

Informe 57/96, de 18 de octubre de 1996. "Aplicación del procedimiento negociado en relación con la vigencia de los artículos 2 y 11 del Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación del material militar en el extranjero".

8.16. Otros informes. Contratación en el extranjero.

ANTECEDENTES.

Por el Director General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito con el siguiente contenido:

"De acuerdo con lo previsto en los artículo 2.1 y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se somete a informe de esa Junta Consultiva la consulta que se expone a continuación:

1. La promulgación del Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación del material militar en el extranjero, aprobado por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Hacienda con la conformidad del de Asuntos Exteriores, según su preámbulo, está motivado porque "la ejecución de los programas aprobados para satisfacer las necesidades de la Defensa Nacional y mantener en estado operativo a las Fuerzas Armadas origina múltiples adquisiciones en el extranjero que se formalizan no sólo con Gobiernos o Entidades Públicas, sino con Empresas, siendo una de sus características peculiares la adhesión a las normas reglamentarias establecidas por aquellos entes y completadas por los usos y prácticas mercantiles" y que "la experiencia adquirida en la aplicación de la normativa vigente pone de manifiesto la necesidad de promulgar una disposición de rango adecuado que prevea las especiales características de estas contrataciones en el extranjero....".

2. En la versión, de fecha 19 de junio de 1992, el Anteproyecto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), elaborado por el Grupo de Trabajo constituido con la finalidad de estudiar la reforma de la Ley de Contratos del Estado e informada por el Consejo de Estado, en su artículo 2 apartado 11 dejaba fuera del ámbito de la LCAP los contratos que fuesen consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 223.1.b) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, exclusión que debe suponerse motivada por la adecuación de nuestra legislación al ordenamiento jurídico comunitario, en el cual los citados contratos estaban excluidos de la aplicación de las Directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública. En las Directivas vigentes dichos contratos siguen excluidos, como consta en el artículo 3 de la Directiva 93/36/CEE, sobre los contratos de suministro, y en el artículo 4 de la Directiva 92/50/CEE, sobre los contratos de servicios.

No obstante, a propuesta de este Ministerio, se suprimió de dicho Anteproyecto el apartado 11 del artículo 2, si bien se eximiría a estos contratos de la obligación de su publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, solicitud que se tuvo en cuenta, todo ello en el entendimiento de la plena vigencia del Real Decreto 1120/77.

Por otra parte, en la redacción de las diferentes versiones de los Anteproyectos se vio la necesidad de dejar en vigor el citado Real Decreto 1120/77, pues si bien el artículo que recogía la contratación en el extranjero (artículo 117 de la LCAP) regula los contratos que se celebren y ejecuten en el

extranjero, el Real Decreto 1120/77 afecta a los contratos de material militar que se celebren en España y se ejecuten en el extranjero.

Consecuentemente se derogó de una manera expresa el Decreto 3637/1965, regulador de los contratos que se celebren en territorio extranjero (Embajadas, Agregadurías, etc.), pero no el Real Decreto 1120/77.

3. La aplicación de la derogada Ley de Contratos del Estado y del Real Decreto 1120/77, daba cauce a adjudicar por contratación directa (hoy, procedimiento negociado) los contratos celebrados en territorio nacional con empresas extranjeras a que se refiere el primer párrafo del artículo undécimo del Real Decreto 1120/1977, lo que suponía de facto, cuando no existía empresa nacional capacitada para su ejecución, la aplicación con carácter general a los contratos referidos del artículo segundo de dicho Real Decreto.

La aludida habilitación para la utilización del procedimiento negociado es coherente con las complejas y variadas vicisitudes y negociaciones que conllevan la mayor parte de estos contratos de material militar con empresas privadas extranjeras dadas las implicaciones técnicas, industriales, estratégicas y de todo orden que estos requieren, y que se vería enormemente dificultados si se utilizara otro procedimiento de adjudicación diferente.

