

Alfonso P. González Lavín
Ministerio de Defensa

La contratación pública en el exterior

RESUMEN/ABSTRACT:

La actividad contractual del Sector Público constituye uno de los instrumentos esenciales con los que cuenta un Estado para la consecución de sus fines, por lo que la regulación plena de su régimen jurídico se revela como fundamental. Dentro del mismo, la contratación en el exterior ha planteado tradicionalmente muchas dudas en cuanto a las normas aplicables, lo cual ha supuesto un enorme reto para la figura del gestor.

Por tanto, la determinación de su **régimen** normativo constituye un aspecto clave para garantizar la seguridad jurídica de dicha actividad, toda vez que la misma o bien ha quedado tradicionalmente excluida del ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público vigente en cada momento, rigiéndose por tanto por normas particulares emanadas de diferentes fuentes, muchas de ellas de carácter internacional, o bien ha supuesto la aplicación de unas normas mínimas de procedimiento recogidas tradicionalmente en Disposiciones Adicionales de las citadas leyes de contratación pública.

The Contractual activity of the public Sector constitutes one of the essential instruments with which a State must achieve its aims, so that the full regulation of its legal regime is revealed as fundamental. Within it, contracting abroad has traditionally raised many doubts about the applicable rules, which has been a huge challenge for the figure of the manager.

Therefore, the determination of the legal system applicable to these types of contracts constitutes a key aspect in order to guarantee the legal certainty of them. This activity has been traditionally excluded from the scope objective of application of the law of contracts of the Public Sector in force at any moment and it has been governed by particular norms emanating from different sources, many of them of international character, or by the application of minimum standards of procedure traditionally collected in additional provisions of the aforementioned public procurement laws.

FLEXIBILIDAD, ÁMBITO INTERNACIONAL, CONTRATOS EXCLUIDOS, CONTRATOS FORMALIZADOS Y EJECUTADOS EN EL EXTRANJERO, RÉGIMEN ESPECIAL
FLEXIBILITY, INTERNATIONAL SCOPE, EXCLUDED CONTRACTS, CONTRACTS FORMALIZED AND EXECUTED ABROAD, SPECIAL REGIME

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS:

I.- INTRODUCCIÓN

A la hora de determinar el régimen jurídico aplicable a la contratación en el exterior, se deben distinguir los contratos y negocios jurídicos excluidos del ámbito de aplicación objetiva de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP)¹, de aquellos otros que, si bien entran dentro de su ámbito de aplicación, suponen una excepción al régimen general, derivado de ciertas notas características que los hacen peculiares.

En relación con los primeros, y frente al criterio anterior del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP)² que los regulaba en una única rúbrica, la actual LCSP recoge dichos supuestos de una forma más sistemática en diferentes artículos, en función del distinto tipo de exclusiones que se aplican.

En este sentido, el artículo 7 recoge varios supuestos de exclusión en el ámbito internacional, mientras que el Artículo 5 del citado cuerpo legal, en consonancia con el Artículo 7 de la Ley 24/2011 (LCSPSD)³ incluye otros supuestos específicos en el ámbito de la Defensa y la Seguridad.

Sin embargo, y dadas las limitaciones de espacio del presente trabajo, se analizará única y exclusivamente la segunda de las categorías planteadas, la de aquellos contratos que, entrando dentro del ámbito de aplicación objetivo de la Ley, suponen una excepción a su régimen general.

II.- RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS CONTRATOS FORMALIZADOS Y EJECUTADOS EN EL EXTRANJERO

La regulación de esta categoría está recogida en la Disposición Adicional Primera (DA 1ª) de la LCSP, la cual establece que se precisan dos requisitos para la aplicación del régimen especial que recoge: en primer lugar, que los correspondientes contratos se formalicen en el extranjero y en segundo, que se ejecuten también en el extranjero.

A este respecto se debe indicar que, si bien el concepto de ejecución del contrato es claro y no ofrece ninguna duda, no ocurre lo mismo con la concurrencia del requisito de formalización, por lo que debe ser objeto de un análisis más detallado.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que cuando la DA 1ª se refiere a la formalización⁴ de los contratos, es razonable pensar que se está utilizando este término tal como lo hace el artículo 153 de la LCSP, es decir como el acto por el que se suscribe el documento contractual correspondiente.

