



## OPINIÓN LEGAL SOBRE EL ALCANCE OBLIGATORIO EN LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN DEL PAÍS VASCO DE LA INSTRUCCIÓN 1/2019, DE 28 DE FEBRERO, SOBRE CONTRATOS MENORES, REGULADOS EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE DICTADA POR LA OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN

---

Ref tramitagune: CCSS\_SOI\_1376/19\_02

N/ref: DDE-14-2019

39/2019 DDLCN-OL

### ANTECEDENTES

En el BOE nº 57 del 7 de marzo de 2019 se publica la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre dictada por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (en adelante OIRESCON), órgano regulado en los artículos 332 y 333 LCSP.

En ella, y conforme a la previsión del art 332.7.d LCSP, esta Oficina aprueba unas instrucciones, sobre aspectos relativos al contrato menor, para lo que se ampara en los siguientes motivos contenidos en su parte expositiva (el destacado es nuestro):

A la vista de los nuevos requisitos establecidos en la LCSP para la contratación menor, teniendo en cuenta las limitaciones que se imponen a los órganos de contratación en el apartado 3 del artículo 118 de la citada Ley en algunos aspectos sustanciales y, dada la dispersión interpretativa que se ha producido, es lógico que esta situación esté provocando una gran inseguridad jurídica a los gestores públicos y a los licitadores.

En este sentido, el artículo 332.7 de la LCSP, establece que la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon) podrá, como órgano regulador del mercado de la contratación, aprobar instrucciones, fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública que serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector Público del Estado.

Por todo lo anterior, la OIReScon, considerando los posibles riesgos que, para la seguridad jurídica, puede suponer la confusión de la aplicación de la regulación del contrato menor y, como garante del funcionamiento del mercado de la contratación pública para que no se produzcan restricciones injustificadas al acceso a la misma por parte de las empresas, y velando, especialmente, por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia, considera necesario fijar unos criterios que den certidumbre a las actuaciones de los órganos de contratación y, por lo tanto, agilicen el mercado de la contratación pública.

Al respecto, se ha recibido una consulta para recabar nuestra opinión sobre si el contenido de la instrucción vincula a los poderes adjudicadores vascos, dado que el apartado VII de la parte dispositiva de la meritada instrucción afirma que “será *obligatoria para todos los órganos de contratación del sector público del Estado* y deberá ser tenida en cuenta para la tramitación del expediente”.

La presente opinión legal se emite conjuntamente por la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo y por la Dirección de Desarrollo Estatutario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, y en el artículo 8 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco; en relación, ambos, con el artículo 6.1 h) del Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, y con los artículos 13 y 14 del Decreto 71/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno.

## ESTADO DE LA CUESTIÓN

Esta Instrucción, con gran incidencia práctica en los contratos menores, ha generado entre la doctrina más cualificada dudas sobre su alcance vinculatorio. Unos autores que se posicionan a favor de su aplicación obligatoria a todos los poderes públicos, mientras que otros defienden que únicamente debe ser observada por el sector público institucional estatal.

Entre los primeros, GIMENO FELIU y MORENO MOLINA<sup>1</sup> defienden que estas instrucciones de la OIRESCON “*tienen carácter vinculante y alcance general a todo poder adjudicador del sector público (estatal, autonómico y local). Instrucciones que, en tanto no fueran impugnadas y anuladas, despliegan plenos efectos jurídicos, que no pueden ser desconocidos ni inaplicados por los distintos operadores jurídicos*”. Según estos autores, la OIRESCON desempeña “*un importante rol regulador, más que de supervisión, y debe servir para dotar de seguridad jurídica en la aplicación de la norma en unos momentos de inseguridad jurídica por la existencia de disparidad de criterios*”, y “*puede, por tanto, ordenar el sector de la contratación pública, ya sea mediante Recomendaciones o ya sea mediante Instrucciones, que tienen como destinatarios todo el sector público*”.

A las misma conclusión llega VÁZQUEZ MATILLA<sup>2</sup> apoyado en dos cuestiones: “*1º No es lo mismo órgano de contratación del sector público del Estado. Es decir, cualquier órgano del Estado. No de la Administración General del Estado; 2º la Oficina tiene un alcance global y no solo de la AGE. Esto también parece obvio de la lectura del precepto.*”

<sup>1</sup> GIMENO FELIU, José María y MORENO MOLINA, José Andrés, “La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública”, en el Observatorio de Contratación Pública. 6-03-2019. Disponible en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.489/reلمenu.3/chk.30423427abebc45eef47273de6f257de>

<sup>2</sup> VÁZQUEZ MATILLA, Javier, en “La OIRESCON pone fin de la inseguridad en la aplicación del artículo 118.3 LCSP”, en su blog. Disponible: <https://www.javiervazquezmatilla.com/instruccion-contratos-menores-oirescon-oficina/>

Los segundos, al frente DÍEZ SASTRE<sup>3</sup>, se posicionan en contra de esta interpretación y entienden que la OIRESCON únicamente puede vincular al sector público de la Administración del Estado. Esta autora considera que la expresión “*sector público del Estado*” del art. 332 LCSP no significa necesariamente que el legislador se refiriera a la obligatoriedad para todo el sector público. Además, defiende que el sistema constitucional de distribución de competencias impide que las instrucciones de un órgano del Estado vinculen a las Administraciones autonómicas y locales: admitir que las instrucciones son obligatorias más allá del sector público institucional estatal supone “*excede(r) los límites de la competencia del Estado para dictar la legislación básica en materia de contratos y concesiones públicas y vulnera 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*”. Cuatro son los motivos en los que se apoya:

- 1º Estas instrucciones del OIRESCON, en virtud del art. 332.7 d) LCSP y con remisión artículo 6 LRJSP, en ningún caso tienen carácter normativo.
- 2º El OIRESCON, según el RD 1113/2018, es un órgano colegiado integrado en la estructura del Estado.
- 3º La LCSP prevé que las CCAA puedan crear sus propios órganos de supervisión, por lo que no es posible que las instrucciones de la OIRESCON sean vinculantes en aquellas Comunidades Autónomas que hayan constituido el suyo propio.
- 4º Recuerda la doctrina del TC que declara la inconstitucionalidad de órganos estatales que adoptara decisiones vinculantes sobre las CCAA: STC 194/2004 en relación a los parques nacionales. Según 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 sucedería si se dictaran instrucciones obligatorias por un órgano del Estado.

