

Informe 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".

8.1. Otros informes. Conceptos generales.

ANTECEDENTES

Por el Director del Instituto Cervantes, entidad de Derecho público adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores, se solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con la consulta elaborada por la Dirección de Administración del propio Instituto redactada en los siguientes términos:

"El Instituto Cervantes es una entidad de Derecho Público adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores, creada por Ley 7/1991, de 21 de marzo, cuyos fines son promover universalmente la enseñanza, el estudio y el uso del español, así como contribuir a la difusión de la cultura en el exterior, desarrollándose en este ámbito territorial la mayor parte de nuestra actividad contractual.

Con el fin de aclarar determinadas dudas derivadas de la aplicación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se solicita informe a esa Junta Consultiva en relación con las siguientes cuestiones:

** ¿Es obligatorio la solicitud de declaración de no hallarse incurso en las prohibiciones del art. 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para las empresas pertenecientes a la Comunidad Europea, en contratos celebrados y ejecutados en el extranjero?.*

** ¿Es necesaria la publicidad en el B.O.E. de las adjudicaciones de contratos, cuya convocatoria no ha sido publicada en el mismo? (Ej.: contrato adjudicado por procedimiento negociado sin publicidad).*

** ¿Es preceptiva la intervención de la Mesa de Contratación en contratos celebrados y ejecutados en el extranjero, adjudicados por procedimiento negociado?.*

** ¿La publicidad que preceptúa el art. 117.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas implica la necesidad de publicar tales contratos en el B.O.E.?*

** ¿Es obligatoria la exigencia de clasificación, en los supuestos en que la misma sea requerida a empresas españolas, para las empresas extranjeras no comunitarias?.*

** ¿Es necesario que sea la Mesa de Contratación la que formule la propuesta de adjudicación, cuando el procedimiento de adjudicación sea el negociado sin publicidad, debido a que solo existe un empresario que pueda ejecutar el contrato?.*

** ¿Existe alguna excepción, por razón de la escasa cuantía, a la obligatoriedad de adquirir los equipos informáticos a través de la Subdirección General de Compras?.*

** ¿Es obligatoria la adquisición de todos los bienes que incluyen los catálogos a través de la Subdirección General de Compras? (Ej.: Cursos de formación).*

Finalmente señalar el problema detectado, en contratos celebrados y ejecutados en el extranjero, en cuanto a los pagos anticipados en determinados contratos de suministro, dado que en la mayoría de los estados no es habitual la constitución de garantía que cubra el anticipo, haciendo a veces imposible encontrar un suministrador.

Asimismo, pueden plantear problemas de jurisdicción competente los supuestos, que en virtud de la aplicación del art. 117.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, presenta la siguiente situación: Empresario español; legislación aplicable: la extranjera; jurisdicción competente: la española.

Nos gustaría conocer la opinión de esa Junta Consultiva, en cuanto a la posibilidad e encontrar soluciones alternativas a estas dos cuestiones."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Para una ordenación sistemática del estudio y solución a las preguntas formuladas pueden ser agrupadas según hagan referencia a cuestiones de capacidad y solvencia de las empresas; a actuaciones de la Mesa de contratación; a publicidad de licitaciones y adjudicaciones; a adquisiciones a través del Servicio Central de Suministros; a garantías en los supuestos de pagos anticipados y a problemas de jurisdicción competente.

Sin embargo, con carácter previo a abordar el estudio de cada una de las cuestiones suscitadas, debe serlo el del carácter de la regulación contenida en el artículo 117 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto el mismo puede servir de valioso elemento interpretativo para llegar a las conclusiones que se propugnan en relación con las cuestiones suscitadas.

