

**INFORME FACULTATIVO ACERCA DEL CARÁCTER VINCULANTE PARA TODOS
LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DE LA COMUNIDAD
DE CASTILLA Y LEÓN DE LA INSTRUCCIÓN 1/2019, DE 28 DE FEBRERO, DE LA
OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA
CONTRATACIÓN, SOBRE CONTRATOS MENORES REGULADOS
EN LA LEY 9/2017 DE 8 DE NOVIEMBRE**

Se solicita informe facultativo de esta Dirección de los Servicios Jurídicos acerca del carácter vinculante para todos los órganos de contratación del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, sobre contratos menores regulados en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, en adelante LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 7 de marzo de 2019.

La oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 332 de la LCSP, configurándose como un órgano colegiado de los previstos en la Ley 40/2015 para velar por la correcta aplicación de la legislación y en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades en la contratación pública, actuando para todo ello con plena independencia orgánica y funcional. La citada disposición, como veremos más tarde, se introdujo en el texto normativo en sede parlamentaria, dentro del procedimiento legislativo de aprobación de la LCSP.

Conforme a lo establecido el apartado 6 del precepto, corresponden a esta oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación las siguientes funciones:

- Coordinar la supervisión en materia de contratación de poderes adjudicadores
- Velar por la correcta aplicación de la legislación de contratación pública para detectar incumplimientos específicos o problemas sistémicos.
- Velar por el estricto cumplimiento de la legislación de contratos y especialmente en relación a los principios de publicidad y concurrencia y las prerrogativas de la administración en la contratación.
- Promover la concurrencia en la contratación pública y el seguimiento de las buenas prácticas.
- Verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia en particular las relativas a conflictos de interés y detectar irregularidades en materia de contratación.

Por su parte, el apartado 7 dispone que en ejercicio de tales funciones, la oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación:

- Aprobará a propuesta del Comité de Cooperación, la Estrategia Nacional de contratación pública, vinculante para el sector público que se diseñará y ejecutará en coordinación con las Comunidades Autónomas
- Podrá realizar encuestas e investigaciones
- Podrá emitir informes
- Podrá aprobar instrucciones fijando pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, así como elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación. Estas instrucciones y recomendaciones serán objeto de publicación y las primeras, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 40/2015, serán obligatorias para todos los órganos de contratación del sector público.
- Además podrá elaborar estudios relativos a las funciones atribuidas

Por último, y por lo que aquí importa, el mismo precepto se ocupa de puntualizar que:

- Esta función de supervisión se realizará sin perjuicio de las competencias que correspondan a la Intervención General de la Administración del Estado como órgano de control de la gestión económico financiera del sector público estatal y a los órganos equivalentes a nivel autonómico y local
- Asimismo las Comunidades Autónomas podrán crear sus propias oficinas de Supervisión de la contratación.

Sobre la base de lo anterior una parte de la doctrina viene entendiendo que la doble función de la Oficina Independiente, de regulación y supervisión, se desenvuelve, para la primera en el dictado de recomendaciones e instrucciones, considerando que limitar su ámbito de aplicación al sector público estatal supone un vaciamiento del propio contenido de la función atribuida al órgano. Entienden, por otro lado, que la posibilidad autonómica de crear órganos similares debe ser entendida desde el punto de vista de la supervisión y no de la regulación

No obstante, en nuestra opinión, es necesario recordar cómo se creó este organismo y donde se enmarca.

Tal y como ya se ha dicho, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión fue incorporada al texto de la LCSP durante la tramitación parlamentaria. Se incluye en un nuevo artículo 332, el cual, según la disposición final primera, constituye legislación básica. Pues bien, analizando la tramitación parlamentaria de la norma es posible observar que la incorporación de este y de otros preceptos en sede legislativa no vino acompañada de ningún tipo de ajuste en la citada disposición final primera de la LCSP (Títulos competenciales). Esto ha provocado un desfase donde disposiciones exclusivamente dirigidas a la propia Administración del Estado (y no a otros entes territoriales), tienen la consideración de norma básica al no incorporarse a los supuestos de excepción al régimen de legislación básica previstos en la indicada disposición final

Por otro lado, resulta indudable que la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión es un órgano colegiado de la Administración General del Estado, de los previstos en el artículo 19 de la Ley 40/2015. No debe olvidarse que este precepto, el artículo 19, formando parte de la subsección segunda de la sección tercera del Capítulo II del Título Preliminar y denominándose “de los órganos colegiados en la Administración General del Estado, es un precepto “no básico” de esta Ley lo que viene a condicionar asimismo la auténtica naturaleza competencial de la disposición de la Ley de Contratos para, pese a cuanto se dice en la disposición final primera, entender que su auténtica naturaleza es la de ser una norma exclusivamente dirigida al Estado.

Simplemente con ver cuál es la estructura y régimen jurídico que la norma ha previsto para éste órgano es posible concluir que, si se hubiera conformado la citada oficina como un órgano no exclusivamente vinculado a la Administración General del Estado, se habría conformado de un modo totalmente distinto. Este órgano se inserta en una estructura administrativa, la del Estado. Así lo entiende el Real Decreto 256/2018 de modificación del Real Decreto 424/2016 de 11 de noviembre que establece la estructura orgánica del

Ministerio de Hacienda y Función Pública, al considerarlo órgano colegiado en la estructura administrativa ministerial. Lo que parece evidente, pues, es que se configura como órgano administrativo independiente pero no como “autoridad independiente”.