También JIMENEZ ASENSIO<sup>4</sup> niega el carácter vinculante de esta Instrucción sobre los órganos de contratación de las CCAA y EELL, para lo que invoca lo siguiente:

- El OIRESCON es un órgano colegiado de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y por lo tanto de naturaleza muy diferente a la de otros organismos que emiten circulares vinculantes, como son la AEPD o la AIREF.
- La OIRESCON está integrada orgánico-jerárquica y funcionalmente en la AGE (así se confirma en el Real Decreto 256/2018), y sus miembros son designados *discrecionalmente* por el Consejo de Ministros, sin ningún aval parlamentario ni participación de otras Administraciones Públicas.
- Sus funciones no pueden proyectarse con carácter preceptivo sobre otros niveles de gobierno que tienen reconocido constitucionalmente (como es el caso de las CCAA) competencias

---

<sup>3</sup> DÍEZ SASTRE, Silvia, “La obligatoriedad de las instrucciones de la OIRESCON”, en el blog del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid, 6-03-2019. Disponible en: <http://www.idluam.org/blog/la-obligatoriedad-de-las-instrucciones-de-la-oirescon/>

<sup>4</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, Las instrucciones de la oficina “independiente” de regulación y supervisión de la contratación, en el blog Hay Derecho, 7-03-2019. Disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2019/03/07/las-instrucciones-de-la-oficina-independiente-de-regulacion-y-supervision-de-la-contratacion/>

- de desarrollo legislativo y ejecución, pues ello violentaría el principio de autonomía en una dimensión tan propia como es el de la organización institucional.
- Las CCAA pueden crear sus propias oficinas de supervisión (art. 332.12 y DF 1ª.4 LCSP), sin que exista relación jerárquica entre ellas, y ambas son manifestaciones de la potestad de auto organización de cada nivel de gobierno.
  - La obligatoriedad de la instrucción de la OIRESCON se refiere únicamente al sector público estatal. Lo contrario supondría una vulneración flagrante del principio de autonomía en su dimensión competencial y organizativa. Además, el principio de supletoriedad del Derecho estatal sobre el Derecho de las CCAA no puede jugar por definición en un campo como es el organizativo-institucional.
  - Estas instrucciones, aunque se les pretenda dotar de una dimensión reguladora, por definición solo pueden operar en el ámbito propio de una Administración Pública y en el sector público institucional vinculado o dependiente de aquella. Todo lo más serán directivas o recomendaciones, que podrán ser utilizadas, en su caso, como criterio interpretativo por otras Administraciones Públicas. La categoría conceptual de la instrucción tiene su propia naturaleza, aunque esta sea impropia.

En estos términos se ha planteado el debate, y para despejar la atribución competencial consideramos necesario, con carácter previo, identificar los siguientes aspectos:

- Implicaciones jurídicas del término de “sector público del Estado”
- Naturaleza de la OIRESCON: ¿es un órgano regulador?
- Naturaleza vinculante de las instrucciones en general y de las instrucciones de la OIRESCON en particular

## ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “DEL ESTADO”

Consideramos que se ha de renunciar a pretender solucionar esta cuestión basándose en el alcance de la expresión que emplea el art. 332.7.d LCSP de 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*”.

No obstante, sí es preciso incidir en ello, aunque sea brevemente, ya que parece querer dársele un significado especial a la vista de que, como refiere la doctrina antes señalada, la primera versión publicada de la instrucción quería vincular a “los órganos de contratación del *sector público estatal*”, y dos días después se corrigió el texto para sustituir esa expresión por la de “los órganos de contratación del *sector público del Estado*”.

Esta cuestión nos lleva a una discusión semántica que no tiene respuesta en la LCSP. Es cierto que cuando esta norma básica estatal quiere referirse exclusivamente a los órganos de contratación del sector público institucional estatal, con el sentido y alcance del art. 84 LRJSP, los ha mencionado como órganos de contratación “*del Sector público estatal*” (arts. 45, 73.1, 122.7, 323.2, 332.7.d o DA 4ª, por traer algunos). Pero también es cierto que cuando esta norma se refiere a los órganos de

contratación de todos los niveles institucionales, emplea particularmente la expresión “*órganos de contratación*” y en menor medida otras como “*todos los órganos de contratación del sector público*” (art., 96, 340 o 347 LCSP); incluso se localizan expresiones como “*órganos de contratación del correspondiente sector público*” (art. 73 LCSP).

De hecho, la expresión “los órganos de contratación del *sector público del Estado*” que utiliza el art. 332.7.d LCSP exclusivamente se emplea aquí y en ningún otro lugar del texto normativo. Entendemos así que no puede concluirse de su uso una inequívoca voluntad del legislador sobre el alcance de la obligatoriedad a todo el sector público o solo al estatal.

Somos conscientes, pese a ello, que el empleo del vocablo “del Estado” se emplea en la LCSP exclusivamente para identificar la administración estatal. Efectivamente, si nos centramos en el Libro IV de la LCSP, donde se inserta este precepto, “del Estado” se emplea unas cincuenta veces para referirse siempre al nivel estatal: la Administración General del Estado, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, el Director General del Patrimonio del Estado, la Intervención General de la Administración del Estado, la Abogacía General del Estado o el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado. Cuando quiere matizarse el alcance subjetivo, se emplean otros términos: para todos, “sector público” o “los poderes adjudicadores del conjunto del sector público” o “en todo el sector público”; para el Estado; “sector público estatal”; o “sector público autonómico”. Pese a ello, en nuestra opinión, no es posible dar una respuesta a esta cuestión valiéndose únicamente del enunciado “*órganos de contratación del sector público del Estado*”.

