

## LA CONTRATACIÓN EXTERIOR DEL MINISTERIO DE DEFENSA

Miguel Sanabria Luengo  
*Capitán de Intendencia  
del Ejército del Aire*

### SUMARIO

INTRODUCCIÓN. A) La contratación exterior en el TRLCAP. CAPITULO I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y MODALIDADES. 1. Delimitación conceptual. 2. Contratos comerciales internacionales. A) Definición y descripción. 3. Contratos acogidos al sistema de ventas en el extranjero del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica (FMS). A) La Política de asistencia a la Seguridad. B) Análisis de los instrumentos contractuales. C) La inversión de la posición de la Administración. 4. Modalidades contractuales de cooperación militar industrial. A) Definición. B) Contratos en el seno de la OTAN. C) Los Memorandos de entendimiento. CAPITULO II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MODALIDADES CONTRACTUALES. 1. Las exclusiones de la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas. A) Diferencias entre convenios y contratos. B) Convenios consecuencia del artículo 296 del TCE. C) Otras exclusiones. 2. Carácter Administrativo de los contratos comerciales. El carácter administrativo especial de los contratos FMS. A) El criterio legal de distinción. B) Naturaleza jurídica de los instrumentos de cooperación en material de industria militar. CAPÍTULO III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN EXTERIOR. 1. Normativa aplicable. A) Vigencia del RD 1120/1977. B) Usos y costumbres vigentes en el comercio internacional: La Ley UNCITRAL y su significación actual. 2. Régimen jurídico de los contratos comerciales. A) Los actos preparatorios. B) Precio y presupuesto. C) Selección del contratista. E) Las Garantías. F) Ejecución del contrato. G) Solución de Controversias: Inmunidad de jurisdicción y ejecución. H) Pago del precio. 3. Régimen jurídico de los MOUS. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.

### INTRODUCCIÓN

La deficiencia tecnológica de nuestra nación en el campo de la industria militar obliga a recurrir a terceros países para la adquisición del material necesario para el cumplimiento de los fines que las Fuerzas Armadas tienen

encomendados constitucionalmente. Esta situación, supone por un lado la apertura al mercado mundial de la contratación pública, caracterizada en algunos sistemas como el nuestro como administrativa. Ello hace que no sea sólo conveniente sino también necesario la realización de un estudio con alcance metodológico propio del Derecho internacional privado. El desenvolvimiento de la actuación del Ministerio de Defensa en el ámbito del comercio internacional de armamento cristaliza en la conformación de un espacio transnacional de la contratación pública, revestido de unas particularidades que dotan al mismo de autonomía y reglas propias.

La determinación de su régimen jurídico, ha de pasar necesariamente por el análisis de la legislación especial aplicable y su vigencia, contrastándola con la normativa que regula los contratos denominados típicos o nominados. Dentro del citado análisis se pone de manifiesto la diferente postura que adopta la administración contratante, la merma en la ostentación de prerrogativas y si esta situación es compatible con los fines que se persiguen en la contratación pública.

En este mismo orden de cosas, destaca la escasa regulación de este sector de la contratación, no solamente a nivel nacional, sino también dentro del ámbito de la legislación europea.

Ello plantea dos cuestiones fundamentales, por un lado si lo que pretende el legislador es dotar de plena autonomía a este sector, o bien por el contrario situarlo dentro del ámbito de la contratación pública, bien que con un carácter especial, en el que convergen distintos tipos de derechos.

Por último, una vez determinado su régimen jurídico, resulta conveniente analizar las especialidades que se presentan dentro de las modalidades contractuales en este sector de la contratación pública, haciendo hincapié en el estudio de su naturaleza jurídica y, sobre todo, en la determinación del ámbito de competencia desde el punto de vista constitucional. Nos estamos refiriendo a la distinción entre convenio y tratado internacional, con las consecuencias que ello conlleva desde el punto de vista de la competencia para su realización.

El objeto final de este análisis no es otro que la determinación de los principios que inspiran la contratación exterior del Ministerio de Defensa, así como poner de manifiesto la escasa regulación de este sector, tanto en la legislación española como en la europea.

## A) LA CONTRATACIÓN EXTERIOR EN EL TrLCAP

El Texto Refundido por el que se aprueba la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TrLCAP) aborda una serie de problemas, sin

duda, susceptibles de ser tipificados como de Derecho internacional privado, contemplando, siquiera tímidamente, el fenómeno de la contratación pública cuando entra en juego el elemento internacional. Este fenómeno tiene lugar en dos ámbitos diferenciados de la actuación contractual de nuestras Administraciones Públicas, definidos por la presencia del elemento extranjero nacionalidad o lugar de celebración y ejecución fuera del territorio nacional. Es decir, cuando estamos en presencia de cualquiera de estos dos elementos, el mencionado texto legal aborda problemas propios del Derecho internacional privado. Ahora bien la aparición de los mismos, es consecuencia de la existencia cada vez mayor de una contratación pública internacional.

Nos referimos tanto a la contratación que se desenvuelve en el territorio nacional, caracterizada por la participación de un contratista extranjero, como a aquella efectuada fuera de nuestras fronteras, con independencia del carácter nacional o extranjero de la parte que contrata con la Administración.

Y es que, si el fenómeno de la unificación internacional referida a la contratación pública, viene determinado por la apertura del mercado internacional de la contratación pública, la necesaria consecuencia del mismo es la existencia de una regulación específica en cuanto a las condiciones y requisitos necesarios para el acceso a los procedimientos de licitación, directamente condicionada en el caso español, por el proceso de integración acometido en el marco de la Unión Europea.

Se establece así, en la Ley interna española, una doble distinción entre contratistas nacionales y contratistas extranjeros, sometiendo a su vez a un régimen diverso el acceso de los contratistas de Estados miembros de la Unión, claramente privilegiados respecto de los del resto de los Estados, lo que en principio pudiera contradecir las normas contenidas en el Acuerdo sobre contratación pública de la Organización Mundial del Comercio.

Estas normas que existen en mayor o menor medida en todas las legislaciones nacionales de los Estados incursos en este fenómeno aperturista, están íntimamente conectadas con el contenido del Derecho internacional privado, en la medida en que determinan el goce o disfrute de determinados derechos por parte de las empresas. A título meramente indicativo, podemos destacar las normas internas españolas contenidas en el TrLCAP, relativas a publicidad, capacidad y solvencia económica de las empresas, clasificación y registro, así como las garantías exigidas para poder concurrir a los procedimientos de adjudicación abiertos y restringidos.

La intervención de una Administración pública determina una modulación sustancial del principio de autonomía conflictual, propio del Derecho internacional privado, que resulta aún más patente en los sistemas

como el español o el francés, partidarios de subsumir estos tipos contractuales bajo el Derecho Administrativo. Lo que implica, que la intervención de una Administración Pública en este tipo de contratación internacional, relaja las exigencias establecidas en la regulación de su contratación nacional, pero impide de alguna manera, el juego total de la autonomía conflictual que se da cuando las partes contratantes son particulares.

Esta calificación, consecuente con el régimen jurídico establecido para los mismos, en ocasiones se relaja, como en el caso español, ante los supuestos de contratación celebrada y a ejecutar en el extranjero. En efecto, el ordenamiento interno español, contiene, una regulación pormenorizada de unos tipos contractuales específicos y concretos, llamados contratos nominados. En definitiva, la consideración como contrato administrativo, de alguna de las figuras cuyo estudio proponemos, flexibiliza la aplicación del principio de la autonomía conflictual, en los supuestos de contratación realizada en el marco territorial español a pesar del elemento extranjero nacionalidad.

Idéntico postulado resulta predicable respecto de los contratos privados internacionales efectuados en territorio nacional. Y es que, no sólo los actos preparatorios y de ejecución aparecen regulados en las normas contenidas en la actual TrLCAP. En la reglamentación de fondo aparecen mezclados en distintas proporciones el Derecho administrativo y el Derecho privado.

Por otro lado, merece especial consideración, el tratamiento de los aspectos relativos a la solución de controversias derivadas de las figuras objeto de exposición, quizás tratadas de manera insuficiente en la actual Ley de Contratos. Esta insuficiencia de tratamiento, no obstante, tratará de ser completada mediante propuestas de soluciones más acordes con el carácter internacional de los tipos contractuales objeto de análisis y, en definitiva, con el ámbito en el que la actividad contractual de la Administración se desenvuelve: el del comercio internacional. La nueva regulación plantea problemas de competencia judicial internacional y de arbitraje.

Dentro ya de la contratación objeto de estudio de este trabajo, la contratación exterior del Ministerio de Defensa, la regulación contenida en el TrLCAP resulta insuficiente. En primer lugar, porque excluye de su ámbito de aplicación gran parte de las modalidades contractuales a través de las cuales se desarrolla este tipo de contratación. En segundo lugar, por la inseguridad en cuanto a la vigencia de la normativa contractual específicamente aplicable a estos contratos. El TrLCAP no se refiere a ella, por lo que cabe albergar alguna duda sobre su vigencia.

La incertidumbre que existe sobre el régimen jurídico aplicable comienza en el momento en que se analiza su naturaleza jurídica, cuestión que tampoco resuelve la citada ley de Contratos.

Con todo, hay que destacar que el TrLCAP constituye un hito en el tratamiento de la internacionalidad de la Contratación administrativa. Las modificaciones introducidas por la Ley 13/1995, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como el art. 117, la habilitación de la introducción de normas y usos del comercio internacional en los contratos que sean consecuencia de la aplicación del artículo 296 del Tratado de Roma (TCE) y la flexibilización de los requisitos para la concurrencia de empresarios extranjeros a la contratación administrativa, constituyen factores que ponen de relieve la actual consideración del legislador hacia este tipo de contratación, cada vez más común fruto del proceso globalizador en el que nos hallamos inmersos (1).

## CAPÍTULO I DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y MODALIDADES

### 1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El concepto de contratación exterior del Estado, y en nuestro caso, del Ministerio de Defensa, se contraponen al de contratación interior. Ésta se antoja bien sencilla de definir a saber: se puede definir como aquella que se enmarca plenamente dentro de la legislación española, sea administrativa o civil. Contratación exterior será, pues, aquella que se extiende más allá del ámbito de aplicación de las leyes españolas y que, por lo tanto, en mayor o menor medida cae en el ámbito de una legislación extranjera, o dentro de una jurisdicción foránea.

¿Cuándo se produce este fenómeno? La respuesta más sencilla es la siguiente: cuando el contrato produce efectos jurídicos fuera del territorio nacional. Dos son los supuestos imaginables:

Que el contrato se celebre en territorio extranjero o

Que el contrato se celebre con una persona no residente (que en lo sucesivo, y por mayor facilidad de expresión «extranjero», recogiendo el supuesto más normal), y la prestación tenga lugar, en todo o en parte, en territorio extranjero.

---

(1) Sobre el artículo 117 del TrLCAP, que lleva por rúbrica «los contratos celebrados en el extranjero», puede verse el amplio comentario del que es autor FERNÁNDEZ-PIÑEYRO Y HERNÁNDEZ, EMILIO en *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas* de Emilio Jiménez Aparicio (Coord.). Aranzadi - Thomson. 2.ª Edición. 2002. Págs. 1.071 a 1.115.

En ambos supuestos se produce, cuando menos, un conflicto entre dos o más ordenamientos jurídicos, aunque a la postre pueda resultar aplicable la legislación española.

El lugar de celebración del contrato, señalado como supuesto a) más arriba, sería por sí solo inoperante si no fuera unido a un hecho cierto, y si lo hace es porque la prestación contractual tiene lugar, en todo o en parte en el extranjero.

El fenómeno de la contratación exterior del Ministerio de Defensa al que se alude en el presente trabajo, toma como supuesto normal el de contratos entre el Estado español y los particulares extranjeros. Ahora bien, en numerosas ocasiones se presenta, o puede presentarse, el caso de que el particular extranjero es otro Estado u organismo público del mismo. Es en ese momento en el que se entra en una zona gris, en donde no aparece claramente delimitado el borde entre contrato y Tratado Internacional.

Por otro lado, la contratación exterior del Ministerio de Defensa y del Estado en general, se encuentra en un vértice de ordenamientos jurídicos: El Derecho Administrativo y el Derecho Privado, Civil o Mercantil; el Derecho Privado y el Derecho Internacional Público. De ahí que las tareas de delimitación conceptual del sistema jurídico en el que se desenvuelve la contratación exterior hayan sido vacilantes y poco claras, como se verá en las páginas siguientes.

Siguiendo el planteamiento de Werner Goldschmidt (2), lo primero que se observa es que la relación jurídica contractual entre un Estado soberano y un particular extranjero es una relación asimétrica, es decir, una relación en la que las partes no se encuentran en una misma situación jurídica de partida. El Estado es titular de las potestades inherentes a la soberanía: poder legislativo y poder reglamentario. El Estado goza de privilegios procesales tanto en el interior como en el exterior.

Pues bien, el ideal de justicia requiere convertir las relaciones jurídicas «asimétricas» en relaciones «simétricas», mediante la elaboración de los conceptos jurídicos precisos que otorguen a la parte contractual más débil las suficientes garantías frente a la más poderosa.

En eso, como afirma el profesor Saínz de Vicuña (3), y no en otra cosa ha consistido la legislación laboral (protectora del trabajador), la legislación administrativa (limitadora de las potestades públicas y creadora de los derechos subjetivos del administrado), la legislación arrendaticia (protectora del arrendatario), etc.. La normativa contractual pública parte del pre-

---

(2) GOLDSCHMIDT, W. «*State contracts: a methodological study*». 1972.

(3) SAÍNZ DE VICUÑA, A. «*La Contratación Exterior del Estado*». 1986 pag 18.

supuesto de que la Administración goza de una posición de preeminencia, que se justifica en la salvaguardia del interés general. Dicha posición se manifiesta en las prerrogativas públicas de que dispone la Administración en el contrato. El necesario reequilibrio de la posición jurídica del particular se consigue a través del reconocimiento del equivalente económico del contrato.

El segundo problema que surge en este tipo de contratación es el de la asimetría entre las posiciones que adopta nuestro Estado a la hora de celebrar contratos de suministro con potencias extranjeras en el campo de la tecnología militar. En estos casos, como ya veremos a lo largo de este ensayo, nuestra Administración se ve obligada a someterse a contratos de adhesión.

En cualquier caso, por mucho que los diferentes instrumentos contractuales establezcan cláusulas que equiparen las posiciones de las partes, el Estado en el momento en que se ve inmerso en este tipo de contratación se ve despojado en mayor o menor medida de las potestades que ostenta en la contratación nominada o típica. Ello obedece como se ha apuntado con anterioridad a la dependencia de nuestra nación en el campo de la tecnología militar, así como a la entrada en juego del Derecho Internacional privado, basado en el principio de paridad entre las partes.

Por tanto, se puede concluir que la contratación exterior del Ministerio de Defensa objeto de estudio en este ensayo es aquella que produce efectos jurídicos en el extranjero. Entran dentro de ella todos los contratos del citado Ministerio:

Que se celebren en territorio extranjero o

Que cualquiera que sea el lugar de contratación se celebren con una persona jurídica u organismo público extranjero y la prestación tenga lugar en todo o en parte en territorio extranjero.

Que el objeto del contrato sea el suministro de material militar.

Ahora bien circunscribiéndonos más al objeto de estudio de nuestro trabajo, estas circunstancias clarificativas del concepto de contratación exterior de la Administración militar, se presentan en unas modalidades contractuales concretas, que son las que a continuación van a ser analizadas. Básicamente podemos clasificarlas en tres grandes grupos:

a) Contratos comerciales con empresas extranjeras.

b) Contratos acogidos al sistema de ventas en el extranjero, del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica (FMS).

c) Instrumentos de cooperación industrial en materia militar con organismos y gobiernos extranjeros.

## 2. CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES DE SUMINISTROS MILITARES CON EMPRESAS EXTRANJERAS.

### A) Definición y descripción

Se puede definir el contrato comercial internacional cuyo objeto sea la adquisición de suministros de carácter militar, como aquel que celebra la Administración militar con una empresa extranjera en territorio nacional y cuyas prestaciones tengan lugar, en todo o en parte, en territorio extranjero.

La primera aclaración que procede realizar al respecto, es que el término extranjero utilizado en la definición abarca tanto al territorio de la Unión Europea como al extracomunitario. No obstante, como luego se analizará al tratar el régimen jurídico de estos contratos, existen diferencias sustanciales en su regulación dependiendo de si la empresa en cuestión es comunitaria o no.

Los contratos comerciales, como cualquier otro contrato administrativo, nace como consecuencia de una necesidad, que en nuestro caso se trata de la adquisición de material militar. Este material militar debe estar comprendido en la lista establecida por la Decisión del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 15 de abril de 1958. Esta lista fue ampliada por la Directiva 80/767/CEE, sobre contratos de suministros, de 22 de julio de 1980 (4). Resulta necesario que el objeto de los contratos esté incluido dentro de esta lista, pues de lo contrario no estaríamos sino ante un contrato en el que una de las partes es extranjero, lo que no plantea ninguna dificultad de carácter jurídico.

La existencia de esta lista, como a lo largo de este trabajo analizaremos, tiene su causa o justificación en la excepción establecida en el artículo 296 del Tratado de Roma a la aplicación sus normas al sector de la defensa nacional de cada Estado. Esta norma fue desarrollada por la directiva 77/62/CEE de 18-8-1977, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.

La necesidad a la que nos estamos refiriendo, debe ser elevada al órgano competente en materia de contratación administrativa en el ámbito del Ejército de que se trate. Para la determinación del citado órgano se estará a lo dispuesto en el Real Decreto 1437/2001 de 21 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de convenios, contratos y acuerdos técnicos en el ámbito del Ministerio de Defensa (5), así como en la Orden

---

(4) Ver DOCE 28/8/1980.

(5) Ver BOE núm.306, de 22 de diciembre de 2001.



DEF /941/2002, de 19 de abril, sobre delegación de competencias de autoridades del Ejército de Tierra, Armada y Ejército del Aire, en materia de convenios y contratos en el ámbito del Ministerio de Defensa (6).

Una vez determinado el órgano de contratación que ha de iniciar el expediente, se procederá a la redacción de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que han de regir el contrato en cuestión, así como el correspondiente pliego de prescripciones técnicas. Aprobados éstos comenzará el correspondiente procedimiento de adjudicación, que dadas las características del objeto del contrato se realizará por el procedimiento negociado sin publicidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 182 f) o c) de la LCAP (7).

Hasta aquí, desde el punto de vista jurídico no se aprecia ninguna diferencia con la iniciación y adjudicación de un contrato de suministro en lo que al régimen jurídico se refiere. No obstante, como se puso de manifiesto en la introducción, el material de que se trata y el carácter extranjero de la empresa licitante introducen diferencias sustanciales al régimen jurídico del contrato en cuestión. Sin ánimo de entrar en el análisis pormenorizado del régimen jurídico aplicable a estos contratos comerciales, que será objeto de los capítulos siguientes, sí conviene no obstante resaltar las características básicas y diferenciadoras de esta modalidad contractual.

Así, partiendo del objeto de estos contratos, nos encontramos con un mercado muy especial, el del material militar, que prácticamente es monopolístico. Esto implica que las reglas aplicables a estos contratos no son siempre las más ventajosas para la Administración. En primer lugar, la Administración no puede hacer valer todas las potestades que ostenta en la contratación nominada, debido fundamentalmente al carácter del mercado y en segundo lugar a la introducción de cláusulas que recogen normas y usos del comercio internacional.

Fundamentalmente estas normas y usos de comercio internacional tienden a la consecución de paridad en la posición de las partes. Las cláusulas a las que nos referiremos más adelante, afectan sobre todo a la forma de entrega y recepción del material, a la jurisdicción a la que se deben

---

(6) Ver BOD núm 87, de 6 de mayo de 2002.

(7) La letra f) del artículo 182, permite acudir a la adjudicación por procedimiento negociado sin publicidad en aquellos contratos que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 del Tratado de Roma, que deba celebrar el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras, cuando no existan empresas españolas capacitadas para ejecutarlo. Por otro lado, la letra c) del mencionado artículo 182 establece la misma posibilidad que el anterior apartado cuando a causa de la especificidad técnica tan sólo, pueda encargarse el contrato a un único proveedor.

someter las partes, a las garantías a prestar por el adjudicatario y al arreglo de controversias que surgen a lo largo de la vida del contrato. Todo ello, ha llevado a la lógica toma de medidas para el pago de estos contratos que por otro lado, presenta especialidades y ha sido objeto de regulación ad hoc.

### 3. CONTRATOS ACOGIDOS AL SISTEMA DE VENTAS EN EL EXTRANJERO DEL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (FMS)

#### **A) La Política de la Asistencia a la Seguridad**

Los contratos celebrados por nuestra Administración para la adquisición de material militar en el extranjero más importantes tanto desde el punto de vista de su número como de la cuantía de los mismos, son los celebrados con el Gobierno de los Estados Unidos a través del sistema de ventas en el extranjero (*Foreign Military Sales*) establecido por el mencionado Gobierno.

