no superior jerárquico, de otra Administración, adscrito a un Ministerio, y cuyos miembros son designados discrecionalmente, impongan la forma de actuar de otras Administraciones Públicas.

Si la Oficina dicta una instrucción que interpreta el alcance que deba dársele a la Ley, entendemos que el mismo solo puede operar en el ámbito propio de una Administración Pública y en el sector público institucional vinculado o dependiente de aquella, que en el caso que nos ocupa es la Administración General del Estado.



Juan Antonio de Vizarrón, s/n. Edificio Torretriana. Isla de la Cartuja.
s/n 41092 Sevilla

4

Firmado por: TORRES RIDRUEJO ALEJANDRO		30/05/2019 11:38	PÁGINA 4 / 14
VERIFICACIÓN	PzPpxDLokcTNGXgU9qLacRZDb0BgMm	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

4. El artículo 332.13 de la LCSP establece que 11 Las Comunidades Autónomas podrán crear sus propias Oficina de Supervisión de la Contratación.

En este sentido consideramos que una razón a favor de interpretar que las instrucciones solo vinculan al sector público estatal es que la propia LCSP prevé la posibilidad de que existan autoridades de supervisión designadas por las administraciones competentes en sus respectivos ámbitos territoriales. Así si las Comunidades Autónomas pueden crear sus propios órganos de supervisión no es posible que las instrucciones de la OIRESCON sean vinculantes para todos.

Si bien es cierto que por ahora en la Comunidad Autónoma de Andalucía no se ha optado por crear un Oficina de Supervisión, en caso de que se cree, como es obvio, no podría existir entre la Oficina de la Administración General del Estado y las Oficina autonómicas relación de jerarquía de ningún tipo, pues ambas son manifestaciones de la potestad de auto organización de cada nivel de gobierno.

Siguiendo lo establecido en el artículo 332.9 de la LCSP, la OIRESCON debe consolidar la información que le suministren estas autoridades con el fin de elaborar un informe anual (art. 332.9 de la LCSP).

No queremos finalizar la exposición realizada en esta solicitud de informe facultativo, que este centro directivo considera urgente en tanto en cuanto es necesario conocer y sentar a la mayor brevedad posible, si en una Administración como la nuestra debemos aplicar las directrices marcadas en la Instrucción que nos ocupa, sin indicar que esta Dirección General de Patrimonio en ejercicio de la competencia de coordinación en materia de contratación pública, otorgada por el artículo 9 del Decreto 101/2019, de 12 de febrero, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía, tiene preparado desde el mes de noviembre un borrador de Instrucción sobre contratos menores en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, que por diversos motivos no ha podido ver la luz por el momento.

En ejercicio de nuestra competencia organización hay elementos sobre los que se ha considerado tomar decisiones diferentes y a modo simplemente de ejemplo podemos citar el modo de garantizar la concurrencia.

Si bien el artículo 131.3 de la LCSP establece que los contratos menores se adjudicarán directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación contractual, la Instrucción de OIRESCON establece que el órgano de contratación solicitará, al menos, tres presupuestos, debiendo quedar ello suficientemente acreditado en el expediente.



Firmado por: TORRES RIDRUEJO ALEJANDRO		30/05/2019 11:38	PÁGINA 5 / 14
VERIFICACIÓN	PzPpxDLokcTNGXgU9qLacRZDb0BgMm	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

El borrador de Instrucción que esta Administración pretende aprobar en breve, para asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos, ha considerado que será necesario que se acredite en el expediente que se ha promovido la concurrencia mediante la publicación de la licitación en el perfil del contratante del órgano de contratación, salvo que sólo pueda ser prestado por una única persona empresaria, lo cual deberá quedar debidamente justificado en el expediente.

En definitiva, la conclusión que se colige de todo lo expuesto anteriormente es que la interpretación que realiza este centro directivo de artículo 332.7 d) de la LCSP con respecto a la atribución de competencias a la OIRESCON para dictar instrucciones obligatorias sólo es compatible con el sistema constitucional de reparto de poder si la misma se limita a la Administración General del Estado y sus entidades instrumentales. Lo contrario excedería los límites de la competencia del Estado para dictar la legislación básica en materia de contratos y concesiones públicas establecido en el artículo 149. 1.18º y vulneraría la autonomía constitucionalmente garantizada de los niveles territoriales de gobierno, que no pueden someterse a una relación de jerarquía con respecto a los órganos del Estado.