Consciente el legislador de las dificultades de determinar el régimen jurídico de los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, derivadas de la necesidad de conciliar los preceptos de las distintas legislaciones aplicables a estos contratos (la legislación española y la del país en el que el contrato se celebre y ejecute) se ha limitado, en el artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a establecer una serie de reglas dotadas de cierta flexibilidad y a declarar, en su apartado 1, que la aplicación de estas reglas 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 se quiere resaltar que el carácter flexible de gran parte de las reglas del artículo 117 de la Ley y la circunstancia de que dicho artículo remite, no a preceptos concretos, sino a los principios de la Ley para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse, permite una interpretación alejada de rigideces, en todos los supuestos en que no aparezca una regla que taxativamente resuelva la cuestión suscitada, como sucede, precisamente por suscitar dudas interpretativas, con las que se someten a la consideración de la Junta.

2. En cuanto a las cuestiones de capacidad y solvencia se consulta expresamente si a las empresas pertenecientes a la Comunidad Europea (sin hacer distinción entre españolas y las pertenecientes al resto de países comunitarios) se les debe exigir la declaración de no hallarse incursas en las prohibiciones del artículo 20 de la Ley y si es obligatoria la exigencia de clasificación a las empresas extranjeras, no comunitarias, en los supuestos en que la misma sea requerida a empresas españolas.

Ambas cuestiones tienen que ser resueltas sobre la base de lo dispuesto en el artículo 117, apartado 1.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, después de establecer la salvedad de los requisitos de capacidad que puedan exigir las leyes del Estado en que se celebre el contrato, aspecto que carece de interés a efectos del presente informe, añade que "para determinar las condiciones de capacidad y solvencia de las empresas españolas y de las pertenecientes al resto de Estados miembros de la Comunidad Europea, se estará a lo dispuesto en esta Ley".

No debe existir duda alguna de que, a los efectos de este artículo y apartado, entre las condiciones de capacidad y solvencia de las empresas para contratar con la Administración, se encuentra la de no hallarse incurso en causas determinantes de prohibición de contratar previstas en el artículo 20 de la Ley, por lo que la acreditación de esta circunstancia negativa, por los medios previstos en el artículo 21.5, habrá de exigirse, tanto a las empresas españolas, como al resto de empresas comunitarias, pues a ambas se refiere la regla del artículo 117, apartado 1.b) con remisión al resto de los artículos de la Ley que tratan de las condiciones de capacidad y solvencia, debiendo advertirse que, además de la declaración responsable u otro medio de acreditar la inexistencia de causa determinante de la prohibición de contratar, las empresas españolas y las restantes comunitarias habrán de acreditar los requisitos de capacidad y solvencia con aplicación de los artículos 15 a 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en el artículo 4 y siguientes del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la anterior.

En cuanto a la exigencia de clasificación a empresas extranjeras no comunitarias, hay que tener en cuenta que a las mismas no se refiere el artículo 117.1.b) 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 el artículo 117, fácilmente puede concluirse que el requisito de la clasificación no será exigible a empresas extranjeras no comunitarias en contratos que se celebren 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 en España la correspondiente clasificación.

Por otra parte, el artículo 6 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley viene a confirmar esta interpretación, pues, sin referirse ni aludir al requisito de la clasificación, indica que la capacidad de empresas extranjeras, no comunitarias, ni firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, se acreditará mediante certificación expedida por la respectiva representación diplomática española en la que hagan constar que figuran inscritas en el Registro local, profesional, comercial o análogo o, en su defecto, que actúan con habitualidad en el tráfico local en el ámbito de las actividades a las que se extiende el objeto del contrato. Tal precepto reglamentario interpretado conjuntamente con el artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, permite insistir en que, en los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, aparte de las condiciones de capacidad exigidas en las leyes del Estado en que se celebre el contrato, las empresas extranjeras habrán de acreditar la inscripción o el tráfico habitual a que se refiere el citado artículo 6 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, sin que resulte exigible el requisito de la clasificación.

3. En relación con la actuación de la Mesa de contratación se consulta si es preceptiva su intervención en contratos celebrados y ejecutados en el extranjero, adjudicados por procedimiento negociado y si es necesario que sea la Mesa de contratación la que formule la propuesta de adjudicación cuando se utilice el procedimiento negociado, debido a que solo existe un empresario que pueda ejecutar el contrato.