Cabría, sin embargo, entender que el término “*formalización*” no está empleado en el sentido estricto al que acabamos de referirnos. Así, expresiones tales como “... *Estado en que se celebre el contrato...*”⁵ o “... *Estado en que se efectúa la contratación...*”⁶ empleadas en los diferentes apartados de la propia DA 1ª podrían sugerir que la norma comentada más que a la formalización *strictu sensu*, se está refiriendo a todo el proceso previo de adjudicación del contrato, lo que implicaría que la licitación del mismo debería ser efectuada en todo, o en una parte sustancial, en país extranjero.

Mención especial merece el hecho del cambio conceptual producido como consecuencia de la propia evolución normativa. Así, mientras la actualmente vigente LCSP y los derogados TRLCSPP y la Ley 30/2007⁷, se refieren a «*contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero*», las anteriores leyes⁸ utilizaban el término de «*contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero*».

No obstante lo anterior, cabe recordar que con las dos últimas normas⁹, la perfección del contrato se producía mediante la adjudicación del mismo realizada por órgano de contratación competente, momento en el cual se consideraba que se producía la confluencia de las voluntades de las partes; la del contratista adjudicatario expresada mediante la presentación de la oferta y la de la Administración contratante expresada mediante la emisión de una resolución por medio de la cual se adjudicaba el correspondiente contrato, de acuerdo con las características de la oferta presentada.

A partir de la Ley 30/2007, y tal como sucede en la actualidad, ya no es la adjudicación el elemento determinante de la perfección del contrato, sino que será la propia formalización, motivo por el cual se entiende como más ajustada a la intención del legislador la interpretación del concepto formalización de acuerdo con lo establecido en el Art. 153 de la vigente LCSP.

¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), 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.

² Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el RDL 3/2011 (TRLCSPP).

³ Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad. El artículo 7 recoge los negocios jurídicos excluidos de su aplicación y es resultado de la transposición de los artículos 11, 12 y 13 de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁴ Resolución n.º 113/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Recurso n.º 090/2012).

⁵ Apartado 1 b) Disposición Adicional Primera de la LCSP.

⁶ Apartado 1 f) Disposición Adicional Primera de la LCSP.

⁷ Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

⁸ Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RDL 2/2000) y Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

⁹ Artículo 53 de la RDL 2/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y Artículo 54 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas.



Una vez definido el ámbito de aplicación de este régimen particular, se debe indicar que la peculiaridad del mismo radica en el hecho de que, sin perjuicio de tener en cuenta los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que, en su aplicación pudieran presentarse, estos contratos se regirán por las normas recogidas en la citada DA 1ª.

En cuanto a los principios aplicables, la presente Ley no incluye un elenco cerrado, sino que éstos aparecen diseminados tanto en el preámbulo de la misma, como a lo largo de todo el texto articulado¹⁰. Así como principios generales aplicables podemos señalar, entre otros, los de transparencia, proporcionalidad, integridad, libertad de acceso a las licitaciones, publicidad de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, concurrencia, confidencialidad, necesidad, idoneidad y eficiencia.

Por su parte, y en lo relativo a las normas recogidas en la citada DA 1ª, se debe resaltar el hecho de que el legislador, consciente de las dificultades de determinar el régimen jurídico aplicable a estos contratos, derivadas de la necesidad de conciliar los preceptos de las distintas legislaciones concurrentes¹¹, se ha limitado a establecer una serie de reglas generales dotadas de cierta flexibilidad, y a declarar, en su apartado 1, que la aplicación de las mismas se entiende *“sin perjuicio de tener en cuenta los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que, en su aplicación puedan presentarse”*.

Con esta indicación previa y general, parece que el legislador ha querido resaltar el carácter flexible de gran parte de las reglas contenidas en la DA 1ª. Además, la

circunstancia de que dicho artículo remita, no a preceptos concretos, sino a los principios de la Ley, debe permitir una interpretación alejada de rigideces en todos aquellos supuestos en que no aparezca una regla que taxativamente resuelva la cuestión suscitada¹².