SEGUNDO.- Se resalta el carácter facultativo del presente informe puesto que no se encuentra entre los preceptivos previsto en el artículo 78 del Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- En las siguientes consideraciones jurídicas expondremos los diferentes argumentos en base a los cuales, por parte de esta Asesoría Jurídica concluimos –en términos coincidentes con el Centro Directivo que consulta- que las instrucciones que apruebe la OIRESCON, fijando pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública (art. 332.7 d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) **no resultan de obligado cumplimiento para el Sector Público de la Administración de la Junta de Andalucía.**

SEGUNDA.- Tal conclusión se alcanza en primer lugar si atendemos al tenor literal del precepto, que delimita el ámbito subjetivo de obligatoriedad en la aplicación de las instrucciones a los órganos de contratación del **“Sector Público del Estado”**.

Y el sintagma que subrayamos, que es único en la LCSP, (no se reproduce en ningún otro precepto, disposición, ni en su exposición de motivos) precisamente por tal razón, ha de considerarse como



Juan Antonio de Vizarrón, s/n. Edificio Torretriana. Isla de la Cartuja.
s/n 41092 Sevilla 6

Firmado por: TORRES RIDRUEJO ALEJANDRO		30/05/2019 11:38	PÁGINA 6 / 14
VERIFICACIÓN	PzPpxDLokcTNGXgU9qLacRZDb0BgMm	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

análogo a **“Sector Público Estatal”**. Ello por una mera cuestión gramatical, dado que “Estatál” es el adjetivo que designa lo perteneciente al Estado.

Además ésta expresión **“Sector Público Estatal”** si es utilizada de forma continuada en el texto de la norma (aparece hasta 30 veces), para referirse a la distintas Administraciones, entidades y organismos que conforman lo que en el ámbito del Derecho Público se conoce como Administración del Estado.

Aludiremos a modo de ejemplo a algunas de las menciones que la ley contiene al **“Sector Público Estatal”**, para poder comprender el alcance que la norma da a la expresión.

Así, la encontramos en el art. 19.2 en el cual se excluyen determinados tipos de contratos de la obligatoria sujeción a regulación armonizada que, como regla general, establece el apartado primero. Y entre los exceptuados, según el apartado c) del art. 19.2 se encuentran los *“declarados secretos o reservados”*. Añade el párrafo segundo de dicho apartado que *“La declaración de que concurre la circunstancia relativa a la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado deberá hacerse de forma expresa en cada caso por el titular del Departamento ministerial del que dependa el órgano de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas integrantes del **sector público estatal**”*, para a continuación añadir que aquella declaración de carácter secreto o reservado también podrá hacerla *“el órgano competente de las Comunidades Autónomas (...) que tenga atribuida la competencia para celebrar el correspondiente contrato”*. Se aprecia claramente que la ley distingue el sector público Estatal, del propio de las Comunidades Autónomas.

El art. 32, que regula los encargos a medios propios personificados en su apartado 6.c) impone a los órganos de las entidades del **sector público estatal** que tengan la condición de poder adjudicador, recabar autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo, sea igual o superior a doce millones de euros. En caso de órganos que dependan del sector público de las Comunidades Autónomas no tendría sentido imponer esa intervención autorizatoria del superior órgano de gobierno (Consejo de Gobierno) de una Administración distinta: La Estatal o de Estado.

El artículo 45, relativo al Órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación señala que *“en el ámbito de **los poderes adjudicadores del sector público estatal**, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”*, regulándose en el artículo siguiente: el 46 los Órganos de resolución de dicho recurso respecto de poderes adjudicadores de su ámbito, y en su caso respecto de las Entidades Locales radicadas en su territorio, cuando la norma de creación del Tribunal así lo prevea y la Comunidad Autónoma tenga competencia tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.



Juan Antonio de Vizarrón, s/n. Edificio Torretriana. Isla de la Cartuja.
s/n 41092 Sevilla

7

Firmado por: TORRES RIDRUEJO ALEJANDRO		30/05/2019 11:38	PÁGINA 7 / 14
VERIFICACIÓN	PzPpxDLokcTNGXgU9qLacRZDb0BgMm	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

O el artículo 73 que al regular los efectos de la declaración de la prohibición de contratar, en su párrafo segundo señala que en el ámbito del **sector público estatal**, la competencia para extender determinadas prohibiciones más allá del órgano de contratación que la declare, corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

El artículo 121 distingue con claridad - a efectos de aprobación de Pliegos Tipo de Cláusulas Administrativas Generales – el **sector público estatal** integrado por “*los órganos de contratación de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades que gocen de la condición de Administraciones Públicas* que integren dicho sector, de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local.