Nos limitamos a recordar aquí, como viene diciendo el Tribunal Constitucional desde su STC 32/1981, que el término “Estado” es complejo en un sistema descentralizado como el diseñado por el art. 137 CE, y la STC 119/1992, de 18 de septiembre, lo considera anfibológico en cuanto que caben las dos interpretaciones que aquí se manejan:

“En el aspecto de la distribución territorial del poder, la Constitución ha huido de toda concepción unitaria y centralista del Estado, optando por el contrario por una forma compleja de Estado compuesto, con la consagración de las Comunidades Autónomas y la correlativa distribución de competencias, que se realiza en el propio bloque de la constitucionalidad. Ello produce que **el término Estado se utiliza de forma anfibológica por la Constitución, tanto como conjunto de instituciones centrales, como compuesto en el que se incluyen las Comunidades Autónomas.** Así lo ha reconocido la propia doctrina del Tribunal en las SSTC 32/81 (F.J. 5) y 38/82 (F.J. 2), entre otras.”

Incluso yendo más allá, la célebre STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía catalán realiza una sugerencia para diferenciar ambos conceptos en su FJ 13: al Estado en sentido amplio propone denominarlo como “estado español”, y al Estado como sector público institucional estatal como “estado central”.

En suma, no consideramos adecuado sacar consecuencias jurídicas exclusivamente del término “del Estado” empleado por la LCSP, y es preciso realizar un análisis hermenéutico más amplio, para lo que vemos útil, antes de valorar esta instrucción concreta, comprobar la naturaleza y atribuciones del OIRESCON.

## NATURALEZA JURÍDICA Y MISIÓN DE OIRESCON: NO ES UN ÓRGANO REGULADOR, SINO DE CONTROL EXTERNO.

Según el art. 332.1 LCSP, “se crea la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación como órgano colegiado de los previstos en el artículo 19 de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”. De ahí, la OIRESCON se configura como un órgano colegiado, que, por tanto, se somete a lo previsto en la subsección 2.<sup>a</sup> referida a los órganos colegiados de la Administración General del Estado de la sección 3.<sup>a</sup> del capítulo II del Título preliminar, que la DF 4.<sup>a</sup>.2 afirma no tener carácter básico y aplicarse exclusivamente a la Administración General del Estado y al sector público estatal —otra pista, no decisiva tampoco—.

Sin embargo, aunque efectivamente se trata de un órgano colegiado y su funcionamiento debe regirse por esas normas no básicas, para su engarce a nuestros efectos aquí, consideramos más preciso identificarlo como un órgano independiente de control externo.

Recordemos brevemente que los órganos colegiados, como recuerda el art. 20.1 LRSJP y con más precisión el 22.1 LRSJP, pueden tener encomendadas funciones de decisión, propuesta, emisión de informes preceptivos que deban servir de base a decisiones de otros órganos administrativos, asesoramiento, seguimiento o control. La doctrina más tradicional en nuestro Derecho<sup>5</sup>, a efectos académicos, divide los órganos administrativos en tres categorías según su actividad: órganos activos, consultivos y de control. De hecho, es interesante recordar que el art. 7 LRJSP repara especialmente en los consultivos y que la práctica legislativa nos demuestra que se crean órganos que aglutinan distintas finalidades.

No obstante, en el tema que nos ocupa, debe repararse en que la OIRESCON se localiza sistemática en el Libro Cuarto, sobre Organización administrativa para la gestión de la contratación, en el Capítulo III sobre *órganos consultivos*. Este Capítulo (arts. 328 a 334 LCSP) prevé dos órganos, con sendos órganos integrados en su organización respectiva, y de naturaleza independiente y externa a la Administración en lo que se conoce como órganos staff.

Por un lado, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, a la que el art. 328 LCSP define como el “órgano específico *de regulación y consulta*”. Es el *órgano consultivo* a nivel estatal experto de la normativa contractual. En su seno alberga el Comité de cooperación en materia de contratación pública (art. 329 LCSP), con la finalidad, que ahora interesa destacar, de coordinar los criterios de interpretación seguidos por las Administraciones Públicas en relación con las normas de la contratación pública (art. 329.1.a LCSP).

Por el otro, la Oficina que nos ocupa ahora, la OIRESCON (art. 332 LCSP), creada con unas misiones definidas en el art. 332.6 LCSP: coordinar la supervisión, velar por la correcta aplicación y

---

<sup>5</sup> Otros, desde luego, hacen otras, la que efectúa la doctrina de identificar cuatro categorías distintas de actividades de la Administración Pública: la activa propiamente dicha, la deliberante, la consultiva y la de vigilancia.

cumplimiento del derecho, promover y verificar el seguimiento y aplicación de buenas prácticas. En su seno está la Oficina Nacional de Evaluación (Art. 333), dirigida a analizar aspectos concretos de la sostenibilidad financiera.

Observamos que, para la ley básica de contratos, si la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado es el órgano consultivo experto, la OIRESCON es el órgano externo de control. Y en ambos casos, la LCSP prevé expresamente la creación de estos mismos órganos a nivel autonómico en los art. 330 y 332.12 LCSP respectivamente, lo que, por cierto, es habitual en este tipo de órganos.

Ya en cuanto a su arraigo en nuestro sistema, es más destacada la existencia de órganos externos consultivos, destacando el Consejo de Estado y el Consejo Económico y Social, ambos de rango constitucional, y con sus correspondientes equivalentes en el ámbito autonómico, validados por una jurisprudencia constitucional (SSTC 56/90 o 204/92). Pero son muchas las normas sectoriales que se han hecho eco de este sistema y han constituido órganos similares, en muchos casos realizando también funciones mixtas de participación.

Por su parte, los órganos de control de la actividad administrativa también están muy presentes. Los internos, desde luego, ya existen y son confirmados en todos los aspectos, siendo la intervención (aspecto económico) y los servicios jurídicos (aspecto legal) los más destacados, pero también se han configurado en relación a aspectos concretos, como herramientas informáticas o contratación de personal. El órgano externo más conocido puede ser el Tribunal de Cuentas, contemplado en el art. 136 CE Constitución, y con órganos equivalentes en las CCAA (art. 153.d CE), y son cada vez más habituales en la normativa sectorial, de la que queremos destacar por todos el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, creado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, entre cuyas funciones, recogidas en su art. 38, se encuentra las de adoptar recomendaciones para el mejor cumplimiento de las obligaciones contenidas en esta Ley (apartado 1.a). En el aspecto más competencial resaltamos dos cuestiones de este Consejo: el sometimiento a este órgano por las CCAA exigirá la previa suscripción de un convenio (DA 4.1.2); y las CCAA, de nuevo, podrán crear sus órganos equivalentes a nivel estatal, con las mismas funciones que el estatal a su ámbito (art. 36.4). Desde luego, se diferencia de la OIRESCON en que está dotado de personalidad jurídica propia, pero sus funciones son muy parecidas.