Su existencia data desde el reestablecimiento de nuestras relaciones bilaterales con dicha nación en 1952, tras el levantamiento del embargo acordado por Naciones Unidas al final de nuestra guerra civil.

Concretamente, con el recrudecimiento de la guerra fría entre los bloques existentes, los Estados Unidos ven en nuestra nación un aliado en el sur de Europa al que interesa dotar de armamento suficiente para contrarrestar la amenaza soviética en nuestra área geográfica.

A partir de la firma de los Acuerdos de Cooperación Militar de 1952, que incluían la cesión de terrenos para la instalación de bases americanas en nuestro territorio, comienza una relación comercial en el sector armamentístico que continúa en la actualidad.

La mencionada relación queda enmarcada dentro del desarrollo de la mencionada Política de Asistencia a la Seguridad del Gobierno Americano, como parte integrante de sus relaciones exteriores.

Desde el punto de vista legislativo (estadounidense), la mencionada política se ampara en dos normas fundamentales, la denominada Ley de Ayuda al Exterior (*Foreign Assistance Act*) de 1961 y la Ley de Control de Exportación de Armas (*Arms Export Control Act*) de 1976.

La definición más exacta de este tipo de asistencia o ayuda viene recogida en el primer texto legal mencionado. Así en su sección 502B titulada «*International Human Rights Defense*, Defensa Internacional de los Dere-

chos Humanos, la define como «el conjunto de actividades de asistencia militar, de apoyo económico, formación y adiestramiento militar y de pacificación tendentes al aseguramiento de los intereses norteamericanos en el exterior» (8).

La intención del Gobierno Norteamericano al promulgar este tipo de leyes, se centra en dar cobertura legal a un conjunto muy amplio de actividades a fin de poder desarrollar una política exterior eficaz (9).

La participación española en dichas actividades, se ha concentrado básicamente en las relativas a adquisiciones de material, si bien cada vez más se está participando en los referentes a servicios de mantenimiento de sistemas de armas..

## **B) Análisis de los instrumentos contractuales**

La gestión y desarrollo de estos contratos, denominados «cases», suponen en la práctica un procedimiento complejo en el que destaca una situación jurídica y tácticamente predominante de una de las partes, el Departamento de Defensa Norteamericano (en adelante, DOD *Department of Defense*).

En primer lugar conviene aclarar la diferencia entre el Programa FMS y el «case FMS». Así, el programa puede desarrollarse a través de uno o varios «cases», cuyo objetivo final se concreta en la adquisición de un determinado sistema de armas, o en la mejora y alargamiento de la vida útil de uno ya existente (10).

El desarrollo contractual de este procedimiento de adquisición, viene determinado por el DOD, a través de la elaboración de normas de obligado cumplimiento, a saber (11):

---

(8) USA Deptment of Defense, *Security Assitance Policy and Procedures* 1991.

(9) La puesta en funcionamiento de la mencionada política de asistencia se ha concretado en la realización de una serie de programas a saber:

Programa de Financiación Militar al Exterior.

Creación de un Fondo de Apoyo Económico.

Programa de Adiestramiento y Educación Militar.

Operaciones de Pacificación.

Programa de Ventas Militares al Exterior.

Programa de Ventas de Construcciones Militares al Exterior.

(10) Como por ejemplo la actualización de la aviónica de los cazas F-18 A Hornet.

(11) Vienen establecidas en «*FMS Staataements and Procedures*» del DOD, cuya última actualización data de 1998.

— *Solicitud*

El proceso se inicia con la petición del Gobierno extranjero a través de la cumplimentación de la denominada *Letter of Request* (LOR) o solicitud. Esta fase no difiere en absoluto de lo que podría ser una petición de ofertas a un proveedor en un contrato de suministro. En principio, carece de valor contractual.

— *Documentos de carácter contractual*

Recibida por el DOD la petición, a través de la LOR antes analizada, procede al estudio de la viabilidad del suministro, valorando entre otras cosas la conveniencia de su realización atendiendo a razones políticas y de seguridad.

En caso de aceptarse la petición, el DOD emite la denominada LOA (*Letter of offer and Acceptance*), que contiene el verdadero contrato del suministro.

Este documento, va precedido de un acuerdo de intenciones, que en realidad es un instrumento por el que se ceden artículos a prueba, con objeto de determinar si es conveniente la adquisición por parte del peticionario. Resulta conveniente destacar que dicho acuerdo deviene vinculante si los bienes objeto de suministro superan las pruebas, objetivamente determinadas por ambas partes, para su definitiva adquisición.

Como se afirmó anteriormente el documento denominado LOA, constituye el verdadero contrato del suministro, constando de siete partes fundamentales, a saber:

- Obligaciones del Gobierno USA.
- Obligaciones del Gobierno comprador.
- Indemnizaciones y asunción de riesgos.
- Entregas de material.
- Términos y condiciones financieras.
- Garantías.
- Resolución de controversias.

— *Obligaciones del vendedor*

El Gobierno vendedor se obliga mediante dicho documento a hacer todo lo posible para poner a disposición del comprador el material solici-

tado en la cuantía inicialmente acordada. Es decir, éste cumple con la realización de todas las actividades necesarias para la realización del suministro, con independencia de que se lleve a cabo o no. Además, en la misma cláusula, el citado Gobierno vendedor se reserva el derecho a rescindir el contrato en cualquier momento, sin que el comprador tenga derecho a resarcimiento alguno, si concurren razones de seguridad nacional que aconsejen la citada resolución.

Como se puede apreciar las obligaciones del Gobierno Norteamericano son un tanto limitadas, lo que resulta lógico si se tiene en cuenta que el objetivo final es armar a terceros países.

— *Obligaciones del comprador:*

Aparte de la lógica obligación del pago del precio en los plazos acordados, existen otras relativas a la utilización del material así como las que afectan al derecho de propiedad de los suministros.

En primer lugar, el comprador se compromete a utilizar los artículos adquiridos para los fines acordados en la LOA, que en realidad se podrían denominar «fines impuestos».

Del mismo modo, el comprador se compromete a utilizarlos para los fines que figuren en cualquier tratado bilateral de asistencia de cualquier tipo distinto del anterior.

En este sentido, esta parte estará obligada a mantener las medidas de seguridad que prescriba el Gobierno USA, en cuanto al material declarado como secreto, siendo totalmente responsable de cualquier incumplimiento que se produzca a este respecto.

Las penalidades por el incumplimiento de estas obligaciones pueden suponer el cese de la contratación con dicho Gobierno de manera definitiva.

Como se puede apreciar, el derecho de propiedad de los suministros está limitado y sometido a un control posterior durante la vida útil de los mismos.

Dentro del capítulo de las obligaciones básicas que asume el comprador, destaca particularmente la imposición de la obligación que recae sobre éste de indemnizar al Gobierno Norteamericano por cualquiera de los daños causados por los siguientes motivos:

Daños o perjuicios que causen a cualquier material del DOD, con independencia de la concurrencia de culpa o negligencia por parte del comprador. Es decir, que si en el proceso de adquisición y puesta a disposición del comprador de cualquier bien objeto del contrato, el Gobierno Nortea-

americano causare daños a un tercero o a sí mismo, responderá de los mismos el comprador.

Esta cláusula que se puede considerar inicialmente como abusiva, es justificada por parte del DOD toda vez que el programa de ventas al extranjero del citado Gobierno tiene por objeto facilitar a las naciones amigas determinados bienes en el ámbito de la cooperación en materia de seguridad y en principio sin interés comercial alguno (12).

#### — *Garantías*

Las garantías a las que nos vamos a referir en este apartado, son aquellas que forman parte de la adquisición del material en cuestión, exigibles al fabricante. Así pues en general, se entiende que el DOD, exigirá en nombre del Estado comprador el cumplimiento de dichas garantías siempre y cuando no sea él mismo el fabricante. Cualquier coste que surja como consecuencia de esta exigencia será a costa del Estado comprador.

Es decir, la garantía es exigida por el DOD al fabricante y en caso de que coincida éste con el primero, no existirán. No obstante la función que cumplen estas garantías coincide plenamente con la determinada para la garantía definitiva en la contratación nominada, es decir tiene una naturaleza de pena convencional (13), cuyo objeto consiste en la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del contrato.

No obstante cabe destacar, en cuanto a la prestación de garantías se refiere, la obligación por parte del Estado comprador de la prestación de las mismas en el momento de la firma del documento LOA que como se señaló anteriormente se puede decir que es el verdadero contrato. Es decir se invierte la posición de la Administración pues es a ella a la que le corresponde la garantía del pago del contrato, participando éstas de la naturaleza de arras penitenciales en el sentido recogido en el artículo 1454 de nuestro CC, además de constituir un pago parcial del contrato en cuestión.

#### — *Resolución de conflictos*

De acuerdo con el contenido general de estos contratos, el Estado comprador se compromete a dirimir cualquier conflicto que surja en cuanto a la interpretación del contrato, únicamente entre las partes sin posibilidad

---

(12) Cfr con preámbulo de la Ley de Ayuda al Exterior (*Foreign Assistance Act*) de 1961.

(13) NUÑEZ MUNAIZ, R. «*Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*», 1996 pag 141.

de someterlo al enjuiciamiento de Tribunales internacionales ni a terceros de otro tipo.

De la presente exposición de las cláusulas de carácter general contenidas en este tipo de contratos, se puede apreciar una ausencia de paridad entre las partes, a favor del DOD, lo que implica una inversión de la posición de nuestra Administración con respecto a la que esta adopta en la contratación nominada, que será analizada a continuación.

### **C) La inversión de la posición de la Administración**

El objeto de este apartado no es otro que el análisis de la inversión de la posición que adopta nuestra Administración en este tipo de contratos, es decir determinar en qué manera se separa este tipo de contratación de los principios generales imperantes en la contratación general y sus posibles consecuencias.

Antes de analizar la posición de la Administración en este tipo de contratos, conviene definir las potestades que asisten a la misma en el ejercicio de su actividad contractual.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 59.1 del TRLCAP, *«la Administración, dentro de los límites y con sujeción a lo dispuesto en la referida Ley, ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos»*.

Estas prerrogativas no son nuevas sino que han estado presentes en las dos leyes anteriores al actual TRLCAP. Ello obedece a que los actos que sean dictados por la Administración en el ejercicio de las prerrogativas aludidas se someten al régimen común de los actos administrativos. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas sentencias. El Alto Tribunal (14) considera que *«la Administración cuenta con un medio formal determinado para ejercitar sus derechos, que excede de las facultades propias de los sujetos privados, cual es el conocido como el privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva, en virtud del cual dicha Administración puede decidir sobre todos los aspectos que ofrece la relación contractual desde la perfección y validez del contrato, su interpretación y el modo, tiempo y forma de las prestaciones debidas por el contratista.»*

---

(14) Al respecto ver STS de 11 de febrero de 1980.

Del mismo modo, el mencionado Tribunal (15) afirma la presencia del principio de autotutela administrativa en el ejercicio de su actividad contractual: *«los contratos administrativos, precisamente por la vinculación de su objeto a una finalidad de interés general, aún obedeciendo a los mecanismos propios de la figura contractual introducen en ésta un conjunto de modulaciones, de entre las que destaca la aplicación del privilegio de la decisión unilateral ejecutiva. La Administración aparece así revestida de dicha prerrogativa siempre que persiga intereses públicos que le son propios, sin que pueda despojarse de ella ni siquiera cuando opera en un cauce contractual.»*

La vinculación del objeto de la contratación pública a una finalidad de interés general justifica la existencia de los mencionados privilegios a favor de la Administración contratante. Ello implica la adopción de una posición dominante frente al contratista, lo que significa el mantenimiento con toda firmeza del principio de *ius imperium* fijar el tope máximo del precio que la Administración está dispuesta a pagar por la contratación del servicio o suministro de que se trate; por consiguiente, el futuro contratista no podrá nunca rebasar en sus proposiciones dicho precio límite, pero sí en cambio rebajar el mismo según sus cálculos comerciales. Lo que no puede ser afectado, ya que ello conculcaría el mencionado principio, es presentar una proposición con precio indeterminado o condicionado, pues ello supondría la eliminación automática de la licitación.

La imposibilidad de contratar sin crédito, es asimismo otro principio fundamental que informa la contratación del Estado y ello como prueba de la seriedad y honestidad de la Administración al garantizar el pago de lo contratado; para ello, en todo expediente de contratación deberá existir el documento acreditativo de la existencia del crédito para llevar a cabo dicho pago.

Por último, especial importancia presenta la aplicabilidad del principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato. Por este principio se debe entender según el Tribunal Supremo (16): *«que el contratista conoce cómo en el desarrollo del contrato está expuesto a un riesgo, a un evento punible y dañoso y corre con el albur que todo ello implica, con conocimiento de su posibilidad y esperanza de que no suceda».*

La inclusión de este principio en el artículo 99 de la LCAP, implica que el contratista será responsable de la ejecución del contrato salvo que concurran causas de fuerza mayor que impidan su realización.

---

(15) Al respecto ver STS de 28 de septiembre de 1987.

(16) Al respecto ver STS de 31 de marzo de 1997.



De la presente exposición se puede deducir que la posición que adopta la Administración en los contratos objeto de análisis es de inferioridad con respecto a la que presenta el Gobierno Norteamericano.

Así, podemos destacar en este sentido las siguientes excepciones a los privilegios que ostenta la Administración en la contratación general y por ende a su posición en los contratos de que se trate.

Ante la necesidad surgida, la Administración acude al único proveedor existente, el DOD. En este momento, la aplicación del principio de libre competencia y no discriminación deviene inaplicable, si bien queda plenamente justificada su exclusión por razones obvias al ser único el posible proveedor.

Si bien la necesidad va acompañada de un pliego de cláusulas administrativas particulares y del correspondiente pliego de prescripciones técnicas, el verdadero contrato a diferencia de lo establecido en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, lo constituye la LOA, documento que como se analizó anteriormente, en cuya redacción no interviene apenas la Administración contratante. Ello conlleva el establecimiento de cláusulas a las cuales ésta se adhiere, perdiendo por tanto la posición dominante que ostenta en la contratación general de la Administración.

El objeto del contrato está limitado, en tanto en cuanto las obligaciones que asume el DOD, se limitan a hacer todo lo posible para poner a disposición del solicitante el material objeto del contrato. Constituye ésta una obligación genérica, cuyo incumplimiento es muy difícil de probar, pues no se establecen parámetros de lo que se entiende por «hacer todo lo posible».

En su parte tercera relativa a asunción de riesgos en la ejecución del contrato, la LOA invierte el principio de riesgo y ventura, recayendo éste totalmente en el Estado solicitante.

Esta inversión se manifiesta especialmente en el momento de la recepción del suministro de que se trate, de tal suerte que la puesta a disposición del material objeto del contrato, se entiende realizada bien en la fábrica donde se ha construido el material, bien en el puerto o aeropuerto de salida. A partir de ese momento la parte compradora asume todos los riesgos que puedan afectar al suministro en cuestión. Esta circunstancia se presenta de igual manera en los contratos comerciales en los que se haya pactado una entrega EX WORKS o FCA.

El derecho de propiedad sobre el material adquirido está limitado tanto en su utilización como en lo que se refiere a su posible enajenación posterior. En el propio contrato la parte compradora se compromete a no enajenar el material objeto del contrato sin autorización del Gobierno norteamericano. Del mismo modo el mencionado instrumento contractual recoge el compromiso por parte del adquirente de no utilizar el material contra

determinados países aliados de los Estados Unidos que se señalan en el propio documento o bien quedan pendientes de designación.

Con carácter general, los precios indicados en la LOA son estimativos y sujetos a variaciones. El compromiso que adquiere el DOD en cuanto al precio se refiere, se limita a realizar sus mayores esfuerzos para mantener el precio inicialmente pactado, lo que implica en definitiva una cierta indeterminación del precio final. Asimismo, cualquier gasto en el que incurra el citado organismo en la ejecución del contrato será objeto de indemnización por parte del Estado comprador.

El contrato FMS, está sometido a las Leyes americanas específicamente aplicables al contrato, así como al Derecho general estadounidense.

De la misma manera, la parte contratante acepta la resolución de cualquier conflicto que surja en la ejecución del contrato de una manera bilateral o interpartes excluyendo explícitamente el arbitraje o el sometimiento de la disputa a cualquier tribunal de carácter internacional.

Como se puede apreciar en esta esquemática exposición, la posición que adopta el DOD —de hecho— es una posición de fuerza, lo que implica una auténtica excepción a la posición que adopta nuestra Administración en la contratación típica.

La desigual postura que adopta nuestra Administración en este tipo de contratos responde a la dependencia tecnológica que en el sector de la industria de Defensa padece nuestra nación desde hace décadas. Soluciones para cambiar esta situación jurídica y económica son posibles. De hecho los acuerdos de cooperación en esta materia con otros países del ámbito europeo, así como el reconducir las adquisiciones que en la actualidad se llevan a cabo a través del sistema FMS, hacia contratos comerciales directamente con las empresas fabricantes, suponen en la práctica una mejora de las condiciones de contratación y, por ende, de la posición de nuestra Administración.

No obstante, la justificación desde el punto de vista jurídico de la adopción de esta posición viene de la mano del ya reiterado Real Decreto 1120/1977, en cuyo preámbulo ya se reconoce la dependencia tecnológica española en este sector de la industria y, por tanto, la falta de cobertura legal de este tipo de contratos por parte de la legislación general.

#### 4. MODALIDADES CONTRACTUALES DE COOPERACIÓN MILITAR INDUSTRIAL

##### **A) Definición**

En este epígrafe se van a analizar los instrumentos de cooperación en materia de armamento y material militar que se lleva a cabo entre nuestra

nación y otras extranjeras, cuyo desarrollo se efectúa bien en el ámbito de las distintas organizaciones internacionales de seguridad de las que España forma parte, o bien directamente entre los distintos Estados.

El hecho de que la cooperación se desarrolle de una manera u otra, tiene consecuencias jurídicas de importancia en tanto en cuanto su régimen jurídico varía sustancialmente.

Dentro de las dos posibilidades aludidas, cabe distinguir, por un lado, la adquisición de material a través de las distintas agencias pertenecientes a la Organización del Tratado del Atlántico Norte y, por otro, los diferentes acuerdos entre Estados que se desarrollan al margen de las normas dictadas por esta Organización, denominados *Mous (Memorandums of Understanding)*.

Ambos instrumentos de cooperación persiguen la misma finalidad que no es otra que la adquisición de material militar en las mejores condiciones para los distintos países intervinientes. Difieren en principio de las modalidades contractuales analizadas anteriormente, tanto en la forma como en el contenido y por el régimen jurídico aplicable a su ejecución.

## **B) Contratos en el seno de la OTAN**

La primera fórmula de cooperación enunciada, es decir la adquisición a través de las distintas agencias logísticas integradas en la OTAN, deriva de la participación española en la citada organización.

La procedimiento de utilización de las citadas agencias está regulado en la Directiva de procedimientos nº 251 de la Agencia logística NAMSA (*NATO Agency for Maintenance and Supply Acquisitions*), cuyo objeto es determinar y establecer los procedimientos de adquisición a través de la citada agencia y al mismo tiempo definir la forma de implantación de los mismos.

El objetivo principal de la NAMSA no es otro que conseguir los precios más favorables para el material de aprovisionamiento y servicios de carácter militar. A través de la citada Agencia se ponen en contacto los distintos Gobiernos miembros de la OTAN, para hacer compras de gran volumen y de esta manera obtener mejores precios. En la actualidad, nuestro país participa en la Agencia mencionada con un 3,12% del volumen total de las operaciones.

España utiliza este sistema de abastecimiento desde el 1 de enero de 1985, momento a partir del cual se somete sin reservas a las Directivas y textos básicos de la NAMSA. La mencionada Directiva 710 fue informa-

da positivamente por parte de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa, mediante informe de fecha 22 de diciembre de 1986. En el citado informe se pone de relieve que la contratación informada estaba exceptuada de la aplicación de la Ley de Contratos del Estado, Texto articulado aprobado por Decreto 932/1965, de 8 de abril, por su artículo 2º punto 5º, considerando que este tipo de contratación habría de regirse por lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 1120/77 de 3 de mayo regulador de la contratación de material militar en el extranjero.

En la actualidad este tipo de contratación queda también excluida de la aplicación del actual TrLCAP, en virtud de lo expuesto en su artículo 3.1 apartado i), según el cual quedan excluidos del ámbito de la citada Ley «los contratos y convenios efectuados por el procedimiento específico de una organización internacional».