2.1. Competencia para contratar

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 61 de la LCSP la representación de las entidades del Sector Público en materia contractual corresponde a los órganos de contratación, unipersonales o colegiados que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre.

Así, el Art. 323 de la citada Ley establece que, con carácter general, en la Administración General del Estado, los órganos de contratación serán los ministros y los secretarios de estado, mientras que, en el caso de organismos autónomos, entidades públicas empresariales y demás entidades públicas integrantes del sector público estatal serán sus presidentes o directores y en las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sus directores generales. Finalmente, y en lo que a las sociedades y fundaciones del sector público estatal se refiere, la capacidad para contratar recaerá en sus representantes legales, rigiéndose éstos por lo dispuesto en sus respectivos estatutos y por las normas de derecho privado que sean de aplicación en cada caso.

Sin embargo, dicho régimen competencial queda matizado en el caso de la contratación que se formalice y ejecute en el extranjero, ya que el propio apartado 1 a) de la DA 1ª atribuye la citada competencia, casi con

¹⁰ Preámbulo de la LCSP, Artículos 1, 3, 28, 49, 250, 132, 133, 321.

¹¹ Por un lado, la legislación española y, por otra parte, la del país en el que el contrato se formalice y ejecute.

¹² Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 26/96, de 30 de mayo de 1996.

carácter exclusivo y dentro del ámbito de la Administración General del Estado, al jefe de misión o representación permanente dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Mención especial requiere el caso del Ministerio de Defensa, donde la formalización de dicho tipo de contratos, con independencia de que se refieran o no a misiones en el exterior en las que participen fuerzas militares, corresponde al titular de este Departamento, y en el caso de participación de fuerzas y cuerpos de seguridad del estado en misiones de paz, corresponderá al Ministerio del Interior¹³, debiéndose entender esta competencia restringida únicamente a aquellas operaciones en las que participen única y exclusivamente dichos fuerzas y cuerpos de seguridad o en el caso de operaciones en las que participen los mismos en colaboración con contingentes militares, a aquellos procedimientos contractuales correspondientes a su propio ámbito de competencias.

Por su parte, en el caso de organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás organismos y entidades sujetos a la LCSP, la formalización de estos contratos corresponderá a sus representantes legales.

Adicionalmente a lo anteriormente expuesto, dichas competencias contractuales podrán ser a su vez delegadas¹⁴ o desconcentradas¹⁵, según lo establecido en el Art. 61.2 de la LCSP, y de acuerdo con las normas y formalidades aplicables para la delegación o desconcentración

de facultades, en el caso de que se trate de órganos administrativos, o para el otorgamiento de poderes, cuando se trate de órganos societarios o fundacionales. Así se recoge de manera expresa en la DA 1ª, cuando se establece que las competencias para formalizar y ejecutar contratos en el extranjero podrán ser objeto de delegación, en favor de otros órganos, funcionarios o personas particulares¹⁶.

2.2. Requisitos de capacidad y solvencia

En cuanto a las cuestiones de capacidad y solvencia, el apartado 1 b) de la DA 1ª, después de establecer la salvedad de los requisitos de capacidad que puedan exigir las leyes del Estado en que se celebre el contrato, añade que para determinar las condiciones de capacidad y solvencia de las empresas de Estados miembros de la UE o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (AEEE), se estará a lo dispuesto en dicha Ley.

Así pues, nuevamente aparece la nota de la flexibilidad, ya que dicho régimen extraordinario permite, la utilización de otros requisitos de capacidad recogidos en la legislación extranjera del lugar de celebración del contrato, al objeto de poder conciliar los preceptos de las distintas legislaciones aplicables.

Por tanto, siendo preceptiva la aplicación de la LCSP en lo que a requisitos de capacidad y solvencia se refiere, no debe existir duda alguna de que entre dichas condiciones se encuentra la de no hallarse incurso en causas



¹³ Artículo 9.2 Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

¹⁴ Artículo 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

¹⁵ Apartados 1 y 2 del Artículo 325.1 de la LCSP.