De este modo, los actos que resultan del ejercicio de sus funciones, no pueden resultar preceptivos sobre otras administraciones y gobiernos

Por otra parte hay que tener en cuenta que precisamente es el propio legislador de contratos quien, en la disposición final cuarta de la LCSP salvaguarda el principio autoorganizativo de las Comunidades autónomas en cuanto a la extensión de lo básico de la norma así como en el hecho de que las propias Comunidades Autónomas puedan crear sus propias oficinas de supervisión de la contratación, las cuales, en modo alguno podrían tener una relación jerárquica con la Estatal. En el caso de Castilla y León la competencia corresponde a la Comunidad autónoma según lo dispuesto en el artículo 70.1.1º en relación con el artículo 32.3 del Estatuto de autonomía de Castilla y León, de modo que en otro caso se estaría vulnerando el principio de autonomía en la dimensión del principio de organización institucional.

Por otro lado, tampoco parece que un principio de supletoriedad pueda ser suficiente para invocar la aplicación de la Instrucción del órgano estatal en ausencia de esta regulación autonómica, toda vez que este principio de supletoriedad no puede jugar por definición en el campo organizativo – institucional

Por último, resulta muy relevante a estos efectos, que el apartado 12 del artículo 332 determine que las Comunidades Autónomas podrán crear sus propias Oficinas de Supervisión de la Contratación. En este caso, resulta significativo que no se admite la posibilidad que se establece en la Ley respecto a la Oficina Nacional de Evaluación respecto de la cual las CCAA podrán adherirse a la misma para que realice los informes preceptivos previstos en el apartado 3 del artículo 333 sin perjuicio de que las mismas puedan optar por crear un órgano u organismo equivalente

Sentado lo anterior, el grado de vinculación de las Instrucciones de este órgano, y en este caso, la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de la oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación, “para todos los órganos de contratación del sector público”, debe ser tomado con restricciones.

A este respecto se ha considerado también el hecho de que dos días después de la primera versión de la instrucción, se ha publicado una nueva, en la que se observa un cambio. Mientras en la original se decía que “la presente instrucción será obligatoria para todos los órganos de contratación del Sector Público Estatal”, en la segunda dispone que “la presente instrucción será obligatorio para todos los órganos de contratación del sector público del Estado”.

No falta quien opina que la corrección del tenor literal de la instrucción (para aludir ahora al Sector Público del Estado y abandonar el término sector público estatal), permite deducir, sensu contrario, que la obligatoriedad del precepto deja de afectar solamente al sector público previsto en el Título II de la Ley 40/2015 para aludir también al sector público autonómico y al sector público local. Sin embargo, lo que parece hacer la corrección –bien al contrario- es cumplimentar los adecuados términos del precepto 332 de la LCSP puesto que si la aclaración hubiese resultado necesaria para cambiar el sentido de la instrucción lo hubiera hecho con mayor fundamentación al respecto no dejándolo al albur de la puntual interpretación del término.

Por tanto puede concluirse que, en nuestra opinión, el contenido de las instrucciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión no vinculan a los órganos de contratación del sector público autonómico. Todo ello sin perjuicio, como es lógico, de que éstos puedan hacer uso de los criterios que resultan de sus pareceres en tanto en cuanto no resulten contrarios a otras normas o criterios que sí puedan resultar vinculantes en la Administración autonómica. En este sentido, en esta materia resultan a esta fecha de plena aplicación las directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León en materia de contratación administrativa aprobadas por Acuerdo 147/2015 de la Junta de Castilla y León

En todo caso no puede olvidarse que en estos momentos se encuentra ante el Tribunal Constitucional el recurso interpuesto por el Gobierno de Aragón frente a la LCSP, entre otras razones, por entender que el Estado no puede considerar básicas las cuestiones de gobernanza de la actividad contractual o de organización, ya que en nada afectan a los principios generales aplicables a la relaciones con los licitadores y contratistas y particularmente ha considerado el recurrente, inconstitucional en su recurso, el precepto del artículo 332 de la LCSP.

Por último, tampoco puede desconocerse el criterio que puedan sostener los órganos de control interno toda vez que, a tenor de cuanto dispone el artículo 9 de la Ley de la Hacienda y del Sector Público de la Comunidad “la gestión económico financiera del sector público autonómico está sometida al control interno ejercido por la Intervención General de la Administración de la Comunidad, con plena autonomía respecto de las autoridades, órganos y entidades cuya gestión controle, con la finalidad de procurar el mejor cumplimiento de los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia, en los términos previstos en esta Ley, para asegurar que su gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso”. Asimismo el artículo 254 del mismo texto legal determina que “la función interventora tiene por objeto controlar, antes de que sean dictados, los actos a que se refiere el artículo siguiente que puedan dar lugar a la realización de gastos, así como los pagos que de ellos se deriven, y la inversión o aplicación en general de los fondos públicos, con el fin de asegurar que su gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso”.

Es cuanto se informa en Derecho a los efectos oportunos.

EL LETRADO



Fdo.: Alejandro Herrero Prieto