4. Una interpretación restrictiva de la normativa aplicable a estos contratos (legislación vigente y R.D. 1120/1977), en cuanto a la utilización del procedimiento negociado, pudiera limitar su aplicación con empresas privadas extranjeras a los supuestos contemplados en el articulado de dicha Ley (arts. 183, 211) y obligar, fuera de los mismos, a utilizar los otros procedimientos de adjudicación para la adquisición de este tipo de material, dejando su elección y adjudicación sujeta estrictamente a criterios previa y rígidamente establecidos, con los problemas que ello supondría no solo en el orden procedimental sino en cuanto a la obtención del objeto del contrato, ya que al tratarse de un mercado cautivo, imposibilita en la mayoría de los casos la determinación de unos criterios de selección objetivos en el concurso y ello favorecería la restricción de la posible concurrencia mediante el ajuste de las condiciones a las características de un contratista predeterminado, conculcándose así, los principios básicos de la LCAP en lo relativo a esta forma de adjudicación.

5. En consecuencia, si bien en la LCAP la regla general de la adjudicación es el concurso, las características de los contratos con empresas privadas extranjeras que ponen de relieve la inexistencia de quiebra de los principios de publicidad y concurrencia al acudir al procedimiento negociado, por la propia limitación de dicha concurrencia, permitiría la aplicación de la normativa especial contenida en los artículos segundo y undécimo del Real Decreto 1120/1977, como regulación positiva y singular al estimar insuficiente la legislación de la LCAP, constituyendo derecho especial aplicable a la contratación con estas empresas privadas extranjeras.

La necesidad de esta normativa especial se basa en las razones aludidas y en la excepcionalidad que las Directivas de la CEE atribuyen al material militar a que se refiere el artículo 223 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que lo excluye de su ámbito de aplicación.

6. Por lo expuesto, y al haber surgido alguna discrepancia sobre la interpretación del tan citado artículo undécimo del Real Decreto 1220/1977 como consecuencia de la promulgación de la LCAP, se eleva a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa consulta sobre la viabilidad de que las contrataciones de material militar con empresas privadas extranjeras puedan seguir adjudicándose por procedimiento negociado, por aplicación del

artículo segundo del Real Decreto 1120/1977, por remisión del artículo undécimo del mismo, y en el supuesto que dicha Ley no diera cobertura a la interpretación señalada en el punto anterior, se solicita se extienda el dictamen a la modificación normativa mas apropiada para adecuar la legislación vigente a las necesidades indicadas, permitiendo la contratación de material militar con empresas extranjeras sin necesidad de licitación pública."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Aunque la cuestión concreta que se suscita en el presente expediente es la de la vigencia o no de los artículos 2 y 11 del Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación del material militar en el extranjero y, al amparo del mismo, la posibilidad de utilización del procedimiento negociado en contratos del Ministerio de Defensa, cuestión que ha de resolverse mediante la interpretación de la disposición derogatoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con carácter previo, por poder influir en la solución que se adopte y, además, por aludirse expresamente en el escrito de consulta, han de realizarse ciertas consideraciones sobre la contemplación de estos contratos en las Directivas comunitarias sobre contratación pública y sobre la tramitación del anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. El artículo 3 de la Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro señala que la Directiva será de aplicación a todos los productos definidos en su artículo 1.a), incluidos los comprendidos en contratos adjudicados por los poderes adjudicadores en el sector de la defensa, con excepción de los productos a los que se aplica la letra b) del apartado 1 del artículo 223 del Tratado, referente a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra. Por su parte el artículo 4.1 de la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, preceptúa que la Directiva se aplicara a los contratos públicos de servicios adjudicados por las entidades adjudicadoras en el sector de defensa, con la excepción de los contratos a los que se aplique el artículo 223 del Tratado.

Resulta así que, prescindiendo, por carecer de interés a efectos del presente informe, de la interpretación que debe darse a la expresión "material de guerra", los contratos en el sector de la defensa incluidos en el artículo 223 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, concretamente, en su apartado b) no quedan sujetos a las citadas Directivas comunitarias, sin que ello resuelva la cuestión básica de sujeción o no a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues es evidente que existen múltiples contratos no sujetos a las Directivas, entre ellos los inferiores a los umbrales, que, sin embargo están sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que, en definitiva el argumento de no sujeción a las Directivas no puede utilizarse como argumento para sostener la no sujeción del respectivo contrato a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre todo si se tiene en cuenta que la circunstancia de no sujeción de estos contratos a las Directivas comunitarias la ha tomado en consideración la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al eximir de publicidad comunitaria a los contratos que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 223.1.b) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (artículo 178.2 para contratos de suministro y artículo 206.c) para contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales), exclusión de publicidad que ha de estimarse correcta, precisamente, por la no sujeción de estos contratos a las Directivas comunitarias.