¹⁶ En este sentido y a modo de ejemplo, la Orden DEF/3389/2010, de 28 de diciembre, de delegación de competencias en el ámbito del Ministerio de Defensa establece que el ministro delega en los jefes de los órganos económicos que apoyan a las Fuerzas Armadas desplegadas fuera del territorio nacional, hasta un importe igual o inferior a seiscientos mil euros, todas las facultades relativas a la contratación en el extranjero que la DA 1ª de la LCSP atribuye al Ministro de Defensa.

determinantes de prohibición de contratar previstas en el artículo 71 de la Ley, circunstancia negativa que deberá acreditarse por los medios previstos en el artículo 72, pues a ambos tipos de empresas se refiere la regla recogida en la DA 1ª, con remisión al resto de los artículos de la Ley que tratan de las condiciones de capacidad y solvencia¹⁷.

En este sentido, el art. 65 del citado cuerpo legal establece entre otros requisitos de aptitud para contratar con la Administración, ser persona natural o jurídica, tanto española como extranjera, tener plena capacidad de obrar, no estar incurso en alguna prohibición de contratar y acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija la Ley, encontrarse debidamente clasificada.

Y para el caso específico de empresas comunitarias o de Estados signatarios del AEEE, se prescribe que tienen capacidad para contratar las empresas que, con arreglo a la legislación del Estado en que estén establecidas, se encuentren habilitadas para realizar la prestación de que se trate, con la salvedad de que cuando la legislación de dicho Estado exija una autorización especial o la pertenencia a una determinada organización para poder prestar en dicho Estado el servicio de que se trate, deberán acreditar que cumplen este requisito.

Por su parte, en cuanto a las empresas extranjeras no comunitarias, hay que tener en cuenta que a las mismas no se refiere el apartado 1 b) de la DA 1ª para remitir al resto de la Ley la regulación de las condiciones de capacidad y solvencia.

Si a esta circunstancia se añade el criterio interpretativo de flexibilidad que debe utilizarse en relación con la citada la Disposición Adicional, puede concluirse que los requisitos de capacidad y solvencia recogidos en la Ley no serán exigibles a empresas extranjeras no comunitarias en contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero, siendo elemento decisivo de la solución que se apunta la imposibilidad o extraordinaria dificultad de que, en estos casos, las empresas extranjeras no comunitarias puedan obtener la correspondiente documentación acreditativa. Por tanto, dichas empresas solamente deberán acreditar los mismos de acuerdo con los requisitos de capacidad que exijan las leyes del Estado en que se celebre el contrato. Ni siquiera se debe considerar aplicable el informe de reciprocidad recogido en el Art. 68 de la LCSP, derivado de la falta de remisión de la DA 1ª al resto de la LCSP en el caso de este tipo de empresas.

Mención especial requiere el requisito de clasifica-

ción, que si bien no es exigible a las empresas no españolas de Estados miembros de la UE o de Estados signatarios del AEEE, en virtud de lo establecido en el Art. 78 de la LCSP, tampoco parece exigible a las empresas extranjeras no comunitarias, ya que idéntico argumento al anteriormente expresado debe ser utilizado en relación a su no exigibilidad, dada la imposibilidad o extraordinaria dificultad de que, en estos casos, puedan obtener en España la correspondiente clasificación¹⁸.

2.3. Procedimiento de adjudicación

En lo referente al procedimiento de adjudicación aplicable, nuevamente el legislador, siendo consciente de las dificultades que plantea la utilización de los procedimientos ordinarios¹⁹ recogidos en el Art 131 de la LCSP, opta por dotar de una mayor flexibilidad a la contratación que se formalice y ejecute en el extranjero.

En este sentido, el apartado 1 d) de la DA 1ª establece que, sin perjuicio de la aplicación a estos contratos de las prescripciones recogidas en dicha Ley para los contratos menores, el resto podrá adjudicarse por el procedimiento negociado, dejando por tanto a criterio del órgano de contratación la elección del procedimiento aplicable.

No obstante lo anterior, se introduce una cautela referida a la necesidad de tratar de conseguir, siempre que sea posible, al menos tres ofertas de empresas capaces de cumplir con el objeto del contrato.