Teniendo en cuenta, lo anteriormente expuesto, el régimen jurídico aplicable vendría dado por el contenido del RD 1120/1977 tantas veces mencionado, así como por las normas internas de la cooperativa logística.

Con respecto a la forma de participación de cada país miembro de la OTAN en las contrataciones que se realicen a través de esta agencia, resulta conveniente destacar las siguientes modalidades:

— *Asociaciones de Apoyo (western System Partnership-WSP)*

Esta modalidad de cooperación consiste en la asociación y constitución de grupos de países miembros de la OTAN, que trabajan de una forma conjunta bajo un acuerdo formal suscrito por todos ellos y aprobado por el Comité de Dirección de la NAMSA con el objetivo final de gestionar el apoyo logístico de un determinado sistema de armas que poseen todos ellos.

Las oficinas de programas de la citada agencia son las responsables de proporcionar el apoyo logístico a las WSP, si bien ésta última es la que controla el funcionamiento de aquella.

— *Conferencias de apoyo (support conferences)*

Estas conferencias constituyen grupos de expertos que trabajan como órganos asesores del comité de dirección para proponer soluciones e implementar instrucciones de índole práctico relacionadas con el apoyo logístico de un sistema de armas o de un programa específico.

La carta de la NAMSA define la logística cooperativa como la totalidad de disposiciones bilaterales y multilaterales destinadas a optimizar el apoyo logístico de modo racional (17). Su objetivo es utilizar las economías de escala para lograr ahorros y aumentar la eficiencia en las adquisiciones. La progresiva reducción de los presupuestos de defensa de los países miembros de la Alianza Atlántica están auspiciando el interés en la utilización de estos procedimientos. La NAMSA con funciones protagonistas en este campo, está desarrollando en la actualidad distintos programas en el sentido indicado, que son genéricamente conocidos como:

*Nato logistics Stock exchange*, cuyo objeto principal consiste en desarrollar herramientas de gestión logística, que basadas en los más modernos usos empresariales y en la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones, permitan cumplir con los requerimientos nacionales de los sistemas de armas comunes. Este programa se desarrolla a través de tres sistemas:

SHARE (*stock Holding and Asset Requirement Exchange*), que consiste en el establecimiento de un inventario virtual con objeto de predecir el consumo global de un determinado artículo para todos los usuarios en el seno de la OTAN, a partir del tratamiento de datos de consumo de cada nación. Este sistema considera todos los inventarios de todos los países implicados, como único inventario de la Organización.

COMMIT (*Common Items Materiel Management system*). El siguiente paso a realizar en la cadena logística, consiste en el establecimiento de una gestión única para los artículos comunes utilizados por más de un país miembro de la Alianza. La ventaja de dicho establecimiento radica en la reducción drástica de las existencias en los inventarios nacionales y por ende de las correspondientes inversiones, con lo que obviamente se reducirán también los riesgos de mantener los posibles excesos.

PROFIT, el último paso consiste en el establecimiento de un canal de comercio electrónico que ligue al productor del material y al consumidor del producto de defensa. En este proceso interactivo, los peticionarios introducen sus necesidades y las industrias contestan presentando sus ofertas.

En cuanto al procedimiento de adquisición se refiere, como se señaló con anterioridad, el objetivo de NAMSA consiste principalmente en conseguir los precios más favorables en la adquisición del material de aprovisionamiento y servicios relacionados con el mismo.

---

(17) Al respecto ver el ANEXO I de la Carta de la NAMSA. (BOE 15/1/1985).

La oferta más favorable que se ajuste a los requisitos técnicos y criterios de garantía de calidad estipulada en la propuesta de solicitud (RFP), serán aceptados con independencia de la fuente de obtención a nivel nacional.

El procedimiento de contratación más utilizado, está inspirado en el principio de la competitividad internacional. La NAMSA adquiere material a través de concursos cuya normativa se encuentra regulada en los denominados reglamentos de contratación de la misma agencia (18). Dentro de estos reglamentos se recoge el principio denominado balance de producción, según el cual se debe favorecer a la industria de aquellos países miembros cuyas aportaciones a los presupuestos de la NAMSA sea mayor. España en la actualidad participa con una cuota que supone el 3.5%.

A tenor de lo expuesto cada país es clasificado en alguna de las siguientes categorías:

- Mejor ubicado.
- Peor ubicado.
- Ubicación deficiente.

En principio el precio de las ofertas sobre artículos predefinidos de iguales características tiene un valor preponderante, si bien, la clasificación enunciada resulta definitiva. Por otro lado, conviene señalar que salvo raras excepciones, existe una limitación geográfica ceñida a las industrias de los países miembros de la OTAN, para poder concurrir sus industrias a estos procesos concursales.

En cuanto al iter del ciclo contractual se refiere, desde el punto de vista de la agencia el proceso se inicia con la recepción de una solicitud de material por parte de un Estado miembro. Para ello se debe confeccionar un documento normalizado de petición y entrega, directamente por el organismo que efectúe la petición (19). La Agencia iniciará el procedimiento de contratación realizando una búsqueda de otros interesados en la misma adquisición. Continuando con la creación de cualquiera de las asociaciones contractuales mencionadas con anterioridad.

A partir de ese momento y una vez delimitada la participación de cada país en la adquisición. La agencia procederá a la solicitud de las ofertas aplicando los criterios definidos en el párrafo anterior.

El resultado del procedimiento de adjudicación se plasmará en un documento contractual entre la agencia NAMSA y el proveedor de que se

---

(18) Al respecto ver Anexo II de la Carta de NAMSA, documento MC 86/2.

(19) El documento en cuestión es el 225-1 de la NAMSA publicado en el *General Procedures guide book* de la citada Agencia de 1999.

trate (20). Las normas que regirán dicho contrato son las establecidas en la propia carta de la agencia y sus anexos, a las que expresamente deben someterse los proveedores. Con carácter general la solución de discrepancias y conflictos entre las partes quedan encomendados al Tribunal de arbitraje de la Haya (21).

La entrega y transmisión de la propiedad del material solicitado por los distintos países se realiza de acuerdo con lo establecido en el anexo II de la carta de la NAMSA, con independencia de los procedimientos y sistemas de recepción que establezcan los países asociados.

En el plano interno, es decir en la tramitación nacional de este tipo de adquisiciones, el procedimiento que se sigue resulta muy simple y reducido.

En primer lugar, siguiendo los principios de la LCAP, aunque no resulte directamente aplicable, como veremos a la hora del análisis de su régimen jurídico, la necesidad surgida da origen a la creación de un expediente.

El expediente de contratación se iniciará por el órgano competente de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1437/ 2001, de 21 de diciembre, sobre desconcentración de facultades en materia de contratos y convenios en el ámbito del Ministerio de Defensa. A pesar de existir esta desconcentración de facultades del Ministro de Defensa y del Secretario de Estado de Defensa en los Jefes de los mandos militares relacionados en el citado Real Decreto, en este tipo de expedientes al ser consecuencia de la aplicación del Real Decreto 1120/1977, el Secretario de Estado tiene reservada la facultad de dictar la orden de proceder.

Para que la misma tenga lugar resulta imprescindible la confección y remisión al citado órgano de una memoria justificativa de la necesidad así como de la propuesta de contratación a través de la Agencia.

Al expediente se incorporará la solicitud del Ministerio de Defensa a la agencia y cuantos documentos de interrelación con la agencia vayan surgiendo.

Las recepciones de material se realizarán en la medida de lo posible de acuerdo con las normas establecida en la LCAP al respecto. Ahora bien, no se debe perder de vista que el contrato lo gestiona y suscribe la Agencia, lo que implica que cualquier reclamación sobre el material objeto del contrato se realizará a la Agencia y no al contratista directamente.

---

(20) Resulta especialmente significativo que la contratación del material se realizará en nombre y por cuenta de la Agencia, según lo establecido en el artículo 10 (a) de la carta de NAMSA.

(21) Cláusula de arbitraje recogida en el anexo II de la carta de la NAMSA.

En cuanto a los aspectos financieros se refiere, la financiación de estos contratos se realizará de acuerdo con las normas de funcionamiento de la Agencia que dividirá los costes del mismo entre los estados participantes.

En este punto resulta necesario puntualizar que las aportaciones económicas para atender la participación del Ministerio de Defensa en estos contratos se llevarán a cabo de acuerdo con el Real Decreto 2122/1993, sobre pagos en el extranjero para compras de material militar, que deriva de la existencia misma del ya reiterado Real Decreto 1120/1977.

### **C) Los Memorandos de entendimiento**

El segundo instrumento de cooperación mediante el cual nuestro Ministerio de Defensa adquiere material de guerra se denomina memorando de entendimiento.

El Memorando de Entendimiento (MOUS) término procedente del inglés «*Memorandum of Understanding*», se pueden definir como acuerdos escritos entre Gobiernos o entre un Gobierno y una Organización internacional, firmado por representante autorizado.

Los principales fines que cumplen los citados instrumentos son los siguientes:

Obtener acuerdos eficaces en los programas de cooperación en materia de armamento.

Ser un medio rentable para la consecución de sistemas y programas de interés mutuo.

Favorecer la confianza mutua entre los países y las industrias.

Poner en común recursos para alcanzar objetivos comunes con menor coste económico.

Establecer políticas generales y recíprocas sobre investigación y desarrollo, producción, adquisición y apoyo logístico.

En realidad, estos instrumentos se materializan en unos acuerdos entre las distintas naciones participantes para la realización de un proyecto en común. En los propios acuerdos se crean órganos directores de los programas que van a desarrollarse, encargados del control, gestión y seguimiento de los mismos. Son precisamente esos órganos directores los que dictarán, de común acuerdo entre sus miembros, las normas que habrán de regir los diversos instrumentos contractuales que se generarán durante la vida del proyecto.

Piénsese que tanto la duración del proyecto como las necesidades que van a surgir durante su ejecución no son conocidas de antemano. Estos



acuerdos generales serán a su vez, por tanto, fuente de multitud de contratos de naturaleza muy distinta que van desde la adquisición de material hasta contratos laborales del personal que trabaja al servicio del proyecto.

Por otro lado, cabe destacar que tanto el lugar de celebración de los contratos derivados de los acuerdos generales como su lugar de ejecución varía atendiendo a la nacionalidad de los distintos gobiernos participantes.

En cualquier caso, siempre se realizarán los contratos en nombre y por cuenta del órgano directivo que se crea ad hoc para la gestión y dirección del proyecto.

El acuerdo general o MOU propiamente dicho presenta una estructura normalizada en la que se diferencian las siguientes partes (22):

a) Memoria justificativa, en la que se explican los objetivos del proyecto a grandes rasgos.

b) Índice de materias del acuerdo.

c) Definiciones de términos empleados y abreviaturas, con referencias a otros acuerdos y documentos que sean de aplicación.

d) Objetivos y ámbito de aplicación, en los que se describe la naturaleza y los objetivos propios del programa en sus distintas fases si las hubiere. Además se incluye en este epígrafe el grado de compromiso en la participación de cada uno de los firmantes

e) Organización estatal. En este epígrafe se establece la estructura organizativa básica del programa y los derechos y obligaciones de cada participante. Asimismo se especifican las responsabilidades generales conjuntas en relación con la política, directrices, control y supervisión del programa por medio de una organización ad hoc como es un Consejo de Administración y un Comité de dirección de programas.

f) Organizaciones industriales. En este apartado se establecen las estructuras industriales necesarias para la consecución del programa, en la que se especifican claramente las obligaciones genéricas de los contratistas colaboradores.

g) Necesidades de información. En este punto se declaran los informes periódicos a confeccionar por los distintos participantes, su idioma y periodicidad mínima.

h) Relaciones contractuales. En este punto, clave para el desarrollo del programa se especifican las relaciones entre los distintos países y la organización así como entre ésta y la industria implicada.

---

(22) La estructura descrita se encuentra en el libro de «apuntes de logística» de la Jefatura de Estudios del Centro de Estudios Superiores de Intendencia de la Armada, de difusión limitada.

i) Reparto de costes. Donde se establece la cuota de participación entre los distintos países.

j) Retirada y extinción del acuerdo. Se establecen las normas para entrar y salir del programa así como la duración del acuerdo y la extinción de las relaciones jurídicas derivadas del mismo.

k) Solución de conflictos. Por último se establece la forma de solución de conflictos generados durante la ejecución del acuerdo. Los contratos derivados del mismo están sujetos, salvo pacto en contrario a estas reglas, que como norma general no someten las disputas que pudiera haber a ningún Tribunal internacional ni siquiera a los nacionales de los participantes mismos, sino que las soluciones vienen dadas tras las consultas entre los participantes representados por los Directores nacionales.

En el plano interno, es decir desde el punto de vista de la tramitación administrativa de estos programas en España, comienza como cualquier otro expediente con la elevación al órgano correspondiente de una necesidad. Se debe distinguir si estos acuerdos contienen obligaciones económicas o no. Si la respuesta es afirmativa, con carácter previo a la iniciación del expediente contractual se exige la incoación de un expediente de gasto, que se iniciará por parte del Secretario de Estado de Defensa, quien tiene atribuida dicha potestad en virtud de lo establecido en el ya mencionado el Real Decreto 1437/2001, sobre desconcentración de competencias en materia de contratos y convenios en el ámbito del Ministerio de Defensa.

Una vez iniciado el correspondiente expediente de gasto, se procederá a la realización de la intervención y fiscalización correspondiente por parte de la Intervención General del Ministerio de Defensa. Concluirá con la aprobación del gasto por parte del Ministro, salvo que el acuerdo prevea gastos que abarquen más de una anualidad, que es lo más común, en cuyo caso la aprobación corresponderá al Consejo de Ministros según lo preceptuado en los artículos 61 y 74.4 de la Ley General Presupuestaria.

Es en este punto, precisamente donde se manifiesta más claramente la calificación que hoy por hoy las autoridades españolas otorgan a este tipo de instrumentos. Así, la aprobación del gasto y la consiguiente autorización de firma que tiene encomendada el Consejo de Ministros para estos instrumentos, según lo establecido en el Real Decreto 1437/2001 y el artículo 74 de la LGP, ponen de manifiesto la asimilación de estos instrumentos con los convenios de colaboración. No obstante y sin ánimo de entrar directamente en el análisis de su naturaleza jurídica, objeto de capítulos posteriores de este ensayo, aparentemente existen diversas diferencias entre éstos y los convenios de colaboración. Entre ellas, la primera que salta a la vista es sin duda el hecho de que en su regulación los convenios

de colaboración se entienden entre administraciones públicas y no entre gobiernos. Por otro lado, estos instrumentos aunque en puridad participan de las características propias de los convenios de colaboración, también son fuente de contratos de todo tipo que ya no son propiamente convenio y que sin embargo desde el punto de vista del gasto público que conllevan, son tratados de igual manera.

Por otro lado, y siguiendo en el nivel puramente interno relativo a la tramitación de los mismos, desde el Ministerio de Defensa se han establecido normas internas para la regulación y tramitación de MOU s, concretamente la Orden Ministerial Comunicada 53/1997 de 24 de septiembre sobre coordinación de actividades que generan relaciones bilaterales o multilaterales con terceros estados u organizaciones internacionales y la norma guía de mayo de 1990 emitidas por la Dirección General de Política de Defensa (23).

La tramitación concreta de los distintos contratos generados por el MOU, siguen las normas emanadas de los órganos directivos enunciados con anterioridad, si bien se puede afirmar que en cuanto a las recepciones de los materiales en cuestión objeto de los mismos, y el régimen de pagos, se siguen las normas generales sobre contratación administrativa general como en el caso de los contratos FMS y con las agencias de la OTAN.

Vemos pues que la presencia de los principios generales que inspiran la contratación administrativa general están presentes en la regulación de estos instrumentos aun cuando su régimen jurídico está excluido de la LCAP.

Precisamente, es éste uno de los problemas que se van a analizar a continuación, en el capítulo dedicado a la naturaleza jurídica de las modalidades contractuales objeto de estudio. Y es que la determinación de su naturaleza jurídica no resulta fácil de acometer y por ende su régimen jurídico, ya que inicialmente se aprecia que estos instrumentos participan de la naturaleza jurídica de los convenios, concretamente de los celebrados en virtud del artículo 296 del TCE. Pero también presentan caracteres propios de tratados internacionales. A su vez son fuente generadora de contratos de suministro y de otro tipo. La naturaleza jurídica de estos contratos derivados tampoco se aprecia nítidamente. Todo ello, carecería de importancia si no tuviese repercusiones, especialmente en lo que a la solución de controversias y a su régimen jurídico se refiere.

Estas cuestiones son las que precisamente se van a tratar y analizar en los capítulos siguientes.

---

(23) La OMC 53/1997 de 24 de septiembre se publicó en el BOD nº 252 de 30 de septiembre de 1997.

## CAPÍTULO II NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MODALIDADES CONTRACTUALES

### 1. LAS EXCLUSIONES DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

#### A) Diferencias entre convenios y contratos

Las exclusiones enunciadas en el artículo 3.1d) de la TrLCAP, originan no pocos problemas a la hora de determinar la naturaleza jurídica de los contratos ahora objeto de estudio y, por ende, su régimen jurídico. Así el citado precepto bajo la rúbrica *negocios y contratos excluidos* declara fuera del ámbito de la LCAP a «los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales». Asimismo, excluye también del ámbito de aplicación de la Ley a los **«convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea»**.

Aparentemente, la TrLCAP trata a los contratos como un negocio jurídico distinto del convenio. Con lo cual, la primera tarea que debemos abordar será la de examinar las posibles diferencias entre ambas figuras con objeto de poder encuadrar los contratos ahora objeto de estudio en alguna de ellas y así determinar si a la vista de lo establecido por la Ley están o no excluidos de su ámbito de aplicación.

Como señala Bassol Coma (24) la distinción entre convenios y contratos surge en el ámbito de los Derechos francés y belga, como fenómeno ligado a la evolución de los denominados contratos de Derecho Público, que en el tránsito de un Estado abstencionista a otro intervencionista, amplían el campo original de los contratos administrativos, dirigidos a la satisfacción inmediata de las necesidades, fundamentalmente de aprovisionamiento, de la Administración, al nuevo ámbito de actuación del sector público, la gestión económica y la regulación de los mercados. Convenios y contratos —en sentido estricto— son modos o variantes de un mismo

---

(24) BASSOLS COMA, M. «Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público», en *Revista de Administración Pública*, núm 82, Ene- Abr. 1977 pags 78 y ss.

*genus*, el de los negocios jurídicos bilaterales. En efecto, es nota común a convenios y contratos el ser consecuencia de una manifestación de voluntad, reguladora de situaciones jurídicas implicadas (libertad de pactos); la característica distintiva, por el contrario, radica en que frente al modelo clásico de los contratos en que se da un antagonismo patrimonial en las prestaciones de las partes, los convenios responden a la idea de **colaboración** en la consecución de un fin común.

El punto clave estaría —continúa el autor— «*en el significado de las declaraciones de voluntad implícitas en los convenios que al responder a la nueva realidad de la colaboración, carecen en su objeto del significado obligacional y patrimonial característico del contrato clásico*» (la cursiva es nuestra).

Esta distinción se plasma, en fin, en la propia denominación de una y otra figuras, para las que se resucita la diferenciación de Derecho Romano entre convenio, mero acuerdo que no genera acción ni produce vínculo obligatorio, y contrato, donde aquel contenido se encuentra presente (25).

En cualquier caso, como afirma el citado autor, el interés público del fin común que determina la idea de colaboración y la presencia de uno o varios entes jurídico-públicos como partes en el negocio da lugar a que los convenios, al igual que los contratos administrativos, se encuentren englobados en la categoría amplia de los contratos de Derecho Público, hallándose sometidos en su regulación al Derecho Administrativo.

Partiendo de estas características esenciales de la naturaleza de los convenios, es posible establecer un cuadro de similitudes y diferencias entre los contratos y más concretamente los administrativos, y los convenios:

Como similitud esencial, la existencia de una concurrencia negocial de voluntades ajena a la imposición propia de los actos administrativos.

También comparte con los contratos administrativos el dirigirse a la satisfacción común de una necesidad pública.

En cuanto al objeto, frente al intercambio de prestaciones patrimoniales, servicios o cosas por precio, característico de los contratos, incluido los administrativos, en los convenios de acuerdo con el fin de cooperación que les es propio, se contraponen una obligación de comportamiento, actividad o conducta, no a un precio cierto, sino a una compensación o concurso financiero público, que puede materializarse en la aplicación de exenciones o bonificaciones tributarias.

---

(25) PANIZO GARCÍA, A. «*Régimen Jurídico de los Convenios de Colaboración*». Obra conjunta 1996. pp. 926-927.