La consulta relativa al carácter preceptivo de la intervención de la Mesa en contratos celebrados y ejecutados en el extranjero ha de ser resuelta en sentido negativo, si se tiene en cuenta que por celebración del contrato, en el sentido utilizado por el artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha de entenderse adjudicación del mismo y en los casos en que tenga lugar en el extranjero resultara imposible, o al menos sumamente difícil, la constitución de la Mesa con los componentes que se detallan en el artículo 82 de la Ley y en el artículo 22 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la misma. A esta conclusión conduce la interpretación del artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con el criterio de flexibilidad en el que venimos insistiendo, pues dicho artículo 117 no se refiere para nada a la Mesa de contratación y únicamente establece reglas concretas para la regulación de determinados aspectos, resultado de su apartado que tendrán 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 disposiciones.

La misma conclusión obviamente debe ser mantenida en cuanto a la necesidad de que la Mesa de contratación formule propuesta de adjudicación en el procedimiento negociado con un solo empresario, si el contrato se celebra y ejecuta en el extranjero. No obstante, debe simplemente advertirse, dado que tal extremo no es objeto de consulta, que la conclusión debe ser la opuesta en el caso de contratos que no se celebren y ejecuten en el extranjero, sino en España, pues la de existencia de un solo empresario no constituye argumento que sirva para desvirtuar la preceptiva intervención de la Mesa de contratación que resulta del artículo 82 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

4. En relación con la publicidad se suscitan las cuestiones de si es necesaria la publicidad de adjudicaciones en el Boletín Oficial del Estado, si la convocatoria de licitación no ha sido publicada en el mismo y si la publicidad que preceptúa el artículo 117.4 de la Ley implica la necesidad de publicar tales contratos en el Boletín Oficial del Estado.

La publicidad de adjudicaciones se regula en el artículo 94 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que la impone con carácter preceptivo para todos los contratos que se adjudiquen por importe igual o superior a 5.000.000 de pesetas, sin que se establezca ninguna excepción para los contratos, que previamente a su celebración, no hayan sido objeto de anuncio, sin que resulte procedente, a estos efectos, realizar distinción alguna entre contratos celebrados en el extranjero o en territorio nacional, dado que tal distinción no tendría apoyo en norma concreta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni en sus disposiciones de desarrollo.

En cuanto al artículo 117.4 relativo a la publicidad comunitaria de los contratos que se celebren y ejecuten en los Estados miembros de la Comunidad Europea, si bien es cierto que este artículo y apartado expresamente hace referencia a la "publicidad comunitaria", también lo es que se refiere a una sola especialidad de la publicidad para contratos de cuantía igual o superior a la que fijan las Directivas comunitarias, pero no afecta a las restantes normas de publicidad de la Ley, entre ellas, como hemos indicado anteriormente, las de publicidad de adjudicaciones y, como indicamos ahora, las de publicidad exclusiva en el Boletín Oficial del Estado, para los contratos inferiores a los umbrales o las de la publicidad compartida también en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas para los contratos de cuantía igual o superior a los umbrales comunitarios.

Esta última conclusión, que responde a la cuestión expresamente consultada, tiene un apoyo, además, en la finalidad que persigue la publicidad en el Boletín Oficial del Estado en los casos en que procede la publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 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 Boletín Oficial del Estado implicaría una discriminación negativa, a estos efectos de publicidad, para los empresarios españoles en relación con los restantes empresarios comunitarios.

5. En cuanto a las cuestiones suscitadas en relación con el Servicio Central de Suministros, hay que entender que las mismas se plantean en relación con contratos no sujetos al artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es decir, que no se celebren y ejecuten en el extranjero, pues para estos últimos resulta ocioso plantearse la posibilidad de celebrar contratos de suministro prescindiendo del sistema establecido para el Servicio Central de Suministros, dado que el propio artículo 117 en su apartado 1.a) se remite, en cuanto a la competencia para adjudicar los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley, sin hacer mención alguna del artículo 184 de la propia Ley del que resulta la competencia de la Dirección General del Patrimonio del Estado para la adquisición de determinados bienes, a través del Servicio Central de Suministros.