2.4. Tramitación

En cuanto a la confección de los correspondientes expedientes de contratación, la DA 1ª permite ciertas peculiaridades, como es la facultad que se concede al órgano de contratación de sustituir el pliego de cláusulas administrativas particulares por el propio clausulado del contrato, la recomendación de incluir estipulaciones tendentes a preservar los intereses de la Administración ante posibles incumplimientos del contratista o la posibilidad de autorizar las modificaciones del contrato que puedan ser convenientes.

Por su parte, y en cuanto a la formalización del contrato, el régimen general establece que deberá formalizarse en documento administrativo, constituyendo el mismo título suficiente para acceder a cualquier registro público, pudiéndose solicitar, a petición del contratista, que se eleve a escritura pública. Sin embargo, el régimen especial aplicable a estos contratos se flexibiliza en cuanto a requisitos formales, toda vez que únicamente se recoge la exigencia de que quede documentado de manera fehaciente. Eso sí, manteniendo las obligaciones

¹⁷ Recogidos en el Libro I, Título II, Capítulo II de la LCSP (art. 65 y ss.).

¹⁸ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 26/96, de 30 de mayo de 1996.

¹⁹ Artículo 131.2 de la LCSP (procedimiento abierto, procedimiento restringido, procedimiento negociado sin publicidad, diálogo competitivo, licitación con negociación, procedimiento de asociación para la innovación).



de remisión de información, tanto al Registro de Contratos del Sector Público, como al Tribunal de Cuentas.

En cuanto a los contratos menores, la DA 1ª hace una remisión a lo dispuesto con carácter general para los mismos en la propia Ley.

Y en relación con la posible actuación de mesa de contratación en estos contratos, dicha cuestión ha de ser resuelta en sentido negativo, ya que resultará imposible o al menos sumamente difícil, la constitución de una mesa con los componentes que se detallan en el artículo 326 de la LCSP. A esta conclusión conduce también la interpretación de la DA 1ª, con el criterio de flexibilidad en el que venimos insistiendo, pues dicho precepto no se refiere para nada a la mesa de contratación y únicamente establece reglas concretas para la regulación de determinados aspectos, teniéndose en cuenta los principios de la Ley para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse, siendo evidentemente distinta la toma en consideración de principios de la Ley que la aplicación de sus preceptos y disposiciones²⁰.

No obstante lo anterior, en el caso de que se optase por la posibilidad, recogida en la DA 1ª de acogerse al procedimiento negociado, el propio Art. 326 establece que la constitución de mesa de contratación en dichos procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación tendrá carácter potestativo, quedando por tanto al arbitrio del propio órgano de contratación.

2.5. Garantías

En relación con las garantías exigibles para asegurar la ejecución de este tipo de contratos, la DA 1ª recoge nuevamente un sistema flexible, estableciendo la remisión, con carácter potestativo, al régimen general recogido en los Art. 106 y ss. de la LCSP, pero estableciendo la cautela de excluir la aplicación del mismo, cuando la exigencia de tales garantías no fuera posible o adecuada a las condiciones del Estado en que se efectúe la contratación. En dicho caso, se exigirían las que fueran usuales o estuvieran autorizadas en dicho Estado o las que, en su caso, resultasen conformes con las prácticas comerciales internacionales.

En caso de que finalmente se prestasen garantías, éstas se constituirían en la misión diplomática, representación permanente u oficina consular correspondiente, cuando el órgano de contratación pertenezca a la Administración General del Estado. Y en el caso de que se tratase de organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas del sector público estatal, se constituirían en el propio organismo, de contar el mismo con representación en el exterior, o, en su defecto, en los mismos lugares anteriormente señalados.

2.6. Pago del precio

Una vez más, consciente el legislador de las dificultades que presenta la ejecución de estos contratos,

²⁰ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 26/96, de 30 de mayo de 1996.

se establece un régimen particular en lo relativo al procedimiento de pago.

Con carácter general, el pago del precio se condiciona a la entrega por el contratista de la prestación convenida, tal como sucede en territorio nacional, pero se exige de dicho requisito siempre que ello se oponga al derecho o a las costumbres del Estado donde se ejecute el contrato, exigiéndose en tal caso, la constitución de una garantía que cubra el anticipo entregado.