Mientras el contrato administrativo es una fórmula de reclutar colaboradores o cooperadores para una actividad administrativa de modo que el contratista gestiona o participa en el cumplimiento de los intereses propios de la Administración, el convenio es una forma de realización de una función pública que, a diferencia del contrato, ora es común y compartida por ambos contratantes públicos, desde la respectiva esfera de sus competencias (convenios de colaboración del apartado 1 c) del art. 3 de la LCAP), ora se cumple mediante la realización de una actividad propia del particular conviniente, en cuyo cumplimiento concurre una razón de interés público (convenio de colaboración del apartado 1 d) del mismo artículo de la Ley) (26).

En opinión de Panizo García (27), se pueden definir los convenios como «aquellos negocios jurídicos bilaterales, celebrados por un ente jurídico público con otros entes jurídico-públicos o con personas físicas o jurídicas, sometidas a derecho privado, regulados por el derecho administrativo, que en virtud de la presencia de predominante de la idea de colaboración en la consecución de un fin común de interés público, se encuentran excluidos del régimen general que para los contratos de la Administración establece la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sometándose a un régimen jurídico especial designado en la propia Ley».

Por otro lado, existen otras opiniones doctrinales al respecto, que aportan cierta claridad a la diferenciación entre ambas figuras negociales. Así como señala Rodríguez de Santiago (28), «tanto en las relaciones entre Administración y ciudadano, como en las que se entablan entre Administraciones Públicas, la designación de un acto jurídico con conceptos como los de «convenio», «concierto», «acuerdo», «protocolo» o alguno semejante, muchas veces pretende justamente, más que remitir a un determinado régimen jurídico, evitar un pronunciamiento expreso sobre la precisa naturaleza de aquellos que se sitúa bajo esos términos...y se ha demostrado que bajo la ambigua terminología del convenio, del concierto se esconden no pocas veces resoluciones administrativas necesitadas de aceptación por parte de su destinatario o normas con un especial procedimiento de elaboración. En otras ocasiones, no obstante, sí que debe admitirse la existencia de verdaderos contratos.»

---

(26) MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S. «*El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*». 1996 pp 120-123.

(27) Op cit 24.

(28) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. «*Los convenios entre Administraciones Públicas*» 1995 pags 95 y 96.

En rigor, se puede afirmar, como así lo hace Gómez de Mercado (29) que los convenios no son contratos, aunque con éstos integran una categoría más amplia, la del negocio jurídico. Así, Osorio Morales (30) significa (bien que en relación con un problema diferente) que «las normas y principios que rigen los negocios jurídicos bilaterales son generalizables y aplicables a los contratos, pero existen otros principios y normas exclusivamente aplicables a los convenios.»

En cualquier caso, y con independencia del valor que a las voluntades de las partes debe conferirse y, en concreto, si de la mencionada concurrencia de dichas voluntades hay que concluir que estamos ante un verdadero contrato, es una cuestión que no se puede responder a partir, exclusivamente, de que el ordenamiento o las partes se valgan del término «convenio». Y tampoco el pago del precio es definidor del contrato frente al convenio como pone de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (31).

Hay que estar, por tanto, a la naturaleza jurídica de los derechos y obligaciones contenidas en el negocio jurídico para determinar la calificación del mismo como contrato o como convenio. Lo que resulta verdaderamente relevante, a efectos de determinar si los contratos objeto de estudio están o no excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones, es el hecho de que la voluntad del legislador se plasma en la diferenciación de estas dos categorías negociales, excluyendo de su ámbito de aplicación a los convenios comprendidos en la letra d) del apartado 1 de su artículo 3.

## **B) Convenios que sean consecuencia del artículo 296 del TCE**

La exclusión enunciada en la letra g) de su artículo 3.1 de la LCAP, relativa a los convenios que sean consecuencia de la aplicación del artículo 296 TCE resulta particularmente importante a la hora de analizar la naturaleza jurídica de los contratos objeto de este trabajo. Así, el mencionado artículo 296, antiguo artículo 223.1. establece:

---

(29) GÓMEZ DE MERCADO, F. artículo «*Los Convenios Administrativos y otras relaciones excluidas de la legislación de contratos de la Administración.*» Revista de Derecho Administrativo junio 1996.

(30) «*Notas para un teoría general del contrato.*» Revista de Derecho privado, diciembre de 1965, pag 1073.

(31) Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 3/1997, de 10 de noviembre.

«1. Las disposiciones del presente Tratado no obstarán a las siguientes:  
Ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación sea contraria a los intereses esenciales de su seguridad;

Todo estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones o material de guerra; estas medidas no podrán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.

El Consejo por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista que estableció el 15 de abril de 1958, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1.»

El mencionado precepto fue desarrollado por la Directiva 77/62/CEE sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. En opinión de Martín Urrea Salazar a propósito de esta exclusión ya introducida por la Ley 13/95, «...nuestro texto legal excluye de su ámbito de aplicación a los convenios que sean consecuencia de la aplicación del artículo 223.1b) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la LCAP no se refiere pues a los contratos incluidos en este sector, expresamente excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas Comunitarias, sino a los convenios.» (32).

Considerando, por tanto, que el Ministerio de Defensa podrá utilizar discrecionalmente tanto la institución contractual como la los mencionados convenios para la adquisición del material amparado por el artículo 223.1.b), actual 296.

Es decir, en principio se puede afirmar que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, los convenios de todo tipo que integren la producción y comercio de armas, municiones y material de guerra, con fines estrictamente militares y más concretamente aquellos que se refieran a la relación de material de guerra y similares incluida en la Resolución del Consejo de Comunidades Europeas de 15 de abril de 1958 y Directiva del consejo 93/36/CEE de 14 de junio de 1993.

Esta exclusión, en opinión de Torres Viqueira (33) o es una auténtica obviedad, o supone una aportación sustancial en el ámbito de la contratación militar. Si sólo se refiere a los convenios de colaboración para la pro-

---

(32) URREA SALAZAR, M.J «*La Contratación Internacional de las Administraciones Públicas*», 1999 pp 120-121.

(33) TORRES VIQUEIRA, E. «*Elementos procedimentales de la contratación Militar*» 2001, pp 445-446.



ducción y el comercio de armas, municiones y material de guerra, se convierte en una reiteración del párrafo anterior, pues allí se comprenden, como excepción a la aplicación de la Ley, todos los supuestos de convenios de colaboración, cuando sea la colaboración el verdadero objeto del convenio; y en consecuencia están incluidos los de carácter militar.

Si bajo el término «convenios» se comprende toda suerte de pactos, acuerdos y conciertos que versen sobre la producción y comercio de armas, municiones y material de guerra, y no sólo los de colaboración, estaríamos ante una exclusión sustancial que abarcaría a cualquier tipo de negocio jurídico bilateral, incluido naturalmente el contrato.

Al respecto, una vez más, existen consideraciones a favor y en contra de esta última posición.

Así, por un lado, se debe considerar que la exclusión tiene su origen en la habilitación del tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en la que no se hace alusión alguna a los posibles negocios jurídicos que «la producción y comercio de armas, municiones y material de guerra pudieran generar».

En este sentido, la exclusión es genérica, y vale por tanto para convenios y contratos. Cabría la interpretación de que la medida interna adoptada por la Ley española distingue los supuestos convenios-excluidos de la Ley- y de contratos- no excluidos-; pero esta posición supone una discriminación no justificada. En efecto, si la razón de la exclusión radica, como bien expresa el Tratado, en la protección de los intereses esenciales de su seguridad, no se comprende que tales intereses resulten protegidos en los convenios y no así en los contratos. A mayor abundamiento, téngase en cuenta que los negocios jurídicos de producción y comercio, hacen referencia en nuestro ordenamiento jurídico contractual, a figuras típicas y nominadas de contratos (suministros de fabricación o de adquisición; servicios de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes), que difícilmente pueden ser encajados en el modelo de convenios.

Por otro lado, las normas que integran el Derecho contractual comunitario, concretamente las Directivas 93/36 y 92/50 recogen la exclusión del artículo 296 (antiguo 223) del Tratado, referida a los contratos de suministros y servicios. La obligada trasposición de su contenido al Derecho interno abogan por la inclusión del término de «contrato» en el genérico de «convenio», o por lo menos, constituyen una referencia obligada para interpretar que los contratos de suministro, asistencia y de servicios, cuyo objeto verse sobre «armas, municiones o material de guerra», identificados en la lista que aprobó el Consejo, están excluidos del régimen ordinario de la contratación pública.

Para García de Enterría (34) «en la misma letra d) y de una forma un poco asistemática, se ha incluido una tipo de contrato excluido que nada tiene que ver con los convenios de colaboración»: **Los contratos y convenios (típicos) que sean consecuencia del artículo 223.1b) del Tratado de la CEE....** Parece que hay que concluir que a este específico sector de la industria y el comercio de material bélico la Ley no es aplicable en ninguna de sus disposiciones, sin duda por razones de seguridad de la Defensa.»

Por su parte Asís Roig (35) considera que el ámbito cubierto por la excepción del artículo 3.2.1d) de la Ley no sólo afecta a la contratación militar exterior, sino también a la celebrada o ejecutada en territorio nacional. No obstante, dicha excepción al proyectarse sobre la totalidad del comercio con fines militares, es evidente que cubre los contratos de suministros, instalaciones, servicios y asistencia técnica relativos al armamento.

Como consideraciones en contra el propio Torres Viqueira (36) apunta lo siguiente: «la exclusión formulada respecto de los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado de Roma, no parece, a la luz de la Ley, una excepción general y absoluta que comprenda a todo tipo de contrato administrativo». Para apoyar esta postura el citado autor resalta las diferentes alusiones que contiene el texto legal a los contratos que sean consecuencia del contenido del artículo 296, como el artículo 182f) entre otros. Esto es, si la LCAP excluyera de su ámbito de aplicación tanto a los convenios como a los contratos, carecería de sentido que posteriormente entrase a regularlos.

Por su parte, Miranda González (37) considera en cierta medida coincidiendo con Torres Viqueira, que al contrario de la fiel adaptación que nuestra Ley va haciendo de las directivas comunitarias, en los contratos a los que se refiere el artículo 223.1.b) (actual 296) del Tratado de Roma, se ha apartado de la disposición comunitaria, adoptando una posición ecléctica, ya que si bien no ha aceptado la exclusión total de la Ley de Contratos, tampoco los incluye en su totalidad y acude para ello a la figura de los convenios que se autorizan a llevar a cabo al margen de la misma. La consecuencia, continúa el autor, no es otra que la de que el Ministerio de Defensa está autorizado para celebrar contratos relativos al material com-

---

(34) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Curso de Derecho Administrativo, Tomo I.»1993 Citado por Torres Viqueira en «Elementos Procedimentales de la Contratación Militar»2001 pp 443-444.

(35) *Ibidem* pp-444-445.

(36) *Ibidem* pp. 445-446.

(37) MIRANDA GONZÁLEZ, J. «La Contratación de las Administraciones Públicas». 1995 pp 232-233.

prendido en el artículo 296, y al mismo tiempo, evidentemente llevar a cabo un convenio, al margen de la Ley de Contratos, como por ejemplo con Santa Bárbara, Izar etc., lo que «viene a legalizar situaciones que hasta ahora estaban más o menos al margen de la ley».

Como se puede apreciar, la cuestión no es pacífica, sin embargo parece acertado pensar que la intención del legislador va dirigida a someter al ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones a los contratos que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado de Roma, dejando al margen de la misma a los convenios. Esta afirmación está plenamente justificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 175.2 de la LCAP que establece que se regirán por esta Ley «los contratos de suministro que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 TCE, que celebre el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional» (38). En el mismo sentido se redacta para el supuesto de contratos de servicios, el artículo 210i) de la LCAP.

Por lo expuesto se puede afirmar que estaremos, en lo que los llamados contratos comerciales se refiere, ante verdaderos contratos administrativos y no ante convenios, lo que tiene relevancia en lo relativo al régimen jurídico aplicable.

Sin embargo, la determinación de si estamos ante convenios o contratos en las restantes modalidades contractuales se refiere, plantea no pocos problemas con idénticas consecuencias que los anteriores.

### **C) otras exclusiones**

Por último, en la letra i) del punto primero del citado artículo tercero del TRLCAP, se excluye del ámbito de aplicación del mismo texto legal a los contratos y convenios que efectuados por el procedimiento específico de una organización internacional. Como se puso de manifiesto anteriormente una de las modalidades contractuales utilizada por el MINISDEF, es

---

(38) El texto del artículo art. 175 modificación introducida por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, establece que «Los contratos que se celebren con empresas extranjeras de Estados no pertenecientes Comunidad Europea cuando su objeto se fabrique o proceda de fuera del territorio nacional y los de suministro que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 del Tratado de Roma que celebre la Administración Militar con empresas extranjeras, se regirán por la presente Ley, sin perjuicio de lo que se convenga por las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes del comercio internacional.

precisamente las compras de material a través de cooperativas logísticas en el ámbito de la OTAN. Dichas adquisiciones se desarrollan con sujeción a la normativa interna de la citada organización y por tanto al margen de la regulación contenida en el TRLCAP.

## 2. CARÁCTER ADMINISTRATIVO DE LOS CONTRATOS COMERCIALES.

### EL CARÁCTER ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE LOS CONTRATOS FMS

#### A) El criterio legal de distinción

De la lectura del artículo 5 del TRLCAP se deduce la existencia de tres tipos de contratos que pueden celebrar las Administraciones Públicas: contratos administrativos, privados, mixtos y especiales. Para la Ley son contratos administrativos nominados *«aquellos cuyo objeto directo conjunta o separadamente sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 26 del artículo 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos»*.

En relación con los contratos administrativos especiales, la Ley de Contratos de 1995 recogió la doctrina del Tribunal Supremo que había interpretado la noción de «servicio público» utilizada por la Ley de Contratos de 1965 para calificar el contratos como administrativo como «cualquier actividad que la Administración desarrolle para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia» esto es, toda actividad «que se refiera al tráfico o giro específico del órgano administrativo que celebre el contrato» (39).

En efecto, con la actual dicción legal «se ha ampliado el campo de la de los contratos administrativos especiales, pues la vinculación al giro o tráfico de la Administración contratante, la tratarse de una mera vinculación y no de una pertenencia estricta, permite incluir en esta categoría aquellos contratos que afecten al concreto interés público perseguido por la Administración de que se trate» (40).

---

(39) Al respecto, ver STS de 16 de mayo y de 16 de octubre de 1996.

(40) Al respecto ver Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 5/96, de 7 de marzo.

Por otro lado, el apartado tercero del mencionado artículo 5 utiliza un criterio residual para calificar los contratos como privados «los restantes contratos celebrados por la Administración.....». Entre el listado de contratos privados que la propia Ley recoge, y en concordancia con lo previsto en el apartado primero de este precepto, se consideran como contratos de este tipo, además de los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento, y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, los contratos de seguros y bancarios y de inversiones y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

En opinión de Moreno Molina (41), el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo manifiesta la clara tendencia a calificar como administrativos, por la finalidad e interés general subyacente, el destino de los elementos intervinientes en la contratación y la aplicación amplia de concepto del interés general y servicio público subyacente (42).

Una vez expuesto el criterio legal que determina el carácter administrativo de los contratos celebrados por la Administración, procede analizar la naturaleza jurídica de los instrumentos contractuales objeto de estudio.

En primer lugar, como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, las tres grandes modalidades contractuales a través de las cuales el Ministerio de Defensa adquiere el material necesario para el cumplimiento de sus fines en el exterior, se concretan en los denominados contratos comerciales, contratos acogidos al sistema de ventas en el extranjero y otros acuerdos de cooperación industrial en materia de defensa.

Los contratos comerciales, ya definidos como aquellos celebrados entre la Administración militar y una empresa extranjera, cuyo objeto consiste en la adquisición de material de defensa procedente a su vez del extranjero, aparentemente encajarían en la descripción contenida en los artículos 5 y 172 de la LCAP, lo que nos permitiría calificarlos como contratos típicos de suministro o fabricación. Sin embargo, la introducción del elemento extranjero en la relación contractual, los otorga un cierto carácter «especial» dado el régimen jurídico aplicable. Hasta tal punto puede llegar esa separación, como más tarde analizaremos al tratar sobre el mismo, que incluso su regulación puede separarse de la contenida en el TrLCAP. Todo depende del grado de introducción de normas y usos del comercio internacional que en cada caso se produzca.

---

(41) Ibid- pag 85.

(42) Al respecto ver STS de 10 de marzo de 1999.

En cuanto a las otras dos modalidades contractuales objeto de análisis se refiere, se debe distinguir por un lado, los contratos acogidos al sistema de ventas en el extranjero del gobierno de los Estados Unidos de América (FMS) y, por otro, el resto de modalidades de cooperación en materia de industria militar.

Ciertamente, en el supuesto de los contratos FMS, su origen se encuentra en la celebración del Tratado de Cooperación Hispano Americano de 1952. No obstante, a nuestro juicio se debe distinguir entre el Tratado u acuerdo en si mismo considerado, que por supuesto queda excluido del ámbito de aplicación de la LCAP y por otro lado, los contratos derivados del mismo.

¿Ante qué tipo de contratos estamos? ¿Cuál es su naturaleza jurídica?

Para dar respuesta a estas preguntas, parece lógico acudir al origen de la regulación de los mismos.

El esfuerzo codificador de la reforma de la LCE determinó, junto con otras circunstancias de carácter más coyuntural, el afloramiento de un régimen especial de contratación en el exterior: la contratación militar en el extranjero. Su régimen jurídico básico se encontraba dominado por dos criterios de exclusión directa de la LCE:

la prevista en el artículo 2.3: *«las operaciones que celebre la Administración con los particulares sobre bienes y derechos cuyo tráfico resulte matizado en virtud de disposiciones legales, o sobre productos intervenidos, estancados o sobre productos intervenidos»* (43).

La establecida en el artículo en el apartado 2.6 de la LCE: *«Los contratos del Estado que se celebren y ejecuten en el extranjero»*.

En cuanto a la primera exclusión, es cierto que no alcanzaba a la totalidad de los contratos militares sino aquellos contratos que se refirieran a este tipo de bienes y en cuanto a generadores de una específica problemática militar, los relacionados con el armamento.

En ambos casos, el régimen jurídico resultante tiene como rasgo común que los referidos contratos y negocios jurídicos seguirán regulándose por sus normas específicas, aplicándose los principios de la Ley para resolver las dudas que pudieran plantearse.

La existencia de una regulación específica no se produciría hasta la publicación del Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo sobre contratación militar en el extranjero, desarrollado por la Orden ministerial de 16 de

---

(43) Al tiempo de dictarse la reforma de la LCE, el carácter de bienes de tráfico intervenido se fundamentaba en el Decreto de 27 de diciembre de 1944, de Reglamento de Armas y explosivos.

junio de 1977, que con posterioridad será completada con un régimen jurídico específico para el pago de obligaciones derivadas de estos contratos en el extranjero contenido en el Real Decreto 2122/1993, de 3 de diciembre, de Gestión financiera de determinados fondos destinados a la adquisición de material y servicios complementarios en el exterior, que constituye su actual régimen.

Las principales características de esta regulación residen en los siguientes puntos:

Su ámbito de aplicación no coincide completamente con el ámbito de aplicación propio y específico de la contratación en el extranjero, previstos en la derogada LCE y su normativa de desarrollo, ya que contempla — es más constituye el tipo regulador— el contrato celebrado con un gobierno u organismo público extranjero, sin acepción del lugar donde se ejecute el contrato.

La regulación de los mencionados contratos se concentra en: a) la atribución a la autoridad militar de la competencia para la celebración de estos contratos, sin perjuicio de la información que deba facilitar a otros ministerios interesados; b) el establecimiento de un procedimiento específico de pagos mediante el mecanismo de pagos a justificar o la utilización de créditos documentarios como mecanismos de garantía del precio del contrato, y c) normas relativas a la recepción del material.

Como se expondrá más adelante, esta normativa no ha sido expresamente derogada ni por la Ley 13/1995 ni por el actual TrLCAP.

En la exposición de motivos del propio Real Decreto 1120/1977, ya se pone de manifiesto la exclusión de estos contratos de la entonces vigente Ley de Contratos del Estado cuando dice textualmente: *«Las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa no contemplan en su totalidad las circunstancias y problemas que se plantean con motivo de las relaciones jurídicas que en determinados casos surgen, para conseguir la máxima eficacia del contenido de los tratados y acuerdos suscritos con otros Estados, tanto por el objeto del contrato, como por la naturaleza del contratista»*.

Siguiendo la distinción realizada por la doctrina entre Convenio y contrato ya expuesta en el epígrafe anterior, todo parece apuntar a que estamos en presencia de verdaderos contratos. Si bien estos contratos presentan las particularidades de que las partes implicadas son Gobiernos de Estados soberanos. Cabe por tanto, plantearse si este tipo de contratos entra dentro del ámbito de aplicación de la actual Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o, por el contrario, estamos ante la exclusión enunciada en el artículo 3.1e) del citado texto legal, en cuyo caso no tendría sentido dilucidar sobre la naturaleza administrativa de los mismos.