Otro, ya con marcado carácter participativo, es el Consejo de Unidad de Mercado creado por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), cuya Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado tiene encomendada funciones similares a las de OIRESCON (art. 11 LGUM), entre las que se encuentra la supervisión continua de la aplicación de la Ley y la elaboración de un catálogo de buenas y malas prácticas (a modo de recomendaciones).

Por las posibles implicaciones jurídicas que ello tiene, queremos diferenciar estos órganos expertos de control de otros entes más complejos creados para el ejercicio de funciones públicas específicas, que incluyen no solo facultades de control sobre los poderes públicos, sino también de sus administrados o los sujetos sometidos a su ámbito competencial, acompañados de ciertas potestades

de regulación, consulta, inspección y control. Así, por ejemplo, las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal (arts. 109 y ss LRJSP), el Banco de España (art. 3 de la Ley 13/1994, de 1 de junio. Autonomía del Banco de España), la Agencia de Protección de Datos (creada por el art. 34 de la derogada Ley Orgánica 5/1992) o la AIREF (Ley Orgánica 6/2013). Dada sus diferentes funciones e importante papel en el mercado expresamente otorgados por la normativa de creación, creemos que se trata de organismos no equiparables a la OIRESCO.

En suma, dentro de un complejo aparatage administrativo de órganos colegidos y de amplia facultad configuradora por el Estado, la OIRESCON se ha creado como órgano de control experto integrado en la estructura estatal (formalizado en el Real Decreto 1113/2018, de 7 de septiembre), sin personalidad jurídica propia, aunque la ley garantiza su independencia orgánica y funcional de ésta (art. 332.1 LCSP), y que solo rinde cuentas ante la Comisión mixta congreso-senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas (art. 332.10 LCSP).

A este respecto, debe recordarse que, con su creación, el legislador básico da cumplimiento al art. 83 Directiva 2014/24/UE<sup>6</sup>. que impone a los Estados Miembros la creación de *una o varias* autoridades, organismos o estructuras *para supervisar* la aplicación de las normas de contratación pública a los efectos de garantizar una aplicación correcta y eficaz. La propia Directiva indica la finalidad última de esta autoridad en su Considerando 122 (defensa de los ciudadanos), y esa mención a “una o varias” es reflejo del respeto que desde el Derecho de la Unión se tiene al reparto competencial interno en los Estados Miembros de estructura territorial compleja, como el nuestro, en donde se han de tomar en consideración las normas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias (STC 38/2002, FJ 3). Además, adelantándonos, se observa claramente que la Directiva no le encomienda capacidades reguladoras ni de garante de las empresas ante restricciones injustificadas: son funciones estrictas de vigilancia de la legalidad.

Las funciones de la OIRESCON están perfectamente definidas en el art. 332.6 LCSP, y son las de velar por la correcta aplicación de la legislación, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades: todas ellas, como se decía, claramente dirigidas al control, vigilancia y supervisión de los órganos de contratación para que cumplan la legalidad contenida en las normas de contratación, particularmente, en lo que afecta a los principios de transparencia, publicidad y concurrencia.

Sin embargo, en el preámbulo de la instrucción la Oficina se arroga dos funciones de las que no encontramos reflejo entre este listado de funciones. Dice ser el órgano regulador del mercado de la contratación y el garante del funcionamiento del mercado de la contratación pública para que no se produzcan restricciones injustificadas. En nuestra opinión, ni una ni la otra tienen acomodo claro en el art. 332.6 LCSP. En la enumeración de este precepto no hay rastro alguno de facultad reguladora, como sí lo hace la LCSP para la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, tal y como se ha dicho, y la única mención, vacía en nuestra opinión, está en la propia denominación de la Oficina (Oficina de *regulación...*), término que por cierto se elimina para las oficinas autonómicas.

---

<sup>6</sup> Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE Texto pertinente a efectos del EEE



Además, el art. 332.7 LCSP, en donde se encuentra la facultad de dictar esta instrucción, es importante encuadrarlo en las funciones legales antes señaladas y no otras; tal es así que empieza diciendo: “*en ejercicio de las funciones previstas en el apartado anterior*”). Es decir, que las medidas concretas de este apartado no son sino la aplicación de las funciones anteriores. Son las siguientes:

- a) Aprobará la Estrategia Nacional de Contratación Pública. Aunque aquí se califique de vinculante para el sector público, el art. 334 LCSP no la dota de carácter normativo, sino que podrá contener buenas prácticas o guías que establezcan recomendaciones para aplicar en los procedimientos de contratación, que permitan preventivamente evitar la posible realización de malas prácticas en los mismos.
- b) Podrá realizar encuestas e investigaciones.
- c) Podrá remitir informes a las Cortes Generales o, en su caso, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- d) Podrá aprobar instrucciones y elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación. Sobre estas nos centraremos a continuación.
- e) Podrá elaborar estudios relativos a las funciones atribuidas.

En nuestra opinión, así, entendemos que este órgano no tiene funciones reguladoras ni ninguna otra más allá de la vigilancia de la legalidad. Por mucho que su nombre así lo diga, que en la instrucción se auto-atribuya esta función (dice de sí mismo ser “órgano regulador del mercado de la contratación”), no encontramos fundamento alguno para afirmar que el legislador haya encomendado a la OIRESCON esta función, ya sin entrar por ahora en si ello sería competencialmente procedente.

La OIRESCON es, en su configuración legal, un órgano colegiado independiente y sin personalidad jurídica con funciones exclusivas de control de la legalidad.

## **EN GENERAL, SOBRE LAS INSTRUCCIONES QUE PUEDE DICTAR LA OIRESCON**

Señala el art. 332.7.d LCSP:

“En ejercicio de las funciones previstas en el apartado anterior, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación podrá 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. 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”

De ello, puede deducirse lo siguiente.