Por otro lado, es reseñable que cuando la LCSP pretende proyectar las competencias de la Oficina más allá del **sector público estatal** habla de “**sector público**” a secas, que considera concepto comprensivo del sector público estatal, autonómico y local. Así resulta del 332.7 a) en relación con el 334.1, cuando se habla del carácter vinculante (“para el el sector público) de la Estrategia Nacional de Contratación Pública

TERCERA.- Otro argumento a favor de limitar la eficacia obligatoria de las instrucciones de la OIRESCON, es **la naturaleza jurídica del órgano**. La forma de que la dota la LCSP

La OIRESCON, conforme al art. 332, se constituye como órgano administrativo colegiado de los regulados en el art. 19 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública. Pese a adscribirse “*a efectos puramente organizativos y presupuestarios*” al Ministerio de Hacienda y Función Pública, el precepto le atribuye plena independencia orgánica y funcional para el cumplimiento de sus fines.

Qué duda cabe que la creación de la OIRESCON tiene su fundamento legitimador en lo establecido en el art. 83 (“Ejecución”) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre la contratación pública el cual establecía:

1. Con objeto de garantizar una aplicación correcta y eficaz, los Estados miembros velarán por que al menos las funciones establecidas en el presente artículo sean ejercidas por una o varias autoridades, organismos o estructuras. Comunicarán a la Comisión todas las autoridades, organismos o estructuras competentes para ejercer dichas funciones.

*2. Los Estados miembros velarán por que **la aplicación de las normas de contratación pública sea supervisada**. Cuando las autoridades o estructuras de supervisión detecten incumplimientos específicos o problemas sistémicos, por sus propios medios o por haber*



Juan Antonio de Vizarrón, s/n. Edificio Torretriana. Isla de la Cartuja.
s/n 41092 Sevilla

8

Firmado por: TORRES RIDRUEJO ALEJANDRO		30/05/2019 11:38	PÁGINA 8 / 14
VERIFICACIÓN	PzPpxDLokcTNGXgU9qLacRZDb0BgMm	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

recibido información al respecto, estarán facultadas para señalar estos problemas a las autoridades de auditoría, órganos jurisdiccionales u otras autoridades, organismos o estructuras nacionales adecuados, como el defensor del pueblo, los Parlamentos nacionales o las comisiones parlamentarias.

3. Los resultados de las actividades de supervisión con arreglo al apartado 2 se pondrán a disposición del público por los medios de información adecuados. Estos resultados se comunicarán también a la Comisión. Podrán incorporarse, por ejemplo, a los informes de supervisión a que se refiere el párrafo segundo del presente apartado. A más tardar el 18 de abril de 2017 y posteriormente cada tres años, los Estados miembros presentarán a la Comisión un informe de supervisión que comprenda, si procede, información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta o de inseguridad jurídica, por ejemplo los posibles problemas estructurales o recurrentes en la aplicación de las normas, sobre el nivel de participación de las PYME en la contratación pública y sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación. La Comisión podrá pedir a los Estados miembros, cada tres años como máximo, que le faciliten información sobre la aplicación práctica de las políticas estratégicas de contratación nacionales. A efectos del presente apartado y del apartado 4 del presente artículo, el concepto de «PYME» se entenderá en el sentido de la definición de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión (1). La Comisión publicará, sobre la base de los datos recibidos en virtud del presente apartado, un informe periódico sobre la aplicación de las políticas nacionales de contratación en el mercado interior y las prácticas más idóneas en ese contexto.

4. Los Estados miembros se asegurarán: a) de que se pueda acceder gratuitamente a información y orientaciones sobre la interpretación y aplicación de la legislación de la Unión en materia de contratación pública, con el fin de ayudar a los poderes adjudicadores y los operadores económicos, en especial las PYME, a aplicar correctamente las normas sobre contratación pública de la Unión, y b) de que se facilite apoyo a los poderes adjudicadores para ayudarles a planificar y llevar a cabo procedimientos de contratación. 5. Sin perjuicio de los procedimientos generales y los métodos de trabajo establecidos por la Comisión para sus comunicaciones y contactos con los Estados miembros, estos designarán un punto de referencia para la cooperación con la Comisión en lo que se refiere a la aplicación de la legislación relativa a la contratación pública. 6. Los poderes adjudicadores conservarán, como mínimo durante la vigencia de cada contrato, copias de todos los contratos celebrados que sean de un valor igual o superior a: L 94/140 Diario Oficial de la Unión Europea 28.3.2014 ES (1) Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (DO L 124 de 20.5.2003, p. 36). a) 1 000 000 EUR en el caso de los contratos públicos de suministro o de servicios; b) 10 000 000 EUR en el caso de los contratos públicos de obras. Los poderes adjudicadores garantizarán el acceso a dichos contratos; sin embargo, el acceso a determinados documentos o datos podrá ser denegado en la medida y en las condiciones establecidas en las normas nacionales o de la Unión aplicables sobre el acceso a los documentos y la protección de datos.