Por otro lado, la regulación que hace nuestro ordenamiento de los tratados internacionales no alcanza a los contratos entre Estados, dado que los tratados constituyen manifestaciones por escrito de voluntades concordantes imputables a dos o más sujetos de Derecho Internacional, de la que se derivan derechos y obligaciones para las partes según las normas de derecho internacional.

Esto quiere decir que el régimen jurídico de los tratados internacionales viene determinado por las normas de Derecho Internacional, mientras que los contratos o acuerdos aun con otros Estados u organizaciones internacionales, es la voluntad concordante de las partes dentro de los márgenes que a las mismas impongan los ordenamientos internos de cada una (44).

En efecto, el Derecho de Tratados ha surgido en una etapa de la evolución de la Humanidad que podemos calificar de «liberal» desde una perspectiva política y económica, es decir con Estados que limitaban su concepto y su acción a una idea de funciones de soberanía; la relación entre un Estado y los demás implicaba siempre un dar y recibir político, y de ahí una primera perspectiva: toda relación convencional entre Estados era un tratado internacional, cualquiera que fuese su denominación.

A medida que los Estados han asumido responsabilidades en el campo de la economía, y a medida que ha ido creciendo el intervencionismo del Estado en todos los campos, han ido apareciendo relaciones de otro tipo entre ellos, no catalogables bajo el epígrafe de «tratados».

Ni el Derecho interno ni el Derecho internacional permiten establecer una distinción conceptual clara entre contratos y tratados, aplicable a todos los supuestos.

No obstante la afirmación anterior, teniendo en cuenta el enunciado de la exposición de motivos del Real Decreto 1120/1977, la razón de ser de esta norma es precisamente, la cobertura legal de determinados aspectos no contemplados por la entonces vigente LCE para el logro de los fines contenidos en los acuerdos y tratados suscritos por nuestra nación. Es decir, quizá sea aquí donde más claramente se distingue entre los tratados y acuerdos por un lado, y los contratos derivados de los mismos por otro.

Bajo esa premisa, la definición naturaleza jurídica de estos contratos vuelve a plantearse. Por un lado, entonces y bajo la vigencia de la LCE estos contratos estaban excluidos de su ámbito de aplicación. Por otro lado, si estamos ante verdaderos contratos y no acuerdos ni tratados, en principio quedarían dentro del ámbito de aplicación de la actual Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Sin embargo, tanto su objeto, material mili-

---

(44) SAÍNZ DE VICUÑA, A. «*La contratación exterior del Estado*». 1986 pp-90-92.



tar y de seguridad, como el carácter de la otra parte contratante, un gobierno, introduce especialidades que los distinguen de los contratos nominados y por tanto no parece que la LCAP contemple totalmente su regulación aunque no los excluya absolutamente de su ámbito de aplicación.

Estaríamos por tanto, en presencia de contratos administrativos especiales a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.2b) según el cual *son contratos administrativos especiales aquellos cuyo objeto sea distinto de los enunciados en el párrafo anterior*; en nuestro caso el objeto es el material militar adquirido a un gobierno extranjero, *«que tengan naturaleza especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante por satisfacer de forma directa una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley»*.

Es decir, la Administración mediante estos contratos satisface una necesidad específica de su competencia la adquisición de material militar, pero a través de la contratación del mismo con gobiernos extranjeros, concretamente con el gobierno de los EEUU.

Por otro lado, la propia LCAP no contempla este supuesto, y sí el que la otra parte sea una empresa. En este último supuesto la diferencia que existe con respecto a los contratos nominados es simplemente la introducción de normas y usos del comercio internacional pactados entre las partes, mientras que en los contratos FMS estamos ante unos verdaderos contratos de adhesión a unas cláusulas que nada tiene que ver con las prácticas de comercio internacional.

Por tanto, se puede concluir que los contratos FMS, son verdaderos contratos administrativos, si bien revisten un carácter especial tanto por la razón de su objeto como de la otra parte contratante, un gobierno.

No son contratos comerciales propiamente dichos, pues la otra parte es un Gobierno y no una empresa. Por otro lado, el Tratado de Cooperación contempla la posibilidad de la existencia de ayuda militar, pero no especifica la forma.

De acuerdo con el artículo 7 de la LCAP estos contratos se regirán por sus propias normas con carácter preferente, que en nuestro caso, como más adelante se analizará se tratará del Real Decreto 1120/1977 y normas de desarrollo.

## **B) La naturaleza jurídica de los instrumentos de cooperación en materia de industria militar**

Dentro de las distintas modalidades de cooperación en materia de industria militar analizadas en este trabajo, destacan por su singularidad

los contratos celebrados en el seno de la agencia de la Organización del Tratado del Atlántico Norte para la cooperación en materia de adquisición de suministros y servicios de mantenimiento.

Este tipo de contratos están expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la LCAP al estar incluidos en el apartado 1, letra i de su artículo tercero.

Los elementos definidores de estos contratos coinciden plenamente con las causas de exclusión establecidas en el propio texto de la LCAP. Así como se puso de manifiesto en su descripción, nuestra nación se adhirió a la carta fundacional de la NAMSA, agencia encargada de la gestión de este tipo de contratos. En la citada carta además se establece un procedimiento específico de contratación al cual debe acudir cada una de las naciones miembro.

Queda claro que estamos ante un tipo de contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, lo que no obsta para que tanto en su tramitación interna como en aquellos aspectos que no estén totalmente recogidos por la propia Carta de la NAMSA y sus procedimientos de desarrollo, se apliquen las normas generales de contratación administrativa.

A su vez, existen normas reguladoras especiales para la realización de los pagos que sean consecuencia de estos contratos, que por otra parte son comunes a todas las otras modalidades analizadas en este trabajo.

Se puede afirmar, por tanto, que estamos ante contratos o convenios derivados de procedimientos específicos de una organización internacional y por tanto sometidos en gran manera al derecho internacional público.

Por último, la naturaleza jurídica predicable de los instrumentos denominados MOUS, resulta a priori fácil de determinar. Son convenios, acuerdos entre gobiernos que no derivan necesariamente de un tratado internacional previo y cuya razón de ser estriba en la necesidad de la puesta en común de los conocimientos tecnológicos que cada uno de los países contratantes tiene en el campo militar, con el objeto final de conseguir un nuevo sistema de armas o el mantenimiento y modernización de uno existente. Estos acuerdos, cuya frecuencia en cuanto a su celebración se refiere es cada vez mayor, participan de la naturaleza de los convenios consecuencia del artículo 296 del Tratado de Roma y por tanto están expresamente excluidos del ámbito de aplicación del TrLCAP. Cabe no obstante preguntarse si estamos ante este tipo de convenios o si en ocasiones pudiéramos estar ante verdaderos acuerdos o tratados.

Como ya se apuntó, el artículo 3.1e) del TrLCAP excluye de su ámbito de aplicación los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con entidades de Derecho Internacional Público. Siguiendo con el contenido del artículo 3 del citado texto legal, en su apartado segundo establece que

los supuestos contemplados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse. Solución ésta que en opinión del Profesor Antonio Sainz de Vicuña (45), que debe criticarse, ya que el mero hecho de que el contratante extranjero sea un Estado no debería alterar *per se*, el régimen jurídico que corresponda al contrato.

Por otra parte ¿cuáles son las normas peculiares a las que alude la Ley?, si los acuerdos tienen la naturaleza de tratado internacional, la remisión hay que entenderla hecha al Derecho de los Tratados, a la legislación Constitucional española y al Decreto 801/ 72, de 24 de marzo regulador de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales. Si por el contrario, los acuerdos tienen carácter de contratos, las únicas normas peculiares que les son aplicables son las contenidas en el RD 1120/1977 tantas veces aludido.

Por otra parte, nuestro Derecho positivo no dilucida la cuestión de fijar unos criterios válidos para distinguir los contratos entre Estados de los tratados. El único criterio existente es el de competencia para la celebración de unos y otros: los tratados requieren las competencias previstas en el Decreto 801/72, modificado por la Constitución española de 1978, mientras que los contratos no están sujetos a limitación competencial propia de los tratados, ya que todos los ministros pueden contratar y delegar dicha facultad. Pero ese es un criterio formal y válido *a posteriori*; que existan unas competencias u otras será consecuencia de una calificación del negocio jurídico bien como contrato, bien como tratado, y lo que no proporciona nuestro ordenamiento es el criterio distintivo entre uno y otro.

El problema es que tampoco existe un criterio establecido en el Derecho Positivo Internacional. El artículo 2º, de la Convención de Viena de 1969 sobre Derechos de Tratados dice:

*«Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento público único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular.»*

Con lo cual, la cuestión se formula así: ¿ Cuándo un acuerdo entre Estados se rige por el Derecho Internacional?

Según Sainz de Vicuña (46), la opción entre una u otra alternativa dependerá del contenido del acuerdo considerado como un todo. Pero no caben reglas generales.

---

(45) SAÍNZ DE VICUÑA, A. «La Contratación Exterior del Estado», 1986 pp18-19.

(46) *Ibidem* pp20-22.

Por otro lado, los acuerdos políticos, basados en la buena fe, no entrañan compromisos jurídicos regidos por el Derecho Internacional, sino que generan obligaciones políticas exigibles en este último plano. Responden a distintas denominaciones, tales como declaraciones de principios o de intenciones, comunicados, acuerdos técnicos, memoranda... se trata de lo que en Derecho Internacional se conoce con el nombre de «Pacto entre caballeros».

En ocasiones, los acuerdos políticos, por su contenido o por razón del país con el que se celebran afectan a la política exterior. En nuestro ordenamiento el respaldo jurídico de este tipo de acuerdos se encuentra en el propio artículo 97 de la CE, donde se atribuye al gobierno la dirección de la política exterior. La tramitación de estos acuerdos requiere autorización del Consejo de Ministros a solicitud del Ministerio de Asuntos Exteriores.

En otras ocasiones, los acuerdos llamados técnicos o administrativos, se tramitan y se concluyen directamente por el departamento correspondiente. En este supuesto, el Ministro respectivo es quien informa al Consejo de su conclusión. Es precisamente en este ámbito de acuerdos políticos donde se encuadran los MOUS, tal y como se recoge en la Orden Ministerial Comunicada del Ministerio de Defensa sobre regulación y tramitación de MOUS, Orden nº 53/1997 de 24 de septiembre, así como en las normas guía de la Dirección General de Política de Defensa de 11 de septiembre de 1990 y en el documento aclaratorio de estas normas guía de 10 de febrero de 1990.

No obstante lo anteriormente enunciado, dado el carácter difuso y complejo de la definición de MOU, a continuación se van a recoger una serie de dictámenes del Consejo de Estado e informes de la Asesoría Jurídica del MINISDEF, donde de alguna manera se clarifica el contenido que puedan tener estos acuerdos y cuándo se consideran Acuerdos Técnicos o auténticos Tratados Internacionales sometidos a los requisitos que establece el artículo 94 de la CE. El Consejo de Estado (47) se ha pronunciado al respecto en varias ocasiones afirmando lo siguiente:

No todo Acuerdo Internacional que conlleve gasto público necesita ser sometido a autorización de las Cortes, «será precisa autorización parlamentaria para aquellos convenios o tratados cuya ejecución exceda de las competencias normales de la Administración de la Hacienda Pública, por no poder ser atendida con las asignaciones ordinarias del organismo público al que se encargue la misma. Tampoco será preciso solicitar autorización parlamentaria para aquellos tratados cuya ejecución financiera pueda

---

(47) Ver Dictamen del Consejo de Estado 43008 de 2 de abril de 1981.

atender la Administración de la Hacienda Pública o el Gobierno sin recabar la intervención de las Cortes Generales».

Desde el punto de vista de las obligaciones de gasto que pudieran generarse el citado órgano consultivo distingue entre Tratado y acuerdo o convenio.

Así considera el citado órgano consultivo, que nacen obligaciones financieras en el sentido del artículo 94.1 CE de cuando se prevean gastos a cargo del Estado español que excedan del ámbito temporal de un ejercicio presupuestario (48).

Ello no está comprendido en el artículo 61.2 de la Ley General Presupuestaria.

Es decir con carácter general, aunque nuestro ordenamiento no lo distinga con nitidez, un acuerdo de voluntades entre Gobiernos siempre que su contenido entre dentro de su ámbito competencial ordinario, no constituirá necesariamente un Tratado internacional, y sí un contrato que se registrará por las normas aplicables a cada caso concreto.

En cuanto a los informes de la Asesoría Jurídica General sobre MOUS se refiere, éstos se han pronunciado sobre cuestiones concretas acerca de MOUS en los que España participa, como el derecho aplicable a los posibles problemas de responsabilidad por daños derivados o en conexión con las actividades comprendidas en el ámbito de los mismos. Asimismo se han pronunciado respecto a si estos instrumentos constituyen una manifestación o no de la actividad competencial del Gobierno o por el contrario deben concluirse mediante un Tratado Internacional con intervención de las Cortes Generales.

En cuanto a las normas que regulan la responsabilidad por daños derivados o en conexión con las actividades comprendidas en un MOU, la mencionada Asesoría ha considerado que dichas normas son distintas de las previstas con carácter general en la Convención de Londres de 1951 reguladora del Status de fuerzas de la OTAN y de la Convención de Ottawa en la que aquella se inscribe (49). Toda responsabilidad por daños está regulada en los citados Acuerdos con carácter general, por lo que para la modificación de su régimen debe adoptarse en un documento internacional de nivel adecuado, esto es en un Acuerdo Internacional en el sentido de la expresión dado por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, en su artículo 2.1 a).

---

(48) Ver Dictamen del consejo de Estado 45.460 de 2 de junio de 1993.

(49) Los primeros informes se refieren a consultas sobre responsabilidad por daños aplicables al MOU BICES, Satélite HELIOS, AGS/ SOSTAR X e EUCLID.

Por otra parte la misma Asesoría, recomienda que en el plano financiero se establezcan las medidas necesarias para evitar que las disposiciones de este carácter contenidas en un MOU, no impliquen una modificación de la legislación tributaria, pues en ese caso exigiría autorización de las Cortes Generales para su aprobación.

Por otro lado en cuanto a la regulación de este tipo de acuerdos por parte de nuestra legislación, la mencionada Asesoría considera que existe un vacío normativo en lo que se refiere a la suscripción de contratos, acuerdos y convenios entre Gobiernos o con Organizaciones Internacionales.

De un lado están excluidos del TRLCAP, pero de otro lo cierto es que la regulación en nuestro ordenamiento de los Tratados Internacionales no alcanza los convenios, acuerdos ni los contratos entre Gobiernos, dado que los Tratados son manifestaciones por escrito de voluntades concordantes imputables a dos o más sujetos de Derecho Internacional, mientras que los MOUS constituyen acuerdos entre Estados basados en la buena fe y la reciprocidad que no comportan vinculación jurídica.

Como se puede apreciar, no existe una definición clara de estos instrumentos que permita determinar su naturaleza jurídica de manera inequívoca, máxime si se tiene en cuenta que en la mayoría de las ocasiones los contratos que derivan de estos acuerdos se celebran en nombre de la organización que se crea en cada programa concreto como se expuso en la descripción de los MOUS. No obstante, a la vista de lo expuesto, se puede afirmar que, en general, estamos ante acuerdos o convenios entre Gobiernos y no ante tratados propiamente dichos, lo que tiene indudables consecuencias a la hora de definir el régimen jurídico aplicable.

### CAPÍTULO III

#### LÍNEAS BÁSICAS DEFINITORIAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN MILITAR EXTERIOR

##### 1. NORMATIVA ADMINISTRATIVA APLICABLE

##### **A) Vigencia del RD 1120/1977**

La primera cuestión que suscita el estudio del régimen jurídico aplicable a las modalidades contractuales objeto de estudio, es precisamente la vigencia del Real Decreto 1120/1977 de 3 de mayo, sobre contrata-

ción militar en el extranjero (50), desarrollado por la Orden de 16 de junio de 1978.

En opinión del Profesor De Asis Roig (51) existen dos razones que justifican el planteamiento de esta cuestión:

La primera es la que se deriva de la desaparición del elenco de las relaciones excluidas de la aplicación directa de la LCAP de los dos supuestos que justificaban su régimen específico (52) y la segunda, la aparición de una regulación propia de la contratación pública en el extranjero y que se formaliza de una forma especialmente intensa en el contrato de fabricación de suministros al extranjero (art. 175 LCAP). Ahora bien la inclusión directa dentro del elenco de relaciones excluidas de la aplicación directa de la Ley de los Convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado de Roma, así como la falta de derogación expresa de dicha norma ofrecen una sólida base para entenderla vigente.

Ahora bien, la mencionada exclusión contenida en el artículo 3.1 d) in fine, sólo puede referirse a aquellos contratos en los que se den las siguientes condiciones:

Protección de los intereses de Defensa relacionados con el comercio de armas, pero que no pueda desvirtuar el principio de competencia (por lo tanto no parece que pueda adoptarse criterios capaces de falsear las principales garantías de la competencia, como son los mecanismos de salvaguarda del interés público en la adjudicación del contrato).

Cuando el destino de los indicados productos esté dirigido a fines específicamente militares sin que puedan alterarse dichas reglas, siempre y cuando el producto esté incluido en la lista elaborada al efecto en los términos previstos en los apartados 2 y 3 del citado artículo.

Los restantes artículos en cuanto no cubiertos por la excepción contenida en el artículo 3.1d) de la LCAP, estarán, con carácter general sujetos al régimen común de la contratación.

Parece poder deducirse que sólo estarán sujetos a este régimen de excepción, en lo que se refiere a los contratos militares: los que se refieren a armamento o material de guerra destinado exclusivamente a fines militares (53).

---

(50) Sobre esta cuestión puede verse FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, EMILIO. Op. cit. Págs. 1104 y ss.

(51) DE ASIS ROIG, A. «*Régimen de la Contratación de la Administración en el extranjero*», artículo parte de la obra conjunta «*Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*», 1996 pp. 594-596.

(52) Apartados 2 y 6 de la antigua LCE.

(53) DE ASIS ROIG, A. Op cit. en nota 49 pág. 598.

En principio y de acuerdo con el artículo 3.2 del TRLCAP estos contratos «se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver dudas y lagunas que pudieran presentarse». De la misma manera, en su artículo 7, el mencionado texto legal se establece que «los contratos privados se regirán en cuanto a su preparación, efectos y extinción por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto las de derecho privado. No obstante, los contratos especiales, que se definen en el artículo 5.2 b), se regirán por sus propias normas con carácter preferente.»

Partiendo del contenido de los preceptos aludidos anteriormente, se puede concluir que este sector de la contratación administrativa, se encuentra regulado por normas especiales. El bloque normativo al que se hace referencia está presidido por el Real Decreto 1120/1977, de 3 mayo, de contratación militar en el extranjero, desarrollado por OM de 16 de junio de 1977. En su vertiente financiera se encuentra regulado por el RD 2122/1993, de 3 de diciembre, de gestión de determinados fondos destinados a la adquisición de material militar y servicios complementarios en el exterior. Este bloque normativo se puede considerar como principal o básico, pues existen normas aplicables al sector de diversa índole como son las exclusiones tributarias de las que disfruta este tipo de material así como normas particulares para la celebración y ejecución de contratos en el seno de la OTAN, todo ello sin desconocer el carácter supletorio que presenta la legislación general de contratación administrativa, frente a este tipo de contratación.

La justificación de la exclusión de este sector del régimen general de la Ley y el consiguiente establecimiento de un régimen jurídico específico y particular es consecuencia del objeto específico de estos contratos: el material de guerra. Como afirma el Consejo de Estado «este material no se encuentra libremente en el mercado, especialmente cuando se trata de material sofisticado». En estos supuestos «los proveedores no existen como mercado, sino antes bien son poseedores de patentes o exclusivas, que excluyen la posible y deseable licitación», transformándose el contrato de suministro en «una simple compraventa, donde es el Estado quien busca de modo directo al proveedor y no, como en la hipótesis usual, el licitador quien acude a la demanda de la Administración» (54).

El problema surge en aras de preservar el principio constitucional de seguridad jurídica, al determinar la actual vigencia de este peculiar bloque normativo tras la entrada en vigor del TrLCAP, y más concretamente con la inclusión del artículo 117 y el 176.2 del citado texto legal, que parecen

---

(54) Dictamen del Consejo de Estado nº 743/93 de 29 de julio.



amparar una derogación tacita del mismo. No parece ésta la voluntad del legislador quien podría haber derogado expresamente la mencionada regulación. Así pues como afirma Urrea Salazar (55) «la regulación por él contenida no se opone al régimen establecido en la Ley, sino que además constituye un complemento del mismo».