1º La OIRESCON puede aprobar o elaborar dos tipos de instrumentos:

- Instrucciones: su finalidad, tal y como es definida por este precepto, es la de fijar “*pautas* de interpretación” y “*pautas* de aplicación de la legislación”
- Recomendaciones, sin definición en este caso y de las que dice que pueden ser generales o particulares.

2º Estas instrucciones y recomendaciones que eleve la OIRESCON deben estar justificadas en el ejercicio de sus funciones del art. 332.6 LCSP. No solo lo impone el inicio del precepto, sino que insiste en ello este apartado d), cuando dice que las instrucciones y recomendaciones se emitirán “*si de la supervisión 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*”. Cabría interpretarse que esta aclaración solo es de aplicación a las recomendaciones, pero ello no enervaría que siempre deberá estarse a la genérica contenida en el enunciado del listado.

3º No es el único órgano de la LCSP que dicta este tipo de instrumentos:

- la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado puede dictar recomendaciones (art. 328.3.b LCSP y también el art. 89.1.a y 90.1.a LCSP)
- el Comité de cooperación en materia de contratación pública puede dictar instrucciones (art. 329.1.f LCSP)
- Los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación “podrán proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos”. (DA vigésima tercera LCSP)
- La Estrategia, aprobada por esta Oficina, también puede contener recomendaciones (art. 334.1.d LCSP).

4º No hay duda de que las Comunidades Autónomas podrán crear sus propias Oficinas de Regulación y Supervisión de la Contratación (art. 332.12 LCSP), y no albergamos ninguna sus funciones replicarán en su ámbito territorial las de la Oficina estatal, como ocurre en todos los supuestos de órganos de consultivos y control externo equiparables, lo que desde luego incluirá la de aprobar este tipo de instrumentos cuando se den las circunstancias legales. Al respecto, recuérdese que el art. 332.6.a LCSP atribuye a la Oficina nacional la función de “coordinar la supervisión”, que se dotaría de sentido en su aplicación al criterio de las distintas Oficinas autonómica y la estatal. Ciertamente es que para los órganos autonómicos se ha eliminado de su denominación el término “reguladora”, pero, como hemos dicho, más cierto es que este precepto no otorga funciones reguladoras a la Oficina del Estado.

En este punto es cuando interesa analizar la última parte del art. 332.7.d 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*”.

No podemos dejar de mencionar ahora que la Ley ha otorgado naturaleza vinculante a los informes de algunos órganos consultivos, como ocurre, por ejemplo, en el Consejo de Estado y nuestra

COJUA para los informes sobre la declaración de nulidad. Pero se comprueba, y así lo destaca la doctrina, que esta vinculatoriedad es excepcional y reservada específicamente para los supuestos claramente identificados en la normativa. La norma general es que la administración consultiva y de control tiene funciones preceptivas sobre la administración de acción o se le dota de legitimación procesal para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa en defensa de los intereses para los que fue creado; pero no es habitual el carácter vinculante de sus pronunciamientos, con independencia de lo determinante (en términos de la antigua Ley 30/92) o peso cualificado que tenga su opinión.

También descartamos que estas instrucciones, al menos para las administraciones autonómicas y locales, sean las instrucciones de servicio a las que hace referencia el art. 6 LRJSP. Estas están configuradas para que los órganos jerárquicos ordenen las actividades de sus órganos subordinados (art. 6.1 LRSJP). Esta Oficina se adscribe a la Administración General del Estado, si bien insistiendo en que se le dota de independencia funcional y *orgánica*. No nos corresponde evaluar la dependencia jerárquica de este órgano a la AGE, pero desde luego no existe relación jerárquica entre la OIRESCON y las demás instituciones, por lo que, a sus efectos, el instrumento, por mucho que compartan nombre con las instrucciones del art. 6 LRJSP, tendrá otra naturaleza. Al respecto, el art. 54.3 LEPEB obliga a obedecer las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, sancionado como falta muy grave por el art. 54.2.i LEPEB. En el País Vasco, esto viene recogido en el art. 73.1.c (“es deber de los funcionarios el cumplimiento de las instrucciones emanadas de los superiores”) y 84.a (es falta grave el incumplimiento de las órdenes o instrucciones de los superiores referidas al servicio), ambas de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca. Vemos por tanto inapropiada e improcedente la remisión que el art. 332.7.d LCSP hace al art. 6 LRJSP —salvo por lo que a continuación se dirá para la mejor interpretación de su alcance—, y desde luego no vemos viable que el incumplimiento de este tipo de instrucciones dictadas por órgano estatal en la esfera nacional tenga encaje como sanción disciplinaria de este tipo a los miembros de los órganos de contratación vascos, ni los de sus respectivos órganos OARC o Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma

Tampoco ha de olvidarse que es a la jurisprudencia, en su misión de complementar el ordenamiento jurídico conforme al art. 1.6 CC, a quien corresponde en última instancia realizar esta interpretación y únicamente sometida al imperio de la Ley (art. 117 CE). Así, la STC 37/2012, de 19 de marzo, recuerda que “(l)a independencia del poder judicial, que se predica de todos y cada uno de los Jueces y Magistrados en cuanto ejercen la función jurisdiccional, implica que, en el ejercicio de esta función, están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público, singularmente del legislativo y del ejecutivo”. Por ello, no sería válido en nuestro sistema de fuentes que la OIRESCON pudiera realizar la interpretación auténtica del legislador.

Incluso dentro de la normativa contractual, se detecta una superposición a este respecto, particularmente entre la OIRESCON y la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, al menos en el nivel estatal. Ambas están facultadas para emitir estas instrucciones y recomendaciones, como se ha dicho, y nada empuja a que lo hagan sobre la misma cuestión, ya que

su reparto no es por materias, sino por el ámbito de sus atribuciones: el primero las dictará en el marco de sus funciones de control o supervisión de legalidad; el segundo, en cuanto “órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública *del sector público estatal*” (art. 328.1 LCSP), cuando de sus estudios sobre contratación administrativa o de un contrato particular se dedujeran conclusiones de interés para la Administración (art. 328.3.b LCSP). No hay previstos mecanismos claros de coordinación a nivel estatal en el caso de criterios discordantes, salvo, precisamente, ese carácter obligatorio del que se quiere dotar a la OIRESCO.