3. Igualmente deben ser descartadas para la solución de la cuestión suscitada las indicaciones que en el escrito de consulta se hacen sobre la tramitación del anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Ya se ha razonado suficientemente sobre la concordancia del texto definitivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las Directivas comunitarias y el reflejo de estas últimas en la primera, mediante la exclusión simplemente de la obligación de publicidad comunitaria y no de todos los preceptos de la Ley. Por otra parte la interpretación que "a priori" se realizó por el Ministerio

de Defensa de la plena vigencia del Real Decreto 1120/1977, al formular su propuesta de supresión de la exclusión de contratos de la Ley, manteniendo la exclusión de la publicidad comunitaria, constituye un criterio subjetivo que en modo alguno puede servir para anticipar el resultado de la interpretación del texto definitivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que es lo que se va a realizar a continuación.

4. Centrándonos en la cuestión básica suscitada de la vigencia o no de los artículos 2 y 11 del Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, en cuanto a su amparo resulta posible la utilización del procedimiento negociado en los contratos que se celebren en territorio nacional entre la Administración militar y una empresa privada extranjera, resulta evidente que la misma ha de ser resuelta sobre la base de la interpretación de la disposición derogatoria de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, debiendo recordarse que, con independencia de la mención concreta de disposiciones vigentes y derogadas, la citada disposición derogatoria utiliza la clásica fórmula genérica de considerar derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango en cuanto se opongan a lo dispuesto en la Ley y no figurando mencionado el Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, entre las disposiciones que expresamente se derogan o se declaran subsistentes, habrá que dilucidar si su contenido, en concreto el de los artículos 2 y 11 a que se refiere el informe, se opone o no a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Dados los términos en que se manifiesta la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con la utilización del procedimiento negociado, al señalar en el artículo 76 que el procedimiento negociado sólo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente Ley para cada clase de contrato, reiterando este carácter taxativo de las causas de utilización del procedimiento negociado los artículos 140 y 141 para el contrato de obras, 160 para el contrato de gestión de servicios públicos, 182 y 183 para el contrato de suministro y 210 y 211 para el contrato de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos, no habituales, parece indudable que la utilización del procedimiento negociado en los contratos que se celebren en territorio nacional entre la Administración militar y una empresa privada extranjera debe quedar descartada al no poder quedar amparada por lo dispuesto en los artículos 2 y 11 del Real Decreto que se examina al establecer el primero la posibilidad de contratación directa y remitirse el segundo a lo que las partes convengan de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional, que, en este extremo se oponen a las prescripciones concretas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a la utilización del procedimiento negociado para la adjudicación del contrato.

5. En el último apartado del escrito de consulta se solicita que, dado el resultado de la interpretación realizada se informe sobre la modificación normativa más apropiada para adecuar la legislación vigente a las necesidades que se señalan, permitiendo la contratación de material militar con empresas extranjeras, sin necesidad de licitación pública.

De lo razonado en este informe resulta que, sin modificación normativa alguna, los órganos de contratación del Ministerio de Defensa pueden utilizar el procedimiento negociado si concurre alguna de las causas previstas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, si esto no resultara factible, la única solución a nivel normativo resultaría la modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por norma de rango adecuado, que permitiese la utilización del procedimiento negociado en los contratos objeto del presente informe.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha derogado, por incompatibilidad de contenido, los artículos 2 y 11 del Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, relativos a la posible utilización del procedimiento negociado (antes contratación directa) en los contratos celebrados en territorio nacional con empresas privadas extranjeras y que su

restablecimiento exigiría la modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con independencia de la posible utilización de dicho procedimiento si concurren las causas indispensables para ello, que establece la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.