Tres son los supuestos contractuales contemplados en el RD 1120/1977, de 3 de mayo: a) Contratos de adquisición, suministros, conservación y reparación de material e instalaciones, así como los de prestación de servicios y asistencia técnica, destinados a cubrir las necesidades de la Defensa Nacional, que se formalicen entre la Administración Militar y un Gobierno u Organismo público extranjeros; b) contratos celebrados en España entre la Administración Militar y una Empresa privada extranjera; c) contratos celebrados y a ejecutar en el extranjero cuyo objeto sea de exclusivo interés militar (56).

El régimen jurídico de los contratos subsumibles en la primera hipótesis contractual es el establecido en el mencionado RD 1120/1977 y en las «disposiciones vigentes». Esto supone una remisión directa a la normativa general sobre contratación pública que resultará subsidiariamente aplicable, si bien el grueso de la regulación estaría contemplado en el citado RD. En puridad, la razón de ser de la existencia de éste, se centra en la justificación jurídica de los contratos celebrados con Gobiernos extranjeros para los que la legislación vigente en el momento de su promulgación carecía de cobertura legal. Este hecho se pone de relieve en el preámbulo del reiterado RD cuando en él se justifica su existencia, toda vez que «las circunstancias y problemas que se plantean con motivo de las relaciones jurídicas que en determinados casos surgen, para conseguir la máxima eficacia de los tratados y acuerdos suscritos con otros Estados, tanto por el objeto del contrato, que no está dentro del tráfico usual del comercio, como por la naturaleza del contratista».

Para los contratos celebrados en el territorio nacional con empresa privada extranjera el artículo 9 de la mencionada OM se remite a la legislación vigente en materia de contratación general del Estado. Esta remisión que hemos de entender al régimen general contenido en el TRLCAP con la obvia exclusión del artículo 117, no es sin embargo total e incondicional. Y es que «cuando concurran especiales razones que impidan la aplicación de la legislación general, tales contratos se regirán por lo que las partes convengan de

---

(55) URREA SALAZAR, M.J. «*La Contratación Internacional de las Administraciones Públicas*»1999. pp-118-119.

(56) Artículos 1,11 pº 1º del RD 1120/1977 y de la Orden de 16 de junio de 1978 respectivamente.

acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional». Esta previsión resulta singularmente coincidente con lo dispuesto en el artículo 176.2 del TRLCAP, respecto de los contratos de fabricación efectuados con empresas extranjeras de Estados no pertenecientes a la Unión Europea, cuando el objeto se fabrique o proceda de fuera del territorio nacional.

La tercera hipótesis contractual, la contratación celebrada y a ejecutar en el extranjero con empresa privada extranjera aparece regulada en virtud del párrafo segundo del artículo 11 del RD 1120/1977 por la legislación general sobre contratación en el exterior. La única modulación introducida en el régimen del artículo 117 es la relativa a la competencia de celebración de los contratos. En efecto, el mencionado artículo 11 establece que en estos contratos «se entenderán conferidas con carácter general a los jefes de los Departamentos militares las facultades que la legislación vigente atribuye al Ministro de Asuntos Exteriores, la cual será de aplicación en sus demás preceptos». Como régimen supletorio y en virtud del artículo 9 de la mencionada OM de 16 de junio de 1978 opera el régimen de la contratación en España con empresa privada extranjera.

Llegado a este punto, todo parece indicar que el citado RD continúa en vigor, en tanto en cuanto no existe una derogación expresa total del mismo en ninguna norma de igual o superior rango normativo. No obstante, sí se puede afirmar que no todos sus artículos continúan en vigor y que en alguna medida el contenido del citado RD ha sido derogado parcialmente.

En primer lugar, como consecuencia de determinados informes del Tribunal de Cuentas sobre la situación de fondos en el exterior y más concretamente en las Agregadurías dependientes del Ministerio de Defensa, el Real Decreto 2122/ 1993 deroga los artículos 2 y 7 del reiterado RD. Posteriormente, la Dirección de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa, formula una consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre la posibilidad de que las contrataciones de material militar con empresas y gobiernos extranjeros, de acuerdo con los artículos 2 y 11 del RD, puedan seguir adjudicándose por el nuevo procedimiento negociado introducido por la nueva Ley 13/95, y en el supuesto de que no tengan amparo en estos artículos, determinar cuál sería la normativa más adecuada para adecuar la legislación vigente a las necesidades propias del MINISDEF, permitiendo este tipo de contratación sin licitación pública.

Al respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (57) en su dictamen de 18 de octubre de 1996, considera derogado el conteni-

---

(57) Ver Dictamen 57/96 de 18 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

do de los artículos 2 y 11 del RD 1120/1977, por incompatibilidad de su contenido con el de la LCAP, con independencia de que sea posible la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en los casos en los que concurran las condiciones marcadas en Ley para su utilización.

Ahora bien, el citado dictamen se refiere en todo momento a la contratación con empresas extranjeras, no pronunciándose respecto a la contratación con gobiernos extranjeros u organizaciones extranjeras, lo que deja de una manera ambigua abierta la posibilidad de la utilización de este procedimiento en estos últimos casos.

Por otro lado, el TrLCAP tampoco deroga de una manera expresa el citado Real Decreto, lo que parece indicar una clara voluntad del legislador de mantenerlo en vigor, toda vez que no se opone al régimen establecido en la Ley sino que además, como se afirmó anteriormente, constituye un complemento del mismo. Complemento que por lo demás, aparece plenamente respetuoso con las obligaciones derivadas de las Directivas comunitarias liberalizadoras de este sector de la contratación.

## **B) Usos y costumbres vigentes en el comercio internacional: la Ley UNCITRAL y su significación actual**

Al tratar la vigencia del Real Decreto 1120/1977, se ha apuntado que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 175.2 permite que los contratos de fabricación efectuados con empresas extranjeras no comunitarias de Estados no miembros de la Unión Europea, cuando el objeto se fabrique o proceda de fuera del territorio nacional y los de suministro que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que celebre el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras, *se rijan por lo que las partes convengan de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional.*

Esta habilitación legal, plantea la siguiente cuestión: ¿qué se debe entender por normas y usos vigentes en el comercio internacional? y en su caso ¿Cuándo estas normas y usos se pueden considerar vigentes? La respuesta no es sencilla, tan sólo la casuística de este tipo de comercio nos puede dar una idea más o menos acertada de lo que se entiende en este sector internacional por normas y usos de comercio internacional. No obstante, cabe resaltar como parámetro fiable, en este sentido, la Ley modelo de UNCITRAL.

Desde su origen, en virtud de la Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, UNCITRAL ha procedido para

el cumplimiento de su mandato, destinado al fomento de la armonización y unificación progresivas del mercantil internacional, a la utilización de métodos y técnicas de diverso alcance (58). Entre estas destaca por su mayor amplitud, el de redacción de textos, radicalmente opuesto en cuanto a la efectividad de las recomendaciones, que poseen un valor meramente indicativo tendente a señalar los temas objeto de atención, adoptando posturas sobre su deseable tratamiento normativo (59).

Pero el estudio de cualquier Ley modelo, en nuestro caso la afectante a la contratación pública, pasa por la contextualización en el ámbito de lo que se ha venido a llamar el Derecho del Comercio Internacional, al cual aparece íntimamente vinculado en cuanto instrumento esencial del mismo. En efecto la Ley modelo se revela como un instrumento eficaz en la consecución de la armonización y unificación del Derecho, acaso ligeramente matizado por la circunstancia de ser un instrumento carente de valor normativo, pero no por ello carente de valor real. El mismo deriva tanto de la *autoritas*, propia del órgano que emana, como de la excepcional flexibilidad, circunstancia esta última de extraordinaria relevancia a la hora de valorar la capacidad de adaptación del instrumento unificador a las variables circunstancias del comercio internacional. pero lo cierto es que en su génesis, puesta de manifiesto en la Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, aparece directamente ligada al Derecho mercantil impregnado de los tintes de internacionalidad propios de la actividad comercial que se desenvuelve en el mercado internacional.

De este planteamiento inicial derivaríamos, como lógica consecuencia la exclusión de la contratación pública internacional del más amplio sector de la Derecho del Comercio Internacional, en clara alineación con aquellos que constriñen el contenido del mismo a las normas reguladoras de las relaciones mercantiles, de carácter estrictamente jurídico-privadas.

---

(58) Fue una iniciativa de la delegación de Hungría la que introdujo en el programa del 20º Periodo de sesiones de la Asamblea General de las naciones Unidas la propuesta de examen de las medidas a adoptar en el impulso del desarrollo progresivo del Derecho Internacional Privado, con miras a fomentar el comercio internacional. Sobre la base de esta propuesta se inicia el proceso de creación de UNCITRAL. En virtud de la Resolución 2102 (XX) de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1965, se inscriben el programa del 21º periodo de sesiones el tema «Desarrollo progresivo del Derecho del Comercio Internacional» y se pide al Secretario General que presente un informe sobre unificación y armonización. Será este informe elaborado sobre la base de un estudio preliminar emitido por el Profesor Schmitthof el que sirva de base a la Resolución 2205 (XXI).

(59) OLIVENCIA, M. «UNCITRAL: Hacia un Derecho Mercantil Uniforme en el siglo XXI», RDM nº207, 1993, pp 19-19.

Es cierto que en el comercio internacional existen dos ordenes de reglas jurídicas (60). De un lado, las normas de carácter jurídico-público definitorias del marco general de actuación de los operadores del comercio internacional. Estas aparecen constituídas esencialmente por tres bloques normativos: a) acuerdos y convenciones bilaterales o multilaterales destinadas al fomento y desarrollo de procesos de integración económica, mediante la articulación progresiva de una serie de libertades de naturaleza económica; b) los actos eventualmente derivados de la existencia de instituciones investidas de competencia normativa en materia comercial; y c) los acuerdos o tratados multilaterales y plurilaterales adoptados en el marco de la recientemente constituida Organización mundial del Comercio, a los que se suman los anteriores acuerdos adoptados en el marco del GATT y aún subsistentes. Estas tres categorías o bloques normativos representan la dimensión pública reguladora de las relaciones comerciales internacionales. De otro, las normas directamente aplicables a las concretas relaciones jurídicas entabladas entre dichos operadores, caracterizadas por la heterogeneidad de los sujetos intervinientes.

Es éste último grupo de normas, el que debemos incluir en el concepto de derecho del comercio internacional (61). Para ello haremos hincapié en la nota fundamental de la heterogeneidad de los sujetos, más que en el carácter estrictamente jurídico-privado de las relaciones por ellos establecidas en el marco de los flujos comerciales. Se amplía así la concepción clásica, a la contratación pública de bienes y servicios efectuada mediante los procedimientos de adjudicación, actualmente objeto de uniformización.

En apoyo de la anterior afirmación, en el sentido de incluir los tipos contractuales surgidos al amparo de la contratación pública internacional de bienes, obras y servicios, en el contenido del Derecho uniforme rector de los flujos comerciales internacionales, surge la elaboración de la Ley modelo sobre contratación pública por parte de UNCITRAL (62). Se cons-

---

(60) ILLESCAS ORTIZ, R. «*El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistematización*» RDM n° 207, 1993, pp76-79.

(61) La consideración de Derecho Uniforme del Comercio internacional como orden jurídico-privado que se limita a disciplinar las relaciones entre los individuos que, en el marco de los flujos comerciales establecidos por los estados conforme a las normas públicas, celebran contratos con ánimo de participar en la circulación de bienes, servicios y capitales que dichos flujos generan o permiten, debe matizarse de manera que refleje la nueva realidad expansionista del mercado mundial, comprensivo de las relaciones jurídicas entre sujetos heterogéneos, con independencia de su naturaleza pública o privada.

(62) La nueva Ley modelo de 1993 versa sobre contratación pública de bienes y obras, no obstante la cual ante la inclusión de los servicios en el movimiento de liberación de la contratación pública, se ha adoptado en el 27° Periodo de sesiones una Ley modelo afectante a este ámbito.

tata así, mediante la utilización de una técnica propia de un Derecho uniforme y emanada de un organismo como la UNCITRAL, actuante tradicionalmente en el ámbito de lo mercantil, la realidad expansiva de esta disciplina, consecuente con las corrientes liberalizadoras del comercio mundial. No obstante lo anterior, una delimitación se impone en orden a la correcta definición de los límites anteriormente auspiciados como propios del Derecho del comercio internacional, en un área como la aquí tratada de novedosa incorporación.

En efecto, partiendo de la diferenciación ya realizada respecto del sector global de la disciplina objeto de estas previas reflexiones, comprensiva de los dos sectores clásicos, a saber, el de las normas públicas tendentes al establecimiento de un marco jurídico apropiado favorecedor de la internacionalidad de los intercambios y el de las normas destinadas a la regulación de las propias relaciones jurídicas establecidas entre sujetos heterogéneos, debemos sostener la naturaleza mixta de la actual Ley modelo (63). Y es que la misma aglutina normas pertenecientes a ambas categorías o subsectores objeto de diferenciación. Una lectura teleológica de la misma nos conduciría hacia la que puede ser su finalidad primordial: la conformación de un «marco concurrencial adecuado» al establecimiento de relaciones jurídicas internacionales en nuestra materia, favoreciendo la efectiva celebración de los tipos contractuales objeto de estudio (64).

En ese sentido, en cuanto coadyuvantes a la conformación del marco público asegurador de los flujos comerciales, una parte importantísima de su articulado se incluye en el primero de los sectores (65). Pero no es menos cierto que estas normas, a las que se unen otras específicamente determinantes del contenido del contenido de los tipos contractuales, inciden en el fondo de los contratos mismos, siendo, por ello, susceptibles de conformar el objeto de este segundo sector, calificado como Derecho del comercio internacional.

La tarea de elaboración de la Ley modelo, afectante a obras y bienes, supuso un trabajo de siete años. La UNCITRAL decidió abordar el tema de la contratación pública en el 19º periodo de sesiones. La primera fase de intervención de UNCITRAL quedó concluida con la aprobación en el 26º periodo de sesiones, en julio de 1993, de la Ley modelo sobre obras y bienes. La culminación de esta intervención con la inclusión de los servicios

---

(63) URREA SALAZAR, MJ. Op cit nota 31 pp 60-61.

(64) Ibidem p 60.

(65) MORAN BOVIO, D. «*La contratación Pública de obras y bienes se abre al mercado mundial: la Ley Modelo UNCITRAL*» D de los N, nº 50, 1994, pp10-17.

en el movimiento uniformador se produjo un año después con la aprobación en el 27º periodo de sesiones de la Ley modelo sobre obras, bienes y servicios. La comisión consideró las modificaciones que serían necesarias para adaptar la anterior Ley modelo a la contratación pública de servicios y aprobó este texto consolidado, que incorpora al anterior las especialidades propias de este sector. No obstante, la nueva Ley modelo sobre contratación pública de obras, bienes y servicios, no sustituye a la anterior.

La guía para la incorporación de la Ley modelo establece el alcance de la misma. Tiene por objeto, «enunciar todos los procedimientos y principios básicos para llevar a buen término el proceso de contratación». Sin embargo se trata de una Ley marco que no incorpora por tanto una regulación tan exhaustiva como para garantizar la aplicación de los procedimientos en la práctica. Requiere pues un desarrollo normativo pormenorizado, un reglamento de la contratación pública internacional.

Los principios inherentes al instrumento de UNCITRAL, presentan una clara similitud con los derivados del Acuerdo sobre contratación pública adoptado en la Ronda de Uruguay con los contenidos en las Directivas Comunitarias. Esta similitud, en no pocas ocasiones traducidas en identidad, resulta acorde con la coincidencia formal de las normas por ellos adoptadas. No obstante, existen divergencias procedimentales derivadas del origen institucional o internacional de los textos, de ámbito más reducido y sometidos al principio de integración de los primeros, de ámbito pretendidamente universal de los últimos. Característica ésta, que les hace necesariamente más flexibles y receptivos a la diversidad económica y social existente en las diversas zonas geográficas.

## 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS COMERCIALES

Bajo este epígrafe se van a analizar aquellos contratos cuyo objeto sea la adquisición o fabricación de material de guerra, cuya celebración tenga punto que de no existir dichas particularidades su régimen jurídico estaría formado por la actual Ley de Contratos del Estado.

### **A) Los actos Preparatorios**

Como cualquier otro contrato, el proceso contractual se inicia como consecuencia de una necesidad. El usuario petionario será quien describa la misma a través del correspondiente Pliego de Prescripciones Técni-

cas, al cual se acompañará un informe razonado en el que se hará constar la necesidad de celebrar dicho contrato, así como la propuesta de la forma y el procedimiento de adjudicación. El citado pliego se tramitará a la Dirección de adquisiciones del Ejército respectivo, quien elevará al órgano de contratación correspondiente la propuesta de contratación. La determinación del órgano de contratación vendrá dada por el contenido del Real Decreto 1437/2001 de 21 de diciembre, sobre desconcentración de facultades en materia de convenios, contratos y acuerdos técnicos en el ámbito del Ministerio de Defensa. Del mismo modo se ha tener en cuenta, la Orden Ministerial 941/2002 de 19 de abril, sobre delegación de facultades en materia de convenios y contratos administrativos en autoridades, de la Armada, del Ejército de Tierra y del Aire respectivamente.

De acuerdo con el Real Decreto 1437/2001 citado anteriormente, el Secretario de Estado de Defensa ostenta todas las facultades en relación con los contratos y convenios que se encuentren en alguno de los casos previstos en su artículo 2.1, destacando entre ellos aquellos contratos que se hayan celebrado al amparo del Real Decreto 1120/77, así como los que se deban satisfacer en divisas. Por tanto, se puede concluir que el órgano de contratación de los contratos comerciales ahora objeto de estudio, recae en la citada autoridad.

A esta misma autoridad le corresponde, conforme al contenido del artículo 49.2 del TrLCAP, la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que han de regir a lo largo del proceso contractual.

En el mencionado pliego se contendrán todas las cláusulas que van a regir el desarrollo contractual, ya que constituye la verdadera «Ley del Contrato» como ha manifestado reiteradas veces el Tribunal Supremo (66). No obstante esta afirmación debe ser entendida como poder normativo inter partes pero subordinado al ordenamiento jurídico, sin que se pueda contener en ellas cláusulas normativas contrarias al mismo.

En este tipo de contratos el procedimiento de adjudicación utilizado normalmente es el procedimiento negociado sin publicidad, al amparo del contenido del artículo 182 f) del TrLCAP, que supedita la utilización del mencionado procedimiento a la no existencia de empresas españolas con capacidad para realizar el suministro.

Por otro lado, y atendiendo al objeto del contrato en cuestión, el artículo 175.2 del TrLCAP establece que los contratos de suministro que sean consecuencia de la aplicación del artículo 296 del Tratado de Roma, que

---

(66) Ver SSTs de 10 de diciembre de 1985, 9 de noviembre de 1986, 9 de julio de 1988, 21 de enero de 1994 y 21 de septiembre de 1994.



celebre el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras, se regirá por lo dispuesto en la citada Ley, sin perjuicio de lo que puedan pactar las partes de acuerdo con las normas y usos del comercio internacional.

Esta remisión tanto a la legislación general como a la incorporación de cláusulas contempladas en las normas y usos del comercio internacional, estaba ya prevista en la Orden de 16 de junio de 1978 que desarrolla el Real Decreto 1120/1977 cuyo artículo 9 establecía lo siguiente:

«los contratos que se celebren en territorio nacional entre la Administración Militar y una empresa privada extranjera se regirán por la legislación vigente en materia de contratación general del Estado». No obstante, siguiendo con la lectura del citado artículo 9, «cuando concurren especiales razones que impidan la aplicación de la legislación general, tales contratos se regirán por lo que las partes convengan de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional y por el Real Decreto 1120/1977 y por la presente Orden, previa resolución fundada del órgano de contratación».

Como se puede apreciar, la regulación contenida en la citada Orden Ministerial, es sustancialmente coincidente con la establecida en el citado artículo 175.2, si bien se flexibiliza su contenido al no ser ya necesaria la existencia de una resolución expresa del órgano de contratación para que la introducción de estas cláusulas se materialice.

En la práctica en los pliegos de cláusulas administrativas se plasman multitud de normas y usos de comercio Internacional que en puridad son por las que se rigen los contratos de suministro de material militar con empresas extranjeras. Afectan sobre todo a las formas de entrega de los bienes y a las formas de las garantías definitivas, donde se flexibiliza la aplicación de la legislación general en materia de contratación administrativa.

No obstante, esta aplicación de normas y usos de carácter internacional convenidas entre las partes, afectan a prácticamente todas las partes del expediente contractual, como se podrá apreciar a lo largo del presente análisis.

## **B) Precio y Presupuesto**

En esta cláusula se definirá el precio límite del contrato, expresado tanto en pesetas como en la moneda en la que se acuerde realizar el pago. Este es uno de los puntos más problemáticos que surgen en este tipo de contratación, puesto que las monedas están sujetas a fluctuaciones, lo que obliga a establecer cláusulas tendentes a cerrar el precio máximo del contrato en aras de preservar el principio de precio cierto establecido en la legislación general.