Teniendo esto en cuenta, la interpretación que nosotros queremos dar al apartado final del art. 332.7.d LCSP es que la “fijación de pautas” que haga el OIRESCON derivada de su función de supervisión podrá tendrá carácter vinculatorio únicamente para el sector público institucional estatal. Así, el régimen general de las instrucciones de la Oficina está en la primera parte de la frase: las instrucciones de esta Oficina podrán fijar *pautas* de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública en el ejercicio de sus funciones de supervisión para todos los órganos contractuales el sector público. La segunda parte, sobre su obligatoriedad, está exclusivamente dirigida a los órganos del sector público institucional estatal, a los que advierte de su obligatoriedad a los efectos disciplinarios.

Varios motivos nos llevan a defender ello. El primero es que, si el legislador básico hubiera querido que fuera las instrucciones fueran obligatorias para todos los órganos de contratación, la redacción de la primera parte del enunciado hubiera sido distinta: no hubiera dicho que son “*pautas* de interpretación y de aplicación”, sino “*criterios obligatorios* interpretativos” o expresión similar que hubiera incluido en la propia definición de “instrucciones” su nota de compulsión, con lo que hubiera sobrado y convertido en innecesaria el apartado final del apartado. La segunda, es que la propia redacción del apartado hace pensar que la primera parte aborda el caso general y la segunda un caso especial de aplicación que no hace referencia sino precisamente al ámbito subjetivo de aplicación. La tercera es que precisamente acudir a la normativa de instrucciones de servicio del art. 6 LRSJP resalta la nota de jerarquía, que en modo alguno se produce de esta Oficina respecto a las CCAA y EELL, pero, dado que el Estado puede autoorganizarse como mejor lo convenga y ya que está en su seno esta Oficina, ha querido obligar a sus empleados públicos a que sigan las instrucciones de este órgano; lo que no cabe es pensar que existe jerarquía alguna entre este órgano ínsito en la estructura estatal y las demás administraciones, por la que invocación de este precepto de la Ley 40/2015, nos conduce a la AGE y su sector institucional. La cuarta es que esa concreción que este mandato se dirige a “todos los órganos de contratación del Sector público del Estado”, cuando para referirse a todos los órganos de contratación hubiera referido, como en el resto del texto básico y en particular del Libro IV LCSP, “todos los órganos de contratación del Sector público”, “todos los órganos de contratación” o incluso poner fin a la frase tras “obligatorio”; en este sentido, debe destacarse que el *apartado 6.a de este mismo precepto* se refiere a todo el sector público como “poderes adjudicadores del conjunto del sector público”.

Desde nuestra visión, el empleo del término “del Estado”, aisladamente considerado, no creemos que sirva para posicionarse en un sentido u otro, ya que, como decíamos, es el único lugar detectado en el que el legislador utiliza esta expresión. Ni siquiera el cambio que realiza la Oficina entre su

versión original y la modificada pocos días después, no hace sino usar la misma expresión que LCSP, por lo que no la concedemos consecuencias jurídicas.

Del contexto de la LCSP, sin embargo, concluimos que las instrucciones de la OIRESCON tienen el valor de “pautas interpretativas” y “pautas aplicativas” para todo el sector público, ya que ni de estricta naturaleza supervisora de esta Oficina, ni de la propia regulación de estas instrucciones derivadas de tal función se puede concluir que exista atribución legal alguna para dictar reglas vinculantes para todos los órganos de contratación y sector público. Por el contrario, el legislador básico ha querido que esta obligatoriedad de las instrucciones, en cuanto supuesto especial al que hace referencia la parte final del precepto, sí es predicable para la administración estatal.

Resta ahora analizar el contenido concreto de esta Instrucción.

## **ANÁLISIS DE LAS INSTRUCCIONES Y, CONCRETAMENTE, DE LA INSTRUCCIÓN 1/2019 DE LA OIRESCO.**

La instrucción viene a realizar una serie de interpretaciones, incluso de las que ya ha emitido una nota aclaratoria<sup>7</sup>, sobre el art. 118 LCSP:

Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

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.º

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.

Muy resumidamente, las instrucciones aprobadas fijan estas “pautas de interpretación y de aplicación” del precepto se dividen en siete apartados:

I. Ámbito objetivo de las limitaciones establecidas en el artículo 118.3 de la LCSP. Naturaleza excepcional del contrato menor y criterios de distinción del posible fraccionamiento de la prestación.

<sup>7</sup> <http://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReSuC/instrucciones/Nota%20Aclaratoria%20Instrucci%C3%B3n%201-2019.pdf>

- II. El principio de competencia en el contrato menor. La justificación de la adjudicación directa
- III. El expediente del contrato menor
- IV. Ámbito temporal de las limitaciones establecidas en el artículo 118.3 de la LCSP
- V. La publicidad de los contratos menores
- VI. Ámbito subjetivo

En esta instrucción, la Oficina establece al menos once “instrucciones” en términos propios de una norma (no podrán, en ningún caso, deberá, solicitará...), y que, sin entrar en pormenores, coincidimos con la doctrina antes traída en que van más allá en muchos de los casos de ser aspectos interpretativos o *pautas*, sino que innovan el ordenamiento jurídico y desarrollan los preceptos de la LCSP, de forma que imponen obligaciones inexistentes en el texto legal: nuevas justificaciones, nuevos informes, nuevos trámites (destaca la petición de tres presupuestos) o nuevos requisitos temporales.

Además, la justificación que ofrece la Oficina para dictar estas medidas de tal tenor impositivo no creemos que estén debidamente justificadas en sus fines. La motivación dada para su emisión es muy amplia y poco concreta: en la parte expositiva menciona la dispersión interpretativa, seguridad jurídica, confusión en la aplicación; en los apartados concretos, alega el principio de competencia, necesidad de incorporar medidas antifraude y de lucha contra la corrupción o el interés general para considerar el año presupuestario. Recordemos que estas instrucciones pueden dictarse por la Oficina “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**”, y que estos fines son estrictamente el acomodo a la legalidad y no el establecimiento de nuevas medidas contra la corrupción, ni establecer los criterios de oportunidad para elegir entre las posibles alternativas que la ley permite, ni, menos aún, desarrollar la LCSP conforme a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficacia, aspectos todos ellos que el art. 129.1 Ley 39/2015 impone al legislador estatal (y solo a éste tras la STC 55/2018, de 24 de mayo de 2018).