Adicionalmente, pero ya con carácter excepcional, el propio órgano de contratación podrá eximir, cuando las circunstancias así lo impongan y mediante resolución debidamente motivada, la prestación de dicha garantía, siempre y cuando ello sea conforme con las prácticas comerciales internacionales.

2.7. Revisión precios

El régimen general de revisión de precios está recogido en el Libro Primero Título III Capítulo II de la LCSP (Art 103 a 105). En él se establece que la revisión periódica y predeterminada²¹ sólo podrá llevarse a cabo en los contratos de obra, de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años.

Sin embargo, el apartado 1 i) de la DA 1ª otorga al órgano de contratación la facultad de poder modificar dicho régimen general, estableciendo en la documentación contractual un régimen de revisión diferente. Para ello, se deberá tener en cuenta la legislación del país en que haya de ejecutarse el contrato, así como sus circunstancias socioeconómicas.

Únicamente se establece la cautela de que los sistemas de revisión que se establezcan deberán estar basados en parámetros objetivos y, a ser posible, públicos o, cuando menos, fácilmente medibles, pudiendo utilizarse a estos efectos los calculados por Organismos Internacionales.

2.8. Publicidad

En relación con la publicidad de la formalización del contrato, ninguna referencia a la misma aparece en las normas contenidas en la DA 1ª, por lo que se plantea la duda de si ésta es necesaria cuando la convocatoria de licitación no ha sido previamente publicada.

A este respecto, se debe indicar que dicha publicidad se regula en el artículo 154 de la LCSP, que la impone

con carácter preceptivo, en el perfil de contratante del órgano de contratación, para todos los contratos (salvo los menores, los cuales tienen un régimen especial), sin que se establezca ninguna excepción para los que no hayan sido objeto de anuncio previamente a su celebración, y sin que resulte procedente, a estos efectos, realizar distinción alguna entre contratos formalizados en el extranjero o en territorio nacional, dado que tal distinción no tendría apoyo en norma concreta de la LCSP²².

Finalmente, y en lo que se refiere a los contratos sujetos a regulación armonizada que se formalicen y ejecuten en el extranjero, pero en territorio de Estados miembros de la UE o de Estados signatarios del AEEE, la DA 1ª establece que se regirán por las normas de la LCSP en lo referente a la publicidad comunitaria.

En este caso, si bien es cierto que se hace referencia única y exclusivamente a la publicidad comunitaria, también es criterio interpretativo de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que dicha referencia se realiza a una sola especialidad de publicidad, pero no afecta a las restantes normas de la Ley, entre ellas, las de publicidad de la formalización del contrato por otros medios que no sea el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE).

Esta última conclusión es además congruente con la finalidad que persigue la publicidad en el Boletín Oficial del Estado (BOE) en los casos en que procede la publicidad en el DOUE, que no es otra que la de evitar discriminaciones entre los empresarios nacionales y los restantes comunitarios y que debe seguir pesando cuando los respectivos contratos se celebren y ejecuten en el extranjero, pues la falta de publicación en el BOE implicaría una discriminación negativa, a estos efectos de publicidad, para los empresarios españoles en relación con los restantes empresarios comunitarios.

2.9. Foro Judicial de resolución de controversias

Con carácter general, la LCSP establece en su artículo 140.1 f) que las proposiciones y las solicitudes de participación que presenten las empresas extranjeras en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, deberán ir acompañadas de una declaración de someterse a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponderles²³.

²¹ Artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

²² Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 26/96, de 30 de mayo de 1996.

²³ Esta exigencia tiene su justificación en la remisión que el artículo 44 de la LCSP, que regula el Recurso especial en materia de contratación, hace a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), cuando señala que los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos para ser objeto de dicho recurso, puedan ser objeto de recurso de conformidad con las citadas normas.

No obstante lo anterior, la LCSP cuando regula la actividad de contratación de la Administración mediante contratos formalizados y ejecutados en el extranjero, establece en la DA 1ª un régimen diferente que, entre otros aspectos y respecto de las discrepancias que pudieran surgir, llega a disponer incluso la introducción de cláusulas tendentes a resolver las mismas mediante fórmulas sencillas de arbitraje.