Para ello, se aplica la costumbre comúnmente aceptada en el ámbito internacional, consistente en aceptar el tipo de cambio vendedor de la moneda utilizada, en el momento de la redacción del contrato. Asimismo, en el Acta número 4 de la Comisión de Contratación del Ministerio de Defensa, de 17 de diciembre de 1986, se acordó fijar el cambio en divisas en virtud del cambio publicado en el B.O.E aumentando en unos porcentajes según el tipo de divisa más utilizado (67).

### **C) Selección del Contratista**

Para contratar con la Administración, tal y como se establece en el artículo 15 del TrLCAP, resulta preciso tener plena capacidad de obrar. Esta previsión aplicable tanto a las personas físicas como a las jurídicas, ya se trate de nacionales como de extranjeras requiere algunas matizaciones derivadas de la norma conflictual española en materia de capacidad cuando de contratar con una empresa extranjera se trate. En efecto el artículo 9 de Cc determina la aplicación de la Ley nacional en cuanto Ley personal, a la capacidad tanto de las personas físicas como jurídicas, lo que obligará a las Administraciones Públicas o entes públicos adjudicadores a remitirse a la misma a la hora de adjudicar a contratistas extranjeros (68). No obstante la anterior consideración, la carga de la necesidad de consultar una legislación extranjera, lo que resulta extremadamente complejo respecto de las sociedades, puede verse aligerada en virtud del juego de la clásica excepción del interés nacional.

En efecto este «mecanismo corrector», por lo que a nuestro derecho se refiere, aparece contenido en los artículos 11 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y 10.8 Cc para los escasos supuestos no subsumibles en el ámbito de aplicación del instrumento internacional. En virtud del mismo, se opera la sustitución de la Ley nacional normalmente competente para regular la capacidad, por la Lex loci celebrationis, al caso la Ley española. La tradicional justificación basada en la salvaguarda de la buena fe negocial o en la protección de la seguridad en el tráfico jurídico aparece claramente reforzada

---

(67) 12 El cálculo del cambio aplicable era  $C = V + A$ , siendo C cambio aplicable; V valor de venta del billete A % Sobre el valor de venta.

(68) El párrafo 1º del artículo 23 del TrLCAP se refiere a la acreditación de la plena capacidad para contratar y obligarse conforme a la legislación de su Estado, como uno de los requisitos necesarios para que las empresas extranjeras no comunitarias puedan contratar con la Administración o ente público español.

en el ámbito de la actividad contractual de las Administraciones o entes públicos por cuanto la misma, por más que se desenvuelva según los criterios de eficiencia económica, sigue impregnada con carácter general del interés público que preside la actuación de este tipo de entes.

En esa misma dirección, el artículo 22 TrLCAP, establece un mecanismo suplementario de protección al disponer que aún en los supuestos de adjudicaciones de contratos a favor de personas que carezcan de capacidad de obrar o de solvencia o que incurran en prohibiciones de contratar «el órgano de contratación podrá disponer que el empresario continúe la ejecución del contrato bajo las mismas cláusulas, por el tiempo imprescindible para evitar perjuicios al interés público correspondiente».

El mecanismo previsto en el artículo 22 TrLCAP tiene pues un ámbito de aplicación mayor al abarcar no sólo los supuestos de incapacidad sino también los de ausencia de solvencia económica, financiera, técnica y profesional y la de concurrencia de una de las prohibiciones de contratar descritas en la misma. No obstante, la efectividad protectora es menor, en tanto la ejecución del contrato continuará «el tiempo imprescindible para evitar perjuicios al interés público correspondiente».

Por otro lado, la acreditación de dicha capacidad aparece resuelta de una manera confusa en el artículo 15 del TrLCAP. En realidad, el precepto supone una manifestación del régimen general para el ejercicio del comercio al que se refiere, en nuestro Derecho el artículo 15 del C de C. En efecto, la actividad de internacional de las sociedades mercantiles suscita dos órdenes de cuestiones: las relativas al reconocimiento de la personalidad jurídica y las relativas al establecimiento de las mismas.

Es pues, el régimen del reconocimiento de la personalidad jurídica de las empresas extranjeras, como condición indispensable para la efectiva actuación de las mismas, el que guarda relación directa con el contenido del artículo 15.

El mencionado artículo establece que la acreditación de la capacidad de obrar de las personas jurídicas se efectuará con carácter general «mediante escritura de constitución o modificación inscrita en el Registro Mercantil».

En el caso de empresarios extranjeros comunitarios este requisito será exigible únicamente cuando también lo sea en la legislación del Estado al que pertenezcan, bastando un informe de la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa para acreditar su capacidad obrar, en el caso de empresarios extranjeros no comunitarios.

Otra cuestión que se debe de tener en cuenta en el proceso de selección del contratista, es la relativa a la solvencia económica, financiera, técnica

y profesional. Están sujetos a la obligación de clasificación los contratistas españoles y los extranjeros no comunitarios, salvo que en función de la conveniencia para los intereses públicos, resulte de aplicación la excepción contemplada en el párrafo 3º del artículo 25 TrLCAP. En la práctica se recurre al amparo de esta excepción en innumerables casos habida cuenta del tipo de material objeto de suministro (69).

Por otro lado, conviene resaltar que en el ámbito del Ministerio de Defensa se admite como prueba de la existencia de suficiencia técnica y profesional la posesión por parte de la empresa contratista de la AQAP, documento emitido por el citado Ministerio, equivalente a la norma ISO o UNE, todo ello en cumplimiento del contenido de la nota informativa emitida por la Dirección General de Armamento y Material de 22 de enero de 1996.

Dado el carácter de los suministros y en aras de preservar la seguridad, junto con las exigencias ya analizadas referentes a la solvencia técnico-económica, estos contratos exigen la inclusión de normas de seguridad respecto de las empresas potencialmente contratistas. La verificación de si las citadas empresas cumplen los requisitos aludidos es competencia del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), lo que implica por parte de los licitantes al sometimiento a cuantas inspecciones e investigaciones en este sentido tenga a bien realizar el citado organismo.

#### **D) Prohibiciones de contratar**

Nuestro TrLCAP contempla en su artículo 20 las denominadas prohibiciones de contratar. Se trata de la transposición española de las causas de exclusión previstas en las Directivas Comunitarias en el capítulo rubricado criterios de selección cualitativa. Este dato, el origen comunitario de este precepto, resulta fundamental para determinar la extensión, el ámbito territorial de las citadas prohibiciones. Y es que, si parece claro que las mismas afectan tanto a las empresas españolas como a las extranjeras que desean contratar con una administración española, no lo es tanto la cuestión de su localización.

En efecto, se trata de la cuestión de saber si las mencionadas circunstancias obstativas han de concurrir única y exclusivamente en España y en relación con la Administración o ente público español, en el Estado de ori-

---

(69) Art. 25.3 del TrLCAP, según el cual para ser de aplicación la excepción contenida en él, se requiere la aprobación del Consejo de Ministros previo informe favorable de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

gen y en relación con el la Administración o ente público extranjeros, o bien han de concurrir ambas circunstancias. En este sentido, tal y como establece R. Núñez Munaiz, que se basa en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 32/86 de 2 de mayo de 1986, «la cuestión suscitada ha de ser resuelta fijándolo de acuerdo con el contenido concreto de cada una de ellas» (70). Si bien el pronunciamiento se refiere al anterior artículo 9 de la LCE, la conclusión resulta extrapolable, así como las soluciones concretas que del mismo se derivan en relación con los concretos preceptos integrantes del mismo.

El criterio utilizado es el de la concreción establecida en el propio precepto legal. Así, cuando en cualquiera de los preceptos se hace referencia a la legislación española o a las condiciones previstas por la legislación del país donde estén establecidas las respectivas empresas, serán éstas, o una u otra, las que cumplan la función de parámetro localizador. Por el contrario, cuando el precepto objeto de análisis, no haga «salvedad ni restricción alguna, hay que entender que las cláusulas contenidas en dichos apartados operan, tanto si se producen en relación con la Administración española o en territorio español, como si surgen en relación con alguna Administración extranjera o en territorio extranjero» (71).

Resulta destacable por lo demás, las dificultades de prueba con las que, sin duda pueden encontrarse los respectivos órganos de contratación, en la apreciación de las circunstancias constitutivas de prohibición. En efecto el artículo 21 del TrLCAP establece como medio de prueba «por parte de los empresarios de no estar incurso en las prohibiciones para contratar con la Administración señaladas en el artículo anterior, en relación con las situaciones indicadas en sus distintas letras», el testimonio judicial o la certificación administrativa correspondiente según los casos. No obstante, cuando el mencionado documento no pueda ser expedido por la autoridad correspondiente, el precepto permite que la prueba se efectúe mediante una «declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado».

Si bien el precepto no distingue entre empresas nacionales y extranjeras, respecto de estas últimas ha de exigirse que la acreditación de no hallarse incurso en las prohibiciones del artículo 20, haga referencia además a sus respectivos países (72). Se trata del postulado más arriba trata-

---

(70) Ver NUÑEZ MUNAIZ, R. «Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», 1996, pp 106-107.

(71) En concreto el mencionado informe alude, como supuestos en los que la LCE no hace «salvedad ni restricción alguna», a los apartados 1,2,3,5 y 8.

(72) Ver NUÑEZ MUNAIZ, R. op Cit. En nota 68 pp 114-115.

do relativo a las causas impeditivas en relación a la legislación de un Estado extranjero o a una administración extranjera. Es en estos supuestos en los que resultaría plenamente operativo el medio de acreditación configurado como subsidiario por la Ley.

En estos casos, será necesario la presentación de la declaración responsable del interesado otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado. En efecto, posiblemente la solución más acorde con la finalidad perseguida por el precepto objeto de análisis sería la de exigir la mencionada declaración del interesado de manera complementaria al testimonio judicial o certificación administrativa, aún cuando dicho documento pueda ser efectivamente expedido por la autoridad competente.

Y esto, en virtud de lo ya expuesto, tanto en los supuestos constitutivos de prohibición expresamente localizados por la Ley en un ordenamiento extranjero o por referencia a una Administración extranjera, como en los supuestos localizados en el ordenamiento español o por referencia a una administración española, cuando el contratista de la Administración sea extranjero.

No obstante, cuando el contratista sea un empresario de un Estado miembro de la Unión Europea «y esta posibilidad está prevista en la legislación del Estado respectivo», el testimonio judicial podrá ser sustituido por «declaración responsable, otorgada ante una autoridad judicial». Estamos una vez más ante la relativización del elemento extranjero intracomunitario.

## **E) Las Garantías**

Para la contratación pública internacional efectuada en territorio nacional, el TrLCAP contiene una previsión específica resguardada bajo la apariencia de excepción a la constitución de garantías. Se trata del contenido del artículo 39 letra c) que bajo la rúbrica de «excepciones a la constitución de garantías» establece la no necesidad de constitución de garantía, provisional o definitiva «cuando la empresa suministradora sea extranjera y garantice el cumplimiento del contrato, de acuerdo con las prácticas comerciales internacionales».

De la dicción literal del mencionado precepto surgen dos posibles interpretaciones: a) tanto la garantía como su cuantía ha de ajustarse a lo establecido en el TrLCAP, afectando la sustitución únicamente al modo de constitución de la misma; b) son las prácticas comerciales internacionales

las han de delimitar tanto la extensión como la cuantía de la garantía prestada por el suministrador extranjero, lo que supone atribuir a la sustitución el mayor grado de amplitud.

Como consecuencia de lo anterior, la previsión objeto de estudio supone la entrada en nuestro sistema de garantías administrativas de las garantías habitualmente constituidas en el ámbito del comercio internacional, lo que plantea un problema de engarce con los preceptos reguladores del aseguramiento de las obligaciones nacidas de los contratos administrativos.

Así, la posibilidad concedida a la Administración por el artículo 45.2 del TrLCAP de acudir al procedimiento de apremio cuando la garantía definitiva no sea suficiente para satisfacer las responsabilidades a las que está afecta puede resultar ineficaz. Estamos en el supuesto de un contrato de suministro efectuado con una empresa extranjera que no dispondrá en la mayoría de las ocasiones de bienes sobre los que efectuar el apremio. La salvaguarda de los intereses nacionales al respecto dependerá, en ausencia de previsión legal adecuada, de la correcta fijación de la cuantía de la garantía. En cualquier caso será la Lex Mercatoria quien fije la extensión y cuantía de la citada garantía (73).

## **F) Ejecución de contrato**

Como se puso de manifiesto anteriormente, el carácter especial de estos contratos supone en la práctica la entrada de normas y usos internacionales aplicables al desarrollo de los mismos. Concretamente en lo que a la ejecución del mismo se refiere, en principio rigen las normas contenidas en el artículo 98 del TrLCAP, esto es, el contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, debiendo el contratista cumplir con el plazo fijado para la realización del mismo. En caso de incumplimiento por parte del contratista por causas imputables al mismo, la Administración podrá optar por la resolución o por la imposición de las penalidades contempladas en el artículo 95.3 del mencionado TrLCAP.

No obstante, el incumplimiento del contratista quedará exento de penalidades si concurre algún supuesto de fuerza mayor de los descritos en el artículo 144 del mismo texto legal.

Por otro lado, teniendo en cuenta que en el ámbito del derecho internacional rige con carácter general el principio de paridad entre las partes, el efectivo ejercicio de estas potestades resulta impracticable. Así, esta

---

(73) Ver reglas sobre garantías autónomas de la CCI de 3 de diciembre de 1991.

situación se manifiesta de manera contundente en el momento de la recepción y pago del contrato y también de alguna manera en la designación de órganos de resolución de conflictos que surjan en la ejecución y desarrollo del contrato.

En cuanto a la recepción del material se refiere, si ésta tiene lugar en territorio extranjero, normalmente son de aplicación las reglas contenidas en los denominados INCOTERMS.

Los INCOTERMS pueden ser definidos como cláusulas de carácter internacional para la interpretación de los términos más utilizados en este tipo de comercio. Los incoterms actualmente en vigor son los editados por la Cámara de Comercio Internacional de 2000 (74), recogen y precisan las obligaciones entre las partes en las entregas de mercancías (75). La introducción de estas cláusulas resulta totalmente admisible jurídicamente en nuestro derecho en virtud de la habilitación establecida en la OM de 16 de junio de 1978, de desarrollo del RD 1120/77 y del art 10.5 del Código Civil. El citado artículo 10.5 C.c dispone que «se aplicará a las obligaciones contractuales la Ley a las que las partes se hayan sometido». La posibilidad de que un contrato no quede sometido a una ley estatal, sino regido por un *ius mercatorum* o *lex mercatoria*, creado a partir de los propios operadores del mercado internacional es consecuencia de la aplicación del principio de la autonomía de reglamentación (76).

La justificación de existencia estriba en el interés de los operadores internacionales de contar con prácticas uniformes, contratos tipo, condiciones generales de contratación etc.. que faciliten las transacciones económicas en este sector. A tal tarea se han encomendado los esfuerzos de Organizaciones internacionales como es el caso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

Todo ese complejo de prácticas uniformes genera una especie de normatividad que se va desprendiendo de la propia actividad de los participantes del comercio, y que proporcionan un importante núcleo de soluciones materiales, de reglas de juego, en el plano internacional.

---

(74) vid INCOTERMS de la CCI 2000.

(75) Dentro de los INCOTERMS destacan por su utilización en los contratos de suministro EXW; FOB y FCA, según la primera, la obligación de la entrega se entiende cumplida cuando el proveedor pone a disposición del comprador la mercancía en su establecimiento. Según la segunda, la obligación de entrega se entiende cumplida una vez que se embarca, asumiendo los riesgos el comprador a partir de ese momento. En cuanto a la tercera se refiere, la obligación de la entrega se cumple en el momento de su puesta en despacho para la exportación, lo que aumenta el riesgo para el comprador.

(76) GONZÁLEZ CAMPOS, JD. Y OTROS, «*Derecho Internacional Privado Parte EspecialII*» 4ª Edición revisada. 1991 pp 218-219.



La posibilidad de que esta Lex Mercatoria forme parte de los contratos de las Administraciones Públicas, ha quedado justificada anteriormente, si bien su presencia implica un cambio en la posición que la Administración adopta con respecto a los contratistas en los contratos nominados. No obstante, el carácter especial de los contratos ahora objeto de estudio, implica su separación de la normativa general en materia de contratos y a la vez la introducción de principios como el de paridad de las partes y de autonomía de reglamentación propios de la contratación internacional.

### **G) Solución de controversias. Inmunidad de jurisdicción y ejecución**

Por otro lado, como sostiene el profesor G. Kengel (77) la existencia de este ordenamiento «espontáneo» existe sólo en la medida en que el Estado lo tolere. Esta afirmación tiene especial relevancia a la hora de entrar en juego este tipo de normas, con objeto de resolver las controversias que surjan en el desarrollo de los contratos. Así con carácter general en la contratación internacional se recurre al arbitraje a falta de designación concreta de órgano judicial o incluso expresamente por así convenirlo las partes.

Dentro de los contratos analizados su carácter administrativo impide el sometimiento al arbitraje de las posibles controversias que surjan, sino se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria en relación con el artículo 60.2 del TrLCAP. Además de acuerdo con el contenido del artículo 8.2f) de este último texto legal se exige que en el pliego de cláusulas administrativas particulares conste la expresa sumisión a los tribunales de lo contencioso administrativo de los citados contratos para conocer de las cuestiones que puedan suscitarse en relación con los mismos.

Por tanto en principio, la sumisión a cualquier otro tribunal o incluso al arbitraje sería imposible. No obstante, con anterioridad a la publicación del TrLCAP, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 104/1981 de 28 de enero, sobre posible inclusión de cláusulas de arbitraje en contratos con empresas extranjeras, concluyó que en los contratos que celebren al amparo del Real Decreto 1120/1977, cabe la inclusión de cláusulas de arbitraje sin necesidad de cumplir con las formalidades dispuestas en la LGP.

---

(77) *Ibidem* pag 219.

Asimismo, en el supuesto de que por cualquier causa no pudiera tener efectividad, las partes podrán acudir a los tribunales de justicia que se determinen en el contrato.

Dado que el informe aludido es anterior a la promulgación de la LCAP de 1995 y del TrLCAP de 2000, conviene analizar la posible aplicabilidad de este sistema de resolución de controversia así como la incidencia de los principios de inmunidad de jurisdicción y de ejecución en la actividad contractual ahora objeto de estudio.

De un lado, el TrLCAP pretende atribuir, cuando de solución jurisdiccional se trata, la competencia judicial a los tribunales españoles mediante la prorrogatio fori, configurada como obligatoria. Resulta necesario, en la contratación internacional efectuada en España, presentar entre los documentos que deben acompañar a las proposiciones de los interesados, una declaración en la que conste la sumisión a los juzgados y tribunales españoles junto con la renuncia al eventual «fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.»

De otro lado, el carácter internacional de la actividad contractual desarrollada por la Administración y la admisión de normas que participan del mismo carácter, hace plantearnos si este principio de inmunidad de jurisdicción se debe aplicar taxativamente o por el contrario existe la posibilidad de su negación.

La inmunidad de jurisdicción se articula, desde el punto de vista del Derecho internacional general, como un principio de carácter negativo, según el cual los tribunales internos de un Estado no son competentes para entender de los litigios en los que sean parte sujetos de Derecho internacional (78). Dada la naturaleza de la actividad que desarrolla el Estado en este tipo de contratos, así como el carácter de los sujetos intervinientes, cabe plantearnos las siguientes cuestiones:

¿ Acaso el ordenamiento jurídico del Estado del foro, en nuestro caso el español, debe configurar la contratación efectuada por sus entes públicos como de derecho privado cuando concurren elementos de internacionalidad? Según Urrea Salazar, corresponde en cada momento al juez o tribunal la calificación en cada caso concreto, siendo la solución indeterminada de antemano, debiendo éste valorar el carácter internacional del mismo y en atención a una serie de parámetros tales como la naturaleza de la actividad, el medio en el que se desarrolla y el carácter que la Administración o ente público ostenta en cada caso concreto.

---

(78) FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. SÁNCHEZ LORENZO, S. «Curso de Derecho Internacional Privado»1993 pp 271-278.

En segundo lugar, la norma que regula, en el ámbito del Derecho internacional privado, el principio de inmunidad de jurisdicción es el Convenio del Consejo de Europa sobre la inmunidad de los Estados, de 16 de mayo de 1972. Por otro lado, este Convenio se completa con los estudios de la Comisión de Derecho Internacional sobre inmunidades estatales.