Además, esta arrogación interpretativa/reguladora que se ha atribuido la OIRESCON colisiona con la más amplia facultad que también tiene atribuida la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en concreto su Comité de cooperación en materia de contratación pública, cuando se le encomienda coordinar los criterios de interpretación seguidos por las Administraciones Públicas en relación con las normas de la contratación pública (art. 329.1.a LCSP). Es más, a la vista de los motivos contenidos en la propia instrucción que justifican su aprobación (confusión de la aplicación, evitar restricciones injustificadas, velar por los principios de publicidad y concurrencia, certidumbre a las actuaciones, no alterar el objeto del contrato...), consideramos que entra más de lleno en el ámbito de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Más grave aún es que esta instrucción, al igual que ocurre en no pocas ocasiones con las instrucciones de servicio<sup>8</sup>, oculta verdaderas normas jurídicas, es decir, auténticas fuentes del Derecho Administrativo, que requieren para su aprobación de requisitos formales y materiales propios de la facultad legislativa para los que no tiene competencia alguna.

No cabe duda de que la naturaleza de las instrucciones no es el de ser normas, ni son fuentes de Derecho. El TC ya lo ha afirmado en varias ocasiones. Dice la STC 57/1983 que “a la instrucción o circular no le corresponda el carácter de norma, y sí de directriz para los órganos estatales”. También es referencia obligada la STC 26/1986, de 19 de febrero, donde el Alto Tribunal señaló que **“las denominadas instrucciones (al igual que las circulares) no alcanzan propiamente el carácter de fuente de Derecho**, sino tan sólo el de directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de esa jerarquización, no siendo una especial manifestación de la potestad reglamentaria, cuyos efectos jurídicos consisten en su cumplimiento por los destinatarios, incurriendo en responsabilidad disciplinaria caso contrario”. También se refiere a ellas las SSTC 47/1990, de 20 de marzo, y la 150/1994, de 23 de mayo, y que en cuanto tienen su origen en recursos de amparo, no entran a valorar su impugnación como norma. En todas ellas el TC otorga amparo, y resalta que la afección de estas instrucciones excede de los sujetos con especial sujeción a los que va dirigido. También es de interés al respecto la STC 54/1990, de 28 de marzo, sobre dos instrucciones de sanidad que eran contrarias al reparto competencial.

Más claro si cabe es el Tribunal Supremo. Por todas, traemos la STS de 19 de diciembre de 2018 (Rec. Núm. 31/2018), en la que se plantea la cuestión de determinar si la Circular de un organismo autónomo con amplias facultades, incluida la de dictar este tipo de instrumentos, es una norma reglamentaria o, por el contrario, una mera circular de ámbito interno de la Administración. Empieza diciendo el TS que *“la mera denominación como instrucción interna, por ejemplo, no puede excluir la consideración de naturaleza reglamentaria si por su contenido ciertamente que tiene esa naturaleza. Porque la regla general en nuestro Derecho es que las instituciones tienen la naturaleza que se corresponde con su contenido, con independencia de la denominación que se le haya dado”*. Esta tarea no es sencilla, si bien las pautas se contienen en la doctrina del TS:

A la vista de lo expuesto y sin perjuicio de considerar la abundante doctrina sobre la naturaleza del reglamento a los efectos que nos ocupa, debemos partir de la idea básica de que el reglamento es una norma y que, como tal, se integra en el ordenamiento jurídico y su aplicación no solo no lo agota, sino que lo hace patente en su eficacia y permanencia, circunstancias que lo diferencia del acto administrativo que no participa de esas circunstancias. Pero aún cabría concluir en un efecto más de esa consideración como norma del Reglamento, porque, así como el acto es una manifestación de la Administración, el reglamento, en sí mismo considerado, va más allá de esa manifestación y responde a un mandato general del Legislador expreso o implícito --al que se podrían vincular los reglamentos independientes-- de integrar el ordenamiento jurídico, de completarlo, que es la función tradicional y la génesis de estas especiales normas jurídicas.

Diferente de esas normas son las meras instrucciones, órdenes en definitiva, que con fundamento en la potestad de autoorganización que es inherente a toda Administración Pública,

---

<sup>8</sup> La STC 54/1990, de 28 de marzo, ya resalta que “El lenguaje que utilizan resulta en ocasiones oscuro, como es frecuente en este género de documentos internos” (FJ 1)

pueden hacer los órganos superiores sobre los inferiores en cuanto al funcionamiento interno de cada Administración; en esa función de "dirigir la actividad" interna de la Administración dando órdenes e instrucción sobre los órganos jerárquicamente subordinados y que, en cuanto tal, ni innovan el ordenamiento jurídico, sino que lo ejecutan, no trascienden a los ciudadanos, porque se reserva para el ámbito interno, doméstico, de la propia Administración, haciendo abstracción de la sujeción general de la ciudadanía a la potestad reglamentaria, aunque ciertamente esas órdenes internas tengan la vocación de regir en las relaciones de los respectivos órganos administrativos para con los ciudadanos dentro del ámbito establecido por la norma legal o reglamentaria que regule una determinada actividad prestacional o de relación con ellos.

Jurisprudencia acorde a esta doctrina y más próxima a la normativa contractual la encontramos, por ejemplo, en la STSJ Castilla-La Mancha de 5 de noviembre de 2018 (Rec. 532/2016), en la que se anula una instrucción sobre contratos por cuestiones formales y por tener efectos más allá de los internos, o en la STJPV de 11 de julio de 2014 (Rec. 777/2013) en la que la Sala anula una instrucción del Consejo de Gobierno de una Diputación Foral sobre Criterios sociales de la contratación Mantenimiento (las instrucciones son resultado de "jerarquía administrativa a través de la dirección de los subordinados mediante criterios de actuación interpretativos exclusivamente a ellos destinados, sin dar lugar a innovaciones del ordenamiento ni a la regulación de situaciones jurídicas de terceros").