De tales disposiciones podemos obtener la conclusión de que el legislador establece dos sistemas en función del lugar donde se celebra el contrato, distinguiendo entre aquellos que se formalicen en España y los que se formalicen y ejecuten en el extranjero, y en este último caso, a su vez, hace una diferenciación entre empresas nacionales y extranjeras.

Así, en los contratos formalizados en España, las empresas se someterán a los juzgados y tribunales de justicia españoles y las controversias que pudieran surgir se sustanciarán conforme a lo dispuesto en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que exista ninguna excepción a tal precepto.

Por ello, y para asegurar su cumplimiento, el legislador exige que, cuando concurren empresas extranjeras, estas han de renunciar al fuero que pudiera corresponderles y declarar que se someten a los juzgados y tribunales de justicia españoles de cualquier orden.

Por su parte, y en lo que se refiere a los contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero, no se exige tal requisito cuando el contratista sea una empresa extranjera²⁴. En este sentido, el apartado tercero de la DA 1ª deja como potestativa dicha eventualidad, quedando únicamente obligado el órgano de contratación a procurar incluir cláusulas de sumisión a los tribunales españoles, y cuando ello no fuera posible, a procurar la incorporación de cláusulas de arbitraje.

Sin embargo, cuando las empresas sean españolas, el apartado segundo de la citada Disposición Adicional establece nuevamente la obligatoriedad de la inclusión de cláusulas de sumisión expresa a los Tribunales españoles.

En este sentido, el artículo 59 de la LCSP, al configurar los efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, establece que contra la resolución dictada en dicho procedimiento solamente cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo.

Por su parte, la LPACAP, al regular el sistema de recursos en su título V, mantiene las mismas vías previstas en la derogada Ley 30/1992, permaneciendo por tanto vigente la revisión de oficio y toda la tipología de recursos administrativos existentes hasta la fecha (alzada, potestativo de reposición y extraordinario de revisión). Con respecto al recurso de alzada, el Art 114 de la LPACAP establece que las resoluciones de los citados recursos ponen fin a la vía administrativa, quedando, por tanto, expedita la vía contencioso-administrativa.

Por su parte, y en lo que al recurso de reposición se refiere, los Art 123 y 124 del citado cuerpo legal remarcan el carácter potestativo del mismo, de tal forma que, en el caso de no ejercer dicho derecho, queda directamente abierta la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

Y finalmente, en lo que se refiere al recurso extraordinario de revisión, el Art 126 de la LPACAP, establece que la desestimación del mismo deja nuevamente expedita la vía contencioso-administrativa.

De esta forma, los citados preceptos señalan de una forma clara y terminante que todos los actos se someten, cuando pongan fin a la vía administrativa, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

²⁴ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 13/03, de 23 de julio de 2003.

2.10. Regímenes excepcionales del régimen especial

Mención especial requieren los contratos sujetos a regulación armonizada que se formalicen y ejecuten en el extranjero, pero en territorio de Estados miembros de la UE o de Estados signatarios del AEEE, los cuales, como no podía ser de otra forma, deberán cumplir las normas de la LCSP, inspiradas en las correspondientes Directivas Europeas, referentes a la publicidad comunitaria, a los procedimientos de adjudicación, al régimen de modificaciones contractuales, a la subcontratación, al control del cumplimiento de las obligaciones sociales, medioambientales y laborales, a la resolución del contrato como consecuencia de una modificación esencial durante su ejecución y a la declaración de nulidad como consecuencia de hallarse incurso el adjudicatario en causa de prohibición para contratar cuando celebró el contrato o como consecuencia de un incumplimiento grave del derecho de la UE.

Por su parte, los contratos formalizados en el extranjero pero que deban ejecutarse total o parcialmente en España y que estén vinculados directamente a la realización de programas o proyectos de cooperación en materia cultural o de investigación o de cooperación al desarrollo, podrán adjudicarse por procedimiento negociado sin publicidad y con sujeción a las condiciones libremente pactadas por la Administración con el contratista extranjero, cuando la intervención de éste sea absolutamente indispensable para la ejecución del proyecto o programa, por requerirlo así las condiciones de participación en los mismos.