Firmado por: TORRES RIDRUEJO ALEJANDRO		30/05/2019 11:38	PÁGINA 9 / 14
VERIFICACIÓN	PzPpxDLokcTNGXgU9qLacRZDb0BgMm	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

Ciertamente, el incumplimiento de las normas sobre contratación pública y la falta de un sistema de análisis de errores, ha supuesto una fuente importante de desajustes que termina afectando a la transparencia, a la competencia y a la integridad, a la vez que propicia las prácticas de corrupción.

En este contexto, como recuerda SANTIAGO FERNÁNDEZ, María José¹, “la Decisión (UE) 2017/984 del Consejo, de 8 de agosto de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a una reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, señaló que «España debe establecer un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos de control a priori y a posteriori adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación”.

Y advertía de que: “La falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española”.

La OIRESCON es por tanto un órgano administrativo – integrado en la estructura del Ministerio de Hacienda- dotado especial cualificación e independencia y al cual se le atribuye **funciones de supervisión en la aplicación de la normativa de contratación.**

Llama la atención que **no se haya constituido como Autoridad Administrativa Independiente** de las reguladas en el art. 109 y 110 de la LRJSP, las cuales gozan de una autonomía reforzada², pudiendo ostentar competencias no solo de supervisión sino incluso regulatorias de determinado sector económico o de actividad.

Desde luego, no resulta sencillo definir el concepto “regulación” en el ámbito del derecho Público. En términos generales se entiende que la facultad de regulación legalmente atribuida es la que se orienta al mantenimiento de un determinado equilibrio entre los intereses protegidos por la ley y los manifestados por las fuerzas directamente involucradas en un ámbito determinado (en este caso el de la Contratación Pública). El poder investido de facultades regulatorias goza de medios preventivos pero también represivos para garantizar el cumplimiento de la normativa y directrices programáticas del sector de actividad regulado. Así, la función de regulación debe entenderse no tanto como el poder de dictar normas sino el de utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos precisos para orientar el funcionamiento del sector de actividad de que se trate (Contratación Pública) de tal manera que se

1 “La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación y la estrategia nacional de contratación”. Contratación Administrativa Práctica, N° 159, Sección Reflexiones, Enero-Febrero 2019, Editorial Wolters Kluwer

2 “Independencia funcional o **especial autonomía**” dice la LRJSP



Firmado por: TORRES RIDRUEJO ALEJANDRO		30/05/2019 11:38	PÁGINA 10 / 14
VERIFICACIÓN	PzPpxDLokcTNGXgU9qLacRZDb0BgMm	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

concilien las exigencias derivadas del interés general que dimana de la ley, con los intereses propios de órganos de contratación y los de los operadores económicos de tal manera que se garantice que éstos últimos se relacionan en este ámbito del giro o tráfico de la Administración en condiciones de igualdad, libre concurrencia, y en un contexto exento de prácticas irregulares.

Por tanto podemos concluir que **la OIRESCON, a pesar de su denominación, no goza de facultades regulatorias** “estricto sensu” sino más bien de supervisión. Así parece desprenderse – de entrada – de la lectura del art. 83 de la de la Directiva 2014/24, que le sirve de fundamento. A mayor abundamiento, no debe olvidarse que tales funciones regulatorias parecen reservarse a los Autoridades Administrativas Independientes, contempladas en el art. 109 de la LRJSP, siendo así que el legislador de contratos no ha querido atribuir tal naturaleza jurídica a la OIRESCON, que se constituye como un órgano administrativo; dotado de especial cualificación e independencia, pero integrado en la estructura del Ministerio de Hacienda.

Y de ello se sigue que las instrucciones que apruebe, fijando pautas interpretativas y de aplicación de la legislación de contratos, solo podrán ser de obligado cumplimiento (en los términos y con el fundamento normativo que a continuación se verá) en el ámbito del **“Sector Público Estatal, o del Estado”**, en que dicho órgano administrativo se integra.