En aplicación del criterio asentado por esta jurisprudencia, consideramos que nos encontramos, al menos respecto de parte importante de la Instrucción, con una norma de carácter general encubierta, y ello por dos motivos: la primera es que introduce nuevos requisitos no previstos en el ordenamiento jurídico, de lo que la exigencia de que el órgano de contratación recabe tres presupuestos es la más notable; la segunda es que tiene vocación *ad extra* en cuanto que sus efectos producen sujeción de las personas no contempladas en la instrucción (contratistas), que ven prohibiciones de contratar en cuanto que se determina por la Oficina, con vocación taxativa, forma de cálculo del valor estimado de este contrato o el cómputo de los períodos temporales. Con ello, su fuerza vinculante trasciende del ámbito interno de la organización.

Por tanto, por un lado, las normas jurídicas contenidas en la circular son nulas de pleno derecho. No vemos posibilidad de que ni la Oficina ni sus instrucciones puedan tener una capacidad regulatoria que no sea la función reglamentaria, ya que así lo prohíbe el arts. 127 y ss L39/15, y así se deduce en particular del art. 133.1.c de esta norma. Innovar el ordenamiento jurídico para vincular a todo el sector público requiere de norma básica. E incluso en ese caso, la tramitación de esa norma ha de acompañarse de un trámite de información pública y unas memorias e informes de los que ha prescindido esta instrucción.

No nos cabe duda de que el Estado tiene la posibilidad de establecer estas obligaciones en el marco de su capacidad normativa de bases del art. 149.1.18 CE, si bien, conforme a la doctrina constitucional, la norma que dicte a tal fin habrá de cumplir unos requisitos materiales y formales. No cuestionamos que lo que pretende la instrucción sea materia de norma básica, pero, desde luego, no se cumplen los requisitos formales que la normativa básica debe contener en cuanto a rango legal de la norma (al que en modo alguno da respuesta una instrucción aprobada sin ninguna tramitación legal) y mención al título que lo ampara (STC 68/2017, de 25 de mayo, por todas). En este sentido,



la Disposición final octava LCSR reserva al Gobierno, en el ámbito de sus competencias, el dictado de cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de lo establecido en esta Ley, lo que permite verificar que las facultades de desarrollo reglamentario son exclusivas del Gobierno y con ello debe recordarse que la adopción de disposiciones de carácter general no es delegable (art. 9.2 LRJSP). Consideramos así que, para poder dictar normas en este sentido, sería preciso una habilitación legal expresa (como así hace el art. 217.2 LCSP al Ministerio en una cuestión que promueve la Oficina) y un rango adecuado, excepcional para la habilitación reglamentaria y dirigida a cuestiones más técnicas o coyunturales, que una instrucción no cumple.

En nuestra opinión, a lo que el contenido normativo de la instrucción se refiere, esta Oficina no tiene naturaleza de órgano legislativo, ni la ley le encomienda funciones de desarrollo de la normativa básica, por lo que los instrumentos normativos que dicte son nulos de pleno derecho.

Por el otro, en cuanto el contenido de la Instrucción 1/2019 que efectivamente pudiera tener la naturaleza de instrucción solo pueden ser obligatorias para la organización en la que se integra la Oficina, que es la del sector público estatal, como recuerda el art. 6 LRJSP a la que se remite el art. art. 332.7.d LCSP, y cuyo apartado primero señala que “los órganos administrativos podrán dirigir *las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes* mediante instrucciones y órdenes de servicio”. Este órgano de control externo no se integra en la organización del sector público autonómico y local, por lo que su sector público no está sujetos a jerarquía de esta Oficina.

Así, para el resto de niveles institucionales, autonómico y local, no son sino pautas de interpretación o pautas de aplicación, como se deduce de la primera parte del art. 332.7.d LCSP. Esa ambigüedad con la que se ha redactado la Circular no debe interpretarse en otro sentido, además de que, como hemos dicho, consideramos que se podría estar inmiscuyendo en competencias de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

## CONCLUSIÓN

Es decir, en suma, la totalidad de la instrucción de esta Oficina solo puede ser pauta para los órganos contractuales del sector autonómico y local, por lo que no se encuentran vinculados a la misma, ya que de la LCSP y del resto del ordenamiento jurídico se concluye que la OIRESCON no tiene capacidad reguladora, ni sus instrucciones son obligatorias más allá del sector público estatal por mor de su jerarquía sobre éste.

Además, si se pretendiese que se nos aplique sus criterios de la Instrucción 1/2019, consideramos nula la Instrucción por dos motivos:

- a. Por su contenido, ya que parte es propio de reglamentos, ámbito vedado a la OIRESCON y a las instrucciones.
- b. Por su alcance competencial, en cuanto que la OIRESCON no puede imponer sus criterios fuera del ámbito estatal, al no existir poder jerárquico sobre los órganos autonómicos ni locales.



En cualquier caso, nuestra propuesta ante esta instrucción es actuar con la lógica que impone la naturaleza de la OIRESCON y el alcance jurídico de las instrucciones: a nuestros efectos, estamos ante pautas sin carácter vinculante. Por ello, se pueden desatender, aunque en tal caso sería conveniente recoger en las memorias las razones de ello (motivación reforzada). Entendemos, por ejemplo, que, sin refrendo de norma básica, no es legalmente exigible que el órgano de contratación recabe tres presupuestos. Ante recursos contra las resoluciones o acuerdos del órgano de contratación por el incumplimiento de estas instrucciones, tanto por los interesados, como el Estado, tendrían la carga de demostrar la obligatoriedad jurídica de la circular.

No vemos conveniente recurrir en este momento la instrucción, ni ante la jurisdicción ordinaria, ni ante el TC (encontramos doctrina en este sentido, como las SSSTC 57/1983 y 54/1990, cuando hay conflicto competencial, como podría ser el caso). El motivo de recurso debiera basarse en una cuestionable y oscura redacción que obliga al sector público vasco a atender todos los extremos de esa instrucción, lo que conforme a la opinión en este informe no concurre, y nos podría en una situación de complicada argumentación, cuando sería más deseable una posición de defensa ante los que la entienden obligatoria.

Esto es cuanto tiene que informar el letrado que suscribe, siempre sometido a otro mejor criterio fundado en Derecho.

En Vitoria-Gasteiz, a 20 de abril de 2019