Tratándose de contratos que no se celebren y ejecuten en el extranjero la posición del Instituto Cervantes es idéntica a la de las restantes Entidades públicas estatales al ser estas últimas expresamente citadas en el artículo 184 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, por tanto, quedará sujeto a las adquisiciones a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado (Servicio Central de Suministros) con las excepciones que, independientemente de las que se fijen en lo sucesivo, resultan del Real Decreto 533/1992, de 22 de mayo, que, con las necesarias adaptaciones a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que sustituye al artículo 84 de la Ley de Contratos del Estado que expresamente cita, debe considerarse no derogado por la disposición derogatoria de la propia Ley.

6. Otra cuestión suscitada en el escrito de consulta del Instituto Cervantes es la relativa a la constitución de garantía por el adjudicatario que cubra los anticipos en determinados contratos de suministro a que se refiere el artículo 117.1.g) de la Ley. En concreto se solicita la opinión de esta Junta en cuanto a la posibilidad de encontrar soluciones alternativas a la constitución de garantía, dado -se dice- que en la mayoría de los Estados no es habitual la constitución de garantía que cubra el anticipo, haciendo a veces imposible encontrar un suministrador.

A juicio de esta Junta, sin necesidad de acudir a soluciones alternativas, resulta suficiente aplicar el criterio interpretativo de flexibilidad del artículo 117, cuyo apartado 1.g) sienta la regla general de que el pago del precio se condicionará a la entrega por el contratista de la prestación convenida, y sólo en el caso de que ello se oponga al derecho o costumbres del Estado en que se celebre el contrato, establece que se deberá exigir garantía que cubra el anticipo, con lo que, al no precisar en que consiste esta garantía, deja en libertad al órgano de contratación para admitir cualquier forma que, a su juicio, garantice la devolución del anticipo en el caso en que no se efectúe la entrega de la prestación convenida, que es la finalidad del precepto y de la constitución de garantía.

7. Por último, también a efectos de que se indique una solución alternativa, el escrito de consulta se plantea el problema de jurisdicción competente por aplicación del artículo 117.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al poder darse la situación de empresario español, legislación aplicable la extranjera y jurisdicción competente la española.

El supuesto planteado en el escrito de consulta es difícil que se plantee en la práctica, dado que a los empresarios españoles, conforme al artículo 117 de la Ley les podrá afectar sólo la normativa extranjera en cuanto a condiciones de capacidad y solvencia que se exijan en las leyes del Estado en el que se celebre el contrato. En cualquier caso, siendo un problema ajeno a la contratación administrativa la aplicación por tribunales españoles de legislación extranjera, su carácter general determina que deba ser resuelto con arreglo a normas y criterios también generales, entendiéndose esta Junta que no pueden suscitarse las dificultades que se apuntan en el escrito de consulta del Instituto Cervantes.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto y como resumen la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con las cuestiones suscitadas por el Instituto Cervantes, en relación con la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, entiende lo siguiente:

1. Que la acreditación de no hallarse incurso la empresa en causas de prohibición de contratar debe exigirse a las empresas españolas y a las pertenecientes al resto de países comunitarios, sin que, por el contrario, el requisito de la clasificación pueda exigirse a las empresas extranjeras no comunitarias.

2. Que no resulta preceptiva la actuación de la Mesa de contratación en los contratos celebrados y ejecutados en el extranjero.

3. Que las adjudicaciones de contratos han de publicarse en el Boletín Oficial del Estado, cuando el importe de la adjudicación sea igual o superior a 5.000.000 de pesetas, independientemente de que no se haya publicado anteriormente anuncio de licitación y que los anuncios de licitación que se publiquen en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas deberán también ser publicados en el Boletín Oficial del Estado.

4. Que no resultan aplicables las normas del Servicio Central de Suministros a los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero.

5. Que la garantía por anticipos del precio, deberá exigirse con los criterios flexibles resultantes del artículo 117.1.g).

6. Que no debe suscitar especiales dificultades, por tener que resolverse con criterios generales, la cuestión de aplicación por Tribunales españoles a empresarios españoles de aspectos muy concretos de la legislación extranjera.