III. CONCLUSIONES

La exclusión de la aplicación del régimen general incluido en la LCSP y en la LCSPSD a determinados tipos de negocios jurídicos ha planteado tradicionalmente dudas en cuanto al régimen jurídico por el que deben regirse los mismos.

La nota de la flexibilidad de las normas aplicables a este tipo de situaciones ha permitido al legislador configurar un sistema que conjugase distintos procedimientos regulados en diferentes fuentes internacionales con las propias normas nacionales, al objeto de producir el menor

conflicto posible en la normativa aplicable a cada caso.

De esta forma, aún a costa de perder una cierta seguridad jurídica, se ha conseguido no estar en situación de inferioridad frente a operadores económicos internacionales, en cuanto a instrumentos jurídicos aplicables.

De no haberse dotado de la citada flexibilidad, dicha situación de inferioridad podría haber provocado una merma en la eficiencia y la eficacia del Sector Público nacional que derivase en una pérdida de oportunidades frente al exterior, y que podría haber supuesto, en algunos casos, una situación de desventaja frente al mismo o incluso situaciones de competencia desleal que

podrían haber afectado a nuestra propia competitividad, por falta de unos instrumentos jurídicos adecuados que permitiesen acomodar nuestra legislación y nuestros requisitos contractuales a las necesidades del caso concreto.

Dicho régimen especial configurado por el legislador está marcado por la citada nota de la flexibilidad y por la aplicación de unas normas mínimas que permitan conseguir los objetivos anteriormente planteados, inspirándose en el espíritu que impregna la LCSP mediante la utilización de los principios generales en los que ésta está basada.

BIBLIOGRAFÍA

Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 94, de 28 de marzo de 2014, pp. 1 a 64.

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. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 94, de 28 de marzo de 2014, pp. 65 a 242.

Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 216, de 20 de agosto de 2009, pp. 76 a 136.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Boletín Oficial del Estado, núm. 272, de 9 de noviembre de 2017, pp. 107714 a 108007.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado, núm. 236, de 2 de octubre de 2015, pp. 89343 a 89410.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Boletín Oficial del Estado, núm. 236, de 2 de octubre de 2015, pp. 89411 a 89530.

Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía Española. Boletín Oficial del Estado, núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27244 a 27258.

Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad. Boletín Oficial del Estado, núm. 184, de 2 de agosto de 2011, pp. 87415 a 87461.

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Boletín Oficial del Estado, núm. 261, de 31 de octubre de 2007, pp. 44336 a 44436.

Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Boletín Oficial del Estado, núm. 167, de 14 de julio de 1998, pp. 23516 a 23551.

Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado, núm. 119, de 19 de mayo de 1995, pp. 14601 a 14644.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Boletín Oficial del Estado, núm. 285, de 27 de noviembre de 1992, pp. 40300 a 40319.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Boletín Oficial del Estado, núm. 276, de 19 de noviembre de 2011, pp. 117729 a 117914.

Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado, núm. 148, de 21 de junio de 2000, pp. 21775 a 21823.

Orden DEF/3389/2010, de 28 de diciembre, de delegación de competencias en el ámbito del Ministerio de Defensa. Boletín Oficial del Estado, núm. 318, de 31 de diciembre de 2010, pp. 109493 a 109499.

Resolución n.º 113/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Recurso n.º 090/2012).

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 26/96, de 30 de mayo de 1996. "Criterios respecto de los contratos celebrados y ejecutados en el extranjero, publicidad de las adjudicaciones, actuación de la Mesa de Contratación cuando solo existe una empresa ofertante, adquisiciones de bienes incluidos en el catálogo de bienes declarados de uso común por la Administración".

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 13/03, de 23 de julio de 2003. "Posibilidad de admisión en los contratos de cláusulas que permitan el sometimiento del órgano de contratación a tribunales de justicia de otros países. Improcedencia de la determinación del contenido de los pliegos por parte los posibles contratistas"