Para cerrar esta consideración, nos parece también reseñable que la Directiva 2014/24, deja plena libertad organizativa a los Estados para que las funciones de supervisión sean ejercidas por una o varias autoridades, organismos o estructuras. Dicho en otros términos: no establece el principio de autoridad única centralizada, habilitando para que los Estados se organizaran en este aspecto, de acuerdo a su modelo territorial. Además, el análisis de la Directiva tampoco permite concluir que ésta exija que la autoridad de supervisión tenga este poder de dictar tales instrucciones.

CUARTA.- Por otro lado, la interpretación del precepto que postulamos, es la que más se ajusta, no solo a la letra de la norma, sino al juego de distribución de competencias diseñado en la Constitución.

El art. 149.1.18º de la Norma Suprema atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de **“Legislación básica sobre contratos”**.

Según la doctrina del TC, desde la perspectiva formal, las atribuciones estatales para establecer “legislación básica” se caracterizan por su “contenido esencialmente normativo”, que se materializa a través de normas con rango de Ley, quedando justificadas, con carácter excepcional, la utilización de normas procedentes de la potestad reglamentaria, siempre que resulten imprescindibles y se singularicen por su contenido técnico y por su carácter coyuntural o estacional (STC 102/1995, FJ 8).

Ciertamente, el TC también admite en este marco, el ejercicio de facultades estatales de gestión, pero lo hace con carácter excepcional, cuando no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas o cuando el carácter supraautonómico del fenómeno objeto de la competencia no permita el fraccionamiento de la actividad pública y cuando, aun en este



Firmado por: TORRES RIDRUEJO ALEJANDRO		30/05/2019 11:38	PÁGINA 11 / 14
VERIFICACIÓN	PzPpxDLokcTNGXgU9qLacRZDb0BgMm	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

caso, no pueda recurrirse a mecanismos de cooperación y coordinación y se requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar un solo titular. Sólo en estos casos se admiten las competencias estatales de gestión, mientras que en situación de normalidad estas competencias corresponden a las Comunidades Autónomas (STC 102/1995, FJ 8).

En el supuesto que analizamos, realizar una interpretación extensiva de la previsión del art. 332.7 d) de la LCSP que habilite a considerar que las instrucciones que puede dictar la OIRESCON (órgano del Ministerio) vinculan a todo el Sector Público supone atribuirle una intervención genérica u horizontal que se proyecta sobre toda la función gestora que en materia de contratación que se atribuyen a otros entes territoriales, con evidente merma a sus facultades de interpretar la legislación de contratos.

Por lo demás, tal interpretación entraría en colisión, vaciando de contenido, otros preceptos de la propia ley, incluidos en ese mismo Capítulo III (Órganos Consultivos) del Título Primero (Órganos competentes en materia de contratación), del Libro Cuarto (Organización Administrativa para la Gestión de la Contratación).

Así, qué sentido tendría atribuir (como hace el art. 329.1 a) al Comité de cooperación en materia de contratación: órgano colegiado integrado por representantes de la Administración Estatal, Autonómica y Local, competencia para “coordinar los criterios de interpretación seguidos por las distintas Administraciones Públicas en relación con las normas de contratación pública”, si tales criterios interpretativos pueden venir impuestos –para todo el sector público- por la OIRESCON.

Otro argumento que nos decanta a no considerar de aplicación lo dispuesto en el art. 332.7 d) en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, es que el apartado 12 de dicho artículo –con pleno respeto al principio de autoorganización y al reparto de competencias constitucionalmente establecido- habilita a las Comunidades Autónomas para crear sus propias Oficinas de Supervisión de la Contratación cuyas normas de creación bien pudieran atribuirles la facultad de dictar instrucciones de obligado cumplimiento en el sector público autonómico.

Hasta tanto esto ocurra, en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, y atendiendo a la ya citada cualificación e independencia de la OIRESCON, podrán tomarse sin duda sus instrucciones como criterios interpretativos singularmente cualificados, o incluso como instrucciones de aplicación del derecho. Pero para esto último, será necesario un acto expreso del órgano administrativo del que dependa jerárquicamente el de contratación, o una norma autonómica que, dotada de rango suficiente, realice la declaración genérica de obligatoriedad que, para el sector público del Estado, establece el art. 333.7 d) de la LCSP

QUINTA.- Dice el art. 332.7 d) de la LCSP que la OIRESCON podrá aprobar instrucciones fijando pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública.

