

Oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación: eficacia de sus instrucciones

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

Muy recientemente, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación dictó una instrucción relativa a los contratos menores, cuya eficacia subjetiva y ámbito de aplicación han sido controvertidos y ampliamente cuestionados por los mejores especialistas en el sector, manifestándose posiciones contrapuestas en lo concerniente al alcance que deba reconocerse a la potestad normativa de este organismo de nuevo cuño. En este artículo del Grupo de Contratos del Sector Público tratará de darse respuesta a algunos de los muchos interrogantes que plantea la regulación de esta nueva figura y de las instrucciones que emana.

El Libro IV de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), relativo a la **organización administrativa para la gestión de la contratación**, dedica su título I a la regulación de los órganos competentes en materia de contratación, diferenciando entre órganos de contratación (capítulo I), órganos de asistencia (capítulo II) y órganos consultivos (capítulo III), dedicando el último capítulo a la elaboración y remisión de la información.

Entre los órganos consultivos contempla, junto con la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y el Comité de cooperación en materia de contratación pública, los órganos consultivos de las Comunidades y las Entidades Locales, la **Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación** en el artículo 331.

La Oficina, que se configura como un órgano colegiado de los previstos en el artículo 19 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)¹, 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. La Oficina actuará en el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus fines con plena independencia orgánica y funcional y está

¹ Un órgano colegiado de carácter ordinario que se rige por las reglas que con carácter general se establecen en la Ley 40/2015 en lo concerniente al funcionamiento de los órganos colegiados.

integrada por un presidente² y cuatro vocales, todos ellos funcionarios de carrera³, designados por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda y Función Pública, por un periodo improrrogable de seis años.

De conformidad con el apartado 6 del artículo 332 LCSP, corresponde a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, la **coordinación de la supervisión en materia de contratación**, así como la función de **velar por la correcta aplicación y por el estricto cumplimiento de la legislación de la contratación pública**⁴ y el **respeto a los principios de publicidad y concurrencia** y de las prerrogativas de la Administración en la contratación. También le corresponde **promover la concurrencia y verificar la aplicación**, con la máxima amplitud posible, de las **obligaciones y buenas prácticas de transparencia**⁵, así como **detectar irregularidades** que se produzcan en materia de contratación⁶.

Para el ejercicio de estas funciones, el legislador le faculta – artículo 332.7 LCSP- para:

Aprobar la Estrategia Nacional de Contratación Pública vinculante para el sector público⁷.

Realizar encuestas e investigaciones⁸ y remitir informes, a la vista del resultado de aquéllas, y a través del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a las Cortes Generales o, en su caso, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

² El presidente de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación forma parte de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, junto con un representante de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, como vocal nato, con voz, pero sin voto; así como también se integra en el Comité de Cooperación en materia de contratación pública, como vocal nato.

³ Funcionarios incluidos en el ámbito de la aplicación del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, pertenecientes al Subgrupo A1 del artículo 76 de dicho texto refundido, que cuenten, al menos, con 10 años de experiencia profesional en materias relacionadas con la contratación pública.

⁴ La función de velar por la correcta aplicación de la legislación en materia de contratación pública lo es a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistémicos.

⁵ El legislador encarece la observancia de las reglas previstas en materia de transparencia cuando se trate de las relativas a los conflictos de interés.

⁶ En el caso de que la Oficina tenga conocimiento de hechos constitutivos de delito o infracción a nivel estatal, autonómico o local, dará traslado inmediato, en función de su naturaleza, a la fiscalía u órganos judiciales competentes, o a las entidades u órganos administrativos competentes, incluidos el Tribunal de Cuentas y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

⁷ La Estrategia Nacional de Contratación Pública prevista en el artículo 334, se diseñará y ejecutará en coordinación con las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

⁸ Para lo que tendrá acceso a los órganos y servicios de contratación, que deberán facilitar los datos, documentos o antecedentes o cualquier información que aquella les reclame, salvo que tengan carácter secreto o reservado.

Aprobar instrucciones fijando las 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**, si de la supervisión desplegada se dedujese la conveniencia de solventar algún problema, obstáculo o circunstancia relevante a los efectos de dar satisfacción a los fines justificadores de la creación de la Oficina. Las instrucciones y las recomendaciones serán objeto de publicación.

El artículo 332.7 apartado d) *in fine* añade 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 Regulación y Supervisión de la Contratación serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector público del Estado*”.