Añade el último párrafo de apartado citado que *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, las instrucciones de la Oficina Independiente de*



Juan Antonio de Vizarrón, s/n. Edificio Torretriana. Isla de la Cartuja.
s/n 41092 Sevilla

12

Firmado por: TORRES RIDRUEJO ALEJANDRO		30/05/2019 11:38	PÁGINA 12 / 14
VERIFICACIÓN	PzPpxDLokcTNGXgU9qLacRZDb0BgMm	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

Regulación y Supervisión de la Contratación serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector público del Estado”.

La propia remisión que el precepto hace al art. 6 de la LRJSP, pone de relieve que el legislador de contratos del Sector Público reconoce implícitamente que no es su función crear categorías jurídicas propias de la Organización Administrativa, distintas a las ya reguladas en las leyes que regulan dicha Organización.

Y así, poco cabe insistir en que las Instrucciones (al igual que las circulares y las órdenes de Servicio) **no son una manifestación del ejercicio de la potestad reglamentaria sino de la jerarquía administrativa**, pues no innovan el ordenamiento jurídico sino que contienen órdenes generales impartidas por un órgano a los que de él dependen, señalándoles u orientándoles el sentido de su actuación o la interpretación que deben darse –a juicio del superior jerárquico- a las normas.

Así se desprende del contenido del artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; *“los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente subordinados mediante instrucciones y órdenes de servicio”*, añadiendo en el apartado segundo que *“su incumplimiento no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos (sus destinatarios), sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir”*.

Luego, el alcance de las instrucciones que, con amparo en el art. 332.7 d) dicte la OIRESCON no puede ser otro que el que establece el art. 6 de la ley 40/2015. Es decir: predeterminar con carácter obligatorio el modo de actuación de los órganos de contratación del sector público estatal o del Estado, sin que el apartamiento de las instrucciones determine la invalidez de la actuación de que se trate, pero pudiendo incurrir en responsabilidad disciplinaria el que las desobedezca.

La salvedad que el art. 332.7 d) último párrafo realiza, cuando utiliza la expresión *“sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 6 de la Ley 40/2015”*, a juicio de quien suscribe ha de interpretarse como una **excepción por disposición de rango legal, al principio de jerarquía** consustancial de la facultad de dictar instrucciones. Excepción que permite que las mismas sean de obligado cumplimiento para todo tipo de órganos de contratación del sector público estatal, aún no estando jerárquicamente subordinados a la OIRESCON. Todo ello atendiendo a la especial cualificación e independencia de este órgano de la Administración del Estado.

Ninguna otra interpretación cabe hacer de la expresión que analizamos *“sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 6 de la Ley 40/2015”* que desnaturalizara el alcance de las “instrucciones” de la OIRESCON, convirtiéndolas en una suerte de nueva fuente de derecho, cuyo apartamiento motivara la invalidez del acto en cuestión. Ello no solo porque supondría la creación de una nueva categoría jurídica no conocida



Juan Antonio de Vizarrón, s/n. Edificio Torretriana. Isla de la Cartuja.
s/n 41092 Sevilla

13

Firmado por: TORRES RIDRUEJO ALEJANDRO		30/05/2019 11:38	PÁGINA 13 / 14
VERIFICACIÓN	PzPpxDLokcTNGXgU9qLacRZDb0BgMm	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

en nuestro Ordenamiento, sino porque además, como bien apunta TERRÓN SANTOS, Daniel³, en el art. 332.1 d) ni se determina cuáles son las consecuencias ante el incumplimiento de sus instrucciones para aquellos órganos o responsables de éstos que no las acaten, ni se atribuyen a la OIRESCON concretas medidas de ejecución forzosa o potestad sancionadora⁴ con la que garantizar el cumplimiento de sus instrucciones.

EL LETRADO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA
JEFE DE LA ASESORÍA JURÍDICA

Fdo.: Alejandro Torres Ridruejo

³ La gestión de la contratación estatal a través de la nueva organización administrativa Contratación Administrativa Práctica, N° 158, Sección Reflexiones, Noviembre-Diciembre 2018, Editorial Wolters Kluwer

⁴ Y esto va en línea con la ya apuntada naturaleza supervisora y no regulatoria de la OIRESCON



Firmado por: TORRES RIDRUEJO ALEJANDRO		30/05/2019 11:38	PÁGINA 14 / 14
VERIFICACIÓN	PzPpxDLokcTNGXgU9qLacRZDb0BgMm	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	