Pues bien, como se expuso al principio, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación ha dictado la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación⁹, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Además del **contenido de la Instrucción (A)**, de gran trascendencia en tanto que resuelve algunas de las previsiones normativas más controvertidas de la nueva ley, como es la relativa a la interpretación de algunos extremos previstos en el artículo 118 LCSP en cuanto a la celebración de los contratos menores, también es relevante su dictado porque ha generado un debate doctrinal en lo tocante a dos extremos: **¿son vinculantes las instrucciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación?** (B) Y si lo son, **¿para quién?**, es decir, **¿vincula tan sólo a los órganos y entidades integrantes del sector público estatal, o su eficacia se extiende a todos los órganos y entidades de los distintos niveles territoriales?** (C)

La propia Instrucción, en su apartado VII, bajo la rúbrica “obligatoriedad”, dispone que su contenido será obligatorio “**para todos los órganos de contratación del sector público del Estado**” y deberá ser tenida en cuenta para la tramitación del expediente.

- A. La instrucción **identifica tres problemas concretos** en la aplicación del apartado tercero del artículo 118 LCSP¹⁰, cuyo tenor es: “3. *En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2*”.

⁹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-3281

¹⁰ Y da respuesta y solución a todas ellas en los términos que se expondrán en el próximo número del GCSP.

La interpretación y aplicación del 118.3 LCSP enfrenta, como la propia Instrucción reconoce de manera expresa, tres problemas:

1. Si la limitación de adjudicaciones a un mismo empresario lo es por tipo de contrato o por objeto contractual.
 2. Si esa limitación lo es por tiempo indefinido o temporalmente.
 3. El ámbito subjetivo de aplicación.
- B. En lo concerniente al **carácter vinculante de la Instrucción** y empero las discrepancias planteadas al respecto por diversos autores, parece evidente que la interpretación conjunta del artículo 332.7.d) in fine, que tras atribuir a la Oficina la facultad de **aprobar instrucciones** fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, establece que *las instrucciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación serán obligatorias para todos los órganos de contratación*; y el contenido de la propia Instrucción, que dispone en su apartado VII, su carácter obligatorio, la naturaleza vinculante de estos instrumentos normativos resulta indiscutible.
- C. Por último y en lo que hace a los **destinatarios de estas instrucciones** de carácter vinculante, lo cierto es que, sin perjuicio de las dudas justificadas que pudieran oponerse al respecto¹¹, parece que de la propia LCSP se infiere que su **vocación es universal**.

Así se infiere de las siguientes previsiones:

- El apartado 1 del artículo 332 le atribuye las funciones de velar por la aplicación correcta de la legislación y promover la concurrencia con carácter general;
- El apartado 6 del artículo 332 LCSP, atribuye a la corresponde a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, la coordinación de la supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público, cuando el artículo 3 de la misma norma, al delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de la misma, dispone que “a los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades: *a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local*”.

¹¹ Muchos autores consideran que la eficacia de las instrucciones se limita al ámbito de la Administración General del Estado de conformidad con la competencia que al Estado corresponde ex artículo 149.1.18ª de la Constitución en materia de contratación pública y a la vista de determinadas previsiones, tales como la ubicación de la regulación de la Oficina en el marco de la regulación relativa a los órganos consultivos o, en especial, la referencia expresa a la posibilidad de creación de Oficinas de Supervisión de la Contratación por parte de las Comunidades Autónomas en el apartado 12 del artículo 332 de la LCSP.

- El artículo 332.6 in fine establece que, si la Oficina tiene conocimiento de hechos constitutivos de delito o infracción **a nivel estatal, autonómico o local**, dará traslado inmediato, en función de su naturaleza, a la fiscalía u órganos judiciales competentes, o a las entidades u órganos administrativos competentes, incluidos el Tribunal de Cuentas y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- En el ejercicio de sus funciones, el legislador faculta a la Oficina – artículo 332.7 LCSP- para la a) **Aprobar la Estrategia Nacional de Contratación Pública vinculante para el sector público¹².**
- El artículo 332.7 apartado d) in fine añade que “(...) *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 referencia al sector público del Estado en lugar del sector público estatal, permite también entender que lo es al Estado como ente territorialmente complejo y por tanto como realidad integrada por diversos niveles territoriales (Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local) en los términos previstos en el artículo 3.1 de la propia LCSP.

Por todo lo anterior debe concluirse que las instrucciones de la **Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación** tienen **carácter vinculante** y se aplican a **todas las administraciones públicas** y no sólo a la Administración General del Estado.

¹² La Estrategia Nacional de Contratación Pública prevista en el artículo 334, se diseñará y ejecutará en coordinación con las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P.