En el mencionado texto, en su artículo 4 se establecen las excepciones o límites a la inmunidad de jurisdicción y entre ellas destaca la excepción a este principio de los contratos sometidos al Derecho privado común del estado del foro y cuyas obligaciones deben ser cumplidas en su territorio.

Luego, a sensu contrario, en el momento en que existan obligaciones cuyo cumplimiento se sitúe en territorios diferentes, la excepción sería inaplicable.

En la codificación internacional aludida, ésta de carácter universal, conviene señalar como en la misma se definen los contratos excepcionados de la inmunidad de jurisdicción por la nota de su mercantilidad. Estarán pues excepcionados y constituirán por tanto un límite a la operatividad de la inmunidad de jurisdicción aquellos contratos mercantiles celebrados por un estado cuando exista una jurisdicción competente de acuerdo con el Derecho internacional privado. No obstante el carácter restringido inherente a la mercantilidad, el texto nos proporciona una definición autónoma de contrato mercantil lo suficientemente amplia como para comprender la actividad contractual objeto del presente trabajo de investigación.

Así, se consideran contratos mercantiles a efectos del proyecto de Convención, todos aquellos realizados por un Estado que tengan por objeto la compraventa de mercaderías o la prestación de servicios, los de carácter financiero o que contengan obligaciones de garantía y cualquier otro contrato mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o servicios.

Por ello se puede concluir que en tanto en cuanto dentro de la actividad contractual de nuestra Administración intervengan elementos que internacionalicen los contratos no será de aplicación la excepción al principio de inmunidad de jurisdicción, que únicamente operará en los supuestos en que la celebración y ejecución de los contratos tenga lugar en territorio español aunque el contratista sea extranjero.

Esta afirmación pone de relieve, una vez más, la cesión de soberanía que se produce en el ámbito de la contratación exterior de nuestra Administración.

En cuanto a la incidencia del principio de inmunidad de ejecución se refiere, conviene precisar los supuestos en los que puede resultar operativo.

Partiendo de nuestro postulado principal, la inclusión de las operaciones objeto de estudio en el ámbito del Derecho internacional, con la consiguiente limitación de soberanía que impregna la actuación de la Administración, debemos afirmar la distorsión que supondría para los intercambios comerciales de bienes, el acogimiento de la mencionada excepción por parte de los órganos jurisdiccionales encargados de la ejecución de la decisión judicial o en su caso del laudo arbitral condenatorio de la parte pública.

Si la premisa fundamental es la ejecución, ya se trate de una resolución judicial, ya de un laudo arbitral, una esencial diferenciación se impone, no sólo a efectos de sistematización, sino de régimen jurídico. Se trata: de un lado, de la posibilidad de que la mencionada ejecución se pretenda realizar en territorio del Estado en el que está integrado la Administración parte de la situación litigiosa; de otro, de la eventual ejecución en el territorio de un tercer Estado.

Sin duda este último se trata de un supuesto marginal o aislado, debido tanto a la necesidad de localización de bienes del mencionado Estado en aquel en el que se pretenda realizar la ejecución como a la especial protección que para los mismos puede derivarse del Derecho internacional público. No obstante, solo en estos supuestos podremos estrictamente hablar de inmunidad de ejecución, reservando para los problemas planteados en los supuestos descritos en primer término la denominación de cautelas o límites a la ejecución.

En efecto, en la mayoría de los ordenamientos nacionales se parte de un postulado esencial: solo resulta posible como regla general, que las Administraciones sean condenadas por sus propios órganos jurisdiccionales.

Pero aún en los supuestos en que son los tribunales los que dictan una sentencia condenatoria para la Administración existen en nuestra legislación una serie de normas que imponen determinadas cautelas a la eventual ejecución. En este sentido el Capítulo segundo del Título primero de la LGP que lleva por rúbrica «las Obligaciones de la Hacienda Pública» regula en sus artículos 42 y siguientes el nacimiento, la exigibilidad, los modos de ejecución y la prescripción de las obligaciones económicas del Estado y de sus organismos autónomos. El artículo 44 de la LGP por su parte y en lo que a nuestra exposición atañe, establece en su primer apartado la imposibilidad por parte de los órganos jurisdiccionales y de las autoridades administrativas de «despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos valores y bienes en general de la Hacienda Pública.»

Si esto es así en nuestro Derecho interno, ¿cómo se procederá a la ejecución de una resolución judicial o de un laudo arbitral condenatorio de la misma? La respuesta nos viene dada por el contenido de los ordinales segundo y tercero del mencionado precepto que completan el contenido del mismo. Así en los mismos se establece: por un lado, la competencia en el cumplimiento de las resoluciones condenatorias del Estado y de sus organismos que corresponderá a «la Autoridad administrativa que sea competente por razón de la materia»; por otro, el modo de cumplimiento de la obligación por parte de la Autoridad administrativa competente *ratione materiae* que será acordado «en la forma y con los límites del respectivo presupuesto».

La lógica omisión de los laudos condenatorios en el texto de la mencionada LGP se debe al postulado erigido en regla general más arriba descrito, si bien resulta fácilmente subsanable mediante una interpretación amplia del concepto de resolución judicial a los efectos de esta Ley, comprensiva de las mencionadas decisiones provenientes de tribunales arbitrales. Y es que si el TRLCAP permite e incluso prioriza, en los supuestos de contratación exterior el recurso al procedimiento arbitral como medio de solución de controversias, no se puede negar el acceso a la ejecución de los laudos arbitrales emanados del mismo. No sólo razones de pura efectividad sino de coherencia y sistemática de nuestro ordenamiento imponen esta solución.

El análisis de los problemas derivados de la inmunidad de ejecución en la contratación internacional de las Administraciones Públicas requiere efectuar con carácter previo algunas consideraciones puramente conceptuales. Y es que la ya indicada correlación existente entre las inmunidades afectantes a la actuación estatal o pública no puede llevarnos a confundir o desdibujar la autonomía entre ellas imperante.

En efecto, la potestad atribuida a los jueces y tribunales estatales de hacer cumplir y ejecutar lo juzgado tiene como necesario presupuesto la competencia de otros o de los mismos órganos jurisdiccionales estatales, en suma, la existencia de un proceso condenatorio y de una sentencia judicial o arbitral. Requiere pues, una actividad juzgadora que desencadene una decisión que debe imponer una actividad a una de las partes susceptible de ejecución para un órgano judicial.

No obstante una puntualización se impone a esta observación: el órgano jurisdiccional o el tribunal arbitral del que se emana la sentencia o laudo condenatorio no tiene por que ser el mismo, ni tan siquiera pertenecer al sistema jurisdiccional estatal en el que está encuadrado el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución. De otra parte, la ejecución de una

sentencia no requiere como prius lógico la propia competencia del órgano encargado de la misma dado que: de un lado, las resoluciones judiciales dictadas por órganos jurisdiccionales de otros Estados son susceptibles de ejecución en España (79) con los requisitos establecidos en los distintos instrumentos internacionales o en nuestro sistema autónomo de Derecho internacional privado; de otro, tanto en los mencionados instrumentos internacionales, ya sean bilaterales o multilaterales como en nuestro sistema autónomo de reconocimiento ejecución rige el principio de base que postula por la ausencia de revisión de fondo y en muchos de los primeros se estructura un sistema de reconocimiento automático que conduce a la ejecución de la decisión con un mínimo control de las garantías procesales y del orden público del foro.

Así la eventual invocación de la inmunidad de jurisdicción podría resultar operativa en dos supuestos, a saber: decisión judicial condenatoria para la Administración actuante fuera de nuestro territorio, que pretende ejecutarse en el Estado del foro o en un tercer Estado; laudo arbitral condenatorio para la Administración que pretenda ejecutarse en un tercer Estado.

Ya habíamos indicado nuestra postura negadora de la eventual operatividad de la inmunidad de ejecución en el sector de la contratación pública internacional en cuanto factor distorsionante de los intercambios mundiales de bienes y servicios. Pero a esta consideración se unen otras que guardan relación con nuestro ordenamiento jurídico y en concreto con el sistema propugnado por el TrLCAP.

En el primero de los supuestos más arriba descritos configurado como residual en tanto contrario a los principios derivados del sistema de arreglo de controversias acogido por el TrLCAP, la mencionada inmunidad carece no sólo de razón de ser sino de fundamento jurídico alguno.

En efecto, en esta parcela de la actividad contractual, la máxima *par in parem imperium non habet*, fundamento último de las inmunidades estatales aparece totalmente desdibujada y carente de justificación. Aunque es la actividad o por mejor decir el medio donde se desenvuelve, el que define el carácter con el que actúa la Administración contratante, en nuestro supuesto como un operador más, no es menos cierto que sigue contando

---

(79) En efecto, la potestad jurisdiccional exclusiva juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos atribuida por el artículo 117.3 de la CE. Encuentra su límite en la garantía de la necesaria continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio. De no respetar esta continuidad el tráfico externo y más concretamente, por lo que respecta a nuestra exposición, el comercio internacional quedarían seriamente afectados y sumidos en la inseguridad e imprevisibilidad del Derecho. Al respecto ver FERNÁNDEZ ROZAS JC, SÁNCHEZ LORENZO S. Op cit en nota 76, pp 637-643.

con su carácter público a pesar de la limitación de soberanía propia a la actuación en el ámbito del comercio internacional.

No obstante el carácter público tiene su principal manifestación en como ya habíamos indicado, en el ámbito de la autonomía material, mediante la inclusión de cláusulas de salvaguardia de las prerrogativas reconocidas en el Derecho Administrativo a las Administraciones contratantes para los supuestos de contratación en territorio nacional.

Sin embargo y a pesar de las consideraciones anteriores este carácter público limitado no es suficiente para desplazar el postulado general atinente al carácter de la actuación determinada por el medio comercial internacional en el que se desarrolla. Así pues, la Administración es un operador más de este ámbito en el que los protagonistas, los operadores o agentes económicos, constituyen una masa de sujetos heterogéneos sometidos, al menos pretendidamente, a unas reglas de juego, si no comunes, sí armonizadas y coherentes.

Bajo este postulado, no es posible justificar la operatividad de la inmunidad de ejecución y esto, al menos, por las siguientes razones. De un lado, por su condición de operador más de en el espacio transnacional de la contratación pública; de otro, en estrecha relación con la anterior, por la contradicción que supondría el aceptar las reglas de juego del comercio internacional, para posteriormente en fase de ejecución de una sentencia condenatoria apartarse de las mismas. Se trata en definitiva de una manifestación más del principio *venire contra factum proprium*.

La misma argumentación aquí esgrimida es predicable para el segundo de los supuestos arriba planteados, es decir, para la ejecución fuera de nuestras fronteras de un laudo condenatorio de la Administración dictado en un procedimiento arbitral. No se puede validar por un lado la suscripción de un compromiso arbitral para después, ante un pronunciamiento desfavorable, invocar la excepción de inmunidad de ejecución.

En cualquier caso no conviene olvidar que serán los órganos jurisdiccionales del Estado donde se solicita la ejecución, los encargados de delimitar la el alcance de la citada inmunidad aplicando e interpretando su propia normativa interna y precisando el alcance y contenido del Derecho internacional vigente en esta materia.

Ejemplo de esta afirmación lo constituye el sistema español de inmunidades de los Estados, cuyo fundamento radica en el párrafo segundo del art. 21 LOPJ que exceptúa al párrafo primero. El tenor literal del precepto es el siguiente:

«1. Los juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y espa-

ños y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte».

Continuando con el número segundo de la siguiente manera:

«2. se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidas en el Derecho Internacional Público».

Así pues, el número segundo del precepto transcrito constitutivo del desarrollo del artículo 117.3 de la Constitución se erige en límite a la competencia judicial internacional de nuestros jueces y tribunales. Pero lo destacable realmente es la remisión global que realiza al Derecho internacional público. Siguiendo a L.I. Sánchez Rodríguez, la precisión de esas concretas normas corresponde pues a los jueces y tribunales españoles en una tarea compleja y que requiere en numerosas ocasiones «el empleo del método inductivo» (80).

## **H) Pago del Precio**

Con respecto a la última fase de ejecución del contrato, la relativa al pago cabe destacar determinadas peculiaridades que se presentan en este tipo de contratación ahora analizada.

Así, de acuerdo con el artículo 99 del TrLCAP el contratista tiene derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en la propia Ley y en el contrato con arreglo al precio convenido. Dado el carácter especial de estos contratos, además de lo anteriormente expuesto con relación a la determinación del precio, las formas de realizar el pago del mismo presentan determinadas peculiaridades.

En virtud del Real Decreto 2122/1993 se crea el Centro de Gestión de Pagos en el Extranjero, organismo dependiente de la Dirección de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa encargado de la gestión de los pagos que hayan de efectuarse en el extranjero. En dicho RD se reitera la autorización para la utilización de los fondos «a justificar» y de los «anticipos de caja fija» para atender estos pagos que ya figuraba en el RD 1120/1977.

La utilización de cualquiera de estos fondos, supone en la práctica una mayor agilidad en el proceso del pago, lo que por otra parte se antoja necesario, pues en la mayoría de los casos se hace necesario el anticipo de cantidades a cuenta. La forma concreta de realización de los pagos viene des-

---

(80) SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. «*Las inmunidades de los estados extranjeros ante los tribunales españoles*», 1990 pp17-20.



crita en la en la Orden del Ministerio de Economía y hacienda de 6 de febrero de 1995 sobre ordenación del pago y pago material en divisas.

No obstante, para la realización concreta del pago, se designarán los documentos que el ordenante considere necesarios a presentar por el beneficiario, lo que en nuestro caso se traduce en la presentación del correspondiente conocimiento de embarque del material de que se trate habida cuanta de que se pactan las entregas de material con aplicación de la cláusula EX WORKS, o FCA.

Otra de las formas de pago que aparecen en este tipo de contratos es la relativa a la introducción de cláusulas de compensación industrial.

El comercio de compensación, también conocido como «countertrade», intercambio compensado, comercio recíproco y comercio compensado, constituye una forma de comercio exterior por la que una empresa o varias de un determinado país se compromete a adquirir bienes o a importarlos del país inicialmente comprador existentes o generados como consecuencia de dicho comercio y cuyo compromiso está basado en un acuerdo o convenio.

Las Directivas de contratación de la Secretaría de Estado de Defensa n<sup>o</sup>s 91/1986 de 28 de noviembre y 61/1991 de 31 de julio, establecen la obligatoriedad de incluir estos acuerdos de compensación en los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los contratos de adquisiciones en el exterior, de tal modo que no se podrán firmar los correspondientes contratos si no se producen con anterioridad la realización de los mencionados acuerdos.

### 3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MOUS

El segundo de los instrumentos de cooperación analizados, los denominados MOUS, presentan también ciertas particularidades en cuanto a su régimen jurídico se refiere.

Se trata de acuerdos o convenios cuyo objeto está incluido en el artículo 296 del Tratado de Roma. En cuanto convenios su régimen jurídico aplicable sería el determinado bien por las normas de Derecho Internacional Público, general o especial, bien de derecho extranjero atendiendo a la nacionalidad del estado con el que se contrata (81).

---

(81) PANIZO GARCÍA, A. «*Régimen Jurídico de los Convenios de Colaboración*». Artículo en obra conjunta «*Convenios y contratos de las Administraciones Públicas*»1996.pp926-927.

No obstante, cabe distinguir entre el convenio en sí y los contratos que derivan del mismo. Así, el convenio, denominado MOU, se registrará por lo que pacten las partes, si bien los contratos concretos derivados del mismo dependerá de cual sea la nación encargada de celebrarlos y ejecutarlos para determinar el régimen aplicable.

En el supuesto de los contratos a celebrar por el gobierno español con empresas extranjeras o nacionales, en principio su régimen jurídico será el determinado por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y demás legislación aplicable, salvo que por determinadas circunstancias este régimen no resultase aplicable. El resto de los contratos caería dentro de la esfera competencial del gobierno en cuestión, aplicándose en ese caso la legislación nacional de ese gobierno.

En cuanto al MOU se refiere, no existe una regulación general que los contemple de una manera directa. Sin embargo, existen diversas normas de carácter interno del Ministerio de Defensa, que determinan su forma y contenido. Así, como se expuso con anterioridad dos son las normas que en el ámbito del Ministerio de Defensa están llamadas a regir el contenido del MOU en cuestión: las normas guía sobre tramitación de acuerdos internacionales en el ámbito del Ministerio de Defensa de 11 de mayo de 1990 y Documento aclaratorio de las normas guía sobre tramitación de los acuerdos de 10 de febrero de 1997, emitidas ambas por la Dirección General de Política de Defensa del mismo Ministerio (82).

En las primeras, es donde realmente se pone de relieve su carácter de acuerdo político diferenciándose así de lo que se puede considerar como un tratado internacional.

Así en el punto segundo de las normas guía, se establece su forma de tramitación. En el mismo se hace expresa mención a que los MOUS deben responder a una necesidad concreta de cooperación con organismos exteriores homólogos del Ministerio de Defensa español. Sitúa la competencia de su tramitación en la citada Dirección de General de Política de Defensa, bien proceda la iniciativa del propio Ministerio o de otro cualquiera.

Especial relevancia presenta el punto tercero, en el que claramente determina cómo redactar los mismos sin perder de vista su verdadera naturaleza de acuerdo político. Así, comienza el epígrafe con el establecimiento de la obligación de no denominar al acuerdo como tratado, es decir excluir las posibles denominaciones que puedan dar lugar a equívocos, sugiriendo términos como comunicado, memorando, minuta etc..

---

(82) Circular de carácter interno del Ministerio de Defensa.

Por otro lado, las citadas normas obligan en la redacción de los acuerdos a dejar expresamente constancia de su no sometimiento al Derecho Internacional o a cualquier otro que pudiera ser de aplicación (83). Obliga, por otro lado, a no indicar como sujeto compromisario al Reino de España, España, o la realización de referencias a las altas partes contratantes, sino simplemente al órgano del Ministerio firmante.

Por último cabe destacar la obligatoriedad de evitar la inclusión de cláusulas finales que prevean la formalización del acuerdo con posterioridad a su firma, formulación de reservas, alusiones a su entrada en vigor, denuncia y arreglo de controversias que vaya más allá de la previsión de meras consultas. Obligando por otro lado, a eliminar cualquier previsión de responsabilidad por incumplimiento.

Todo ello, parece indicar sin lugar a equívocos que estos instrumentos no son sino acuerdos políticos entre «caballeros», cuyo contenido es exigible únicamente en ese plano.

No obstante conviene insistir en la diferenciación del MOU como acuerdo entre gobiernos y los contratos a los que puede dar lugar su desarrollo. Estos contratos se celebrarán entre los gobiernos y las distintas empresas aplicándose la Ley del país dónde se vaya a celebrar o en su caso ejecutar el contrato en cuestión.

En cuanto a su tramitación se refiere, en el documento aclaratorio de las normas guía aludidas con anterioridad, se establece claramente que la competencia en ese ámbito reside en la Dirección General de Política de Defensa, salvo que el contenido de la materia rebase las competencias de este Ministerio, en cuyo caso, se establece la necesaria intervención del Ministerio de Asuntos Exteriores (84).

## CONCLUSIONES

### I

La contratación exterior del Ministerio de Defensa constituye en sí misma una especialidad dentro de la contratación administrativa general. Especialidad que viene determinada tanto por las características del material objeto de los contratos, como por el carácter internacional de los mismos.

---

(83) Al respecto ver punto 3º párrafo 2º.

(84) Al respecto ver punto primero del documento aclaratorio sobre tramitación de los acuerdos internacionales de 10 de febrero de 1997, (norma de carácter interno del MINISDEF).

En este orden de cosas, destaca la escasa regulación de este sector de la contratación, tanto a nivel nacional como europeo. No obstante, tras la promulgación de la ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, se pone de relieve la voluntad del legislador de aplicar a este sector la legislación general en materia de contratación administrativa, en la manera en que esto resulte posible.

Propio de las relaciones jurídicas presentes en el comercio internacional, nuestro legislador ha flexibilizado la postura que ostenta en los contratos que celebra en territorio nacional con empresas españolas, permitiendo la inclusión de cláusulas adoptadas de acuerdo con los usos y costumbres del comercio internacional.

Con esta flexibilización, nuestra Administración se despoja de gran parte de las potestades que ostenta en la contratación nominada, muy especialmente a la hora de celebrar contratos cuyo objeto sea la adquisición de material militar a través de empresas extranjeras y que adquiere especial relevancia cuando además el contrato se celebra y ejecuta en territorio extranjero.

La situación contraria al principio de paridad entre las partes se produce en el caso de contratación con organismos y gobiernos extranjeros, como el Norteamericano, debido básicamente a la deficiencia tecnológica en el sector de la industria militar que presenta nuestra nación. En estos casos, las prerrogativas que ostenta nuestra Administración en la contratación nominada devienen inaplicables e incluso se invierte su postura dominante.

## II

El principal problema que surge en el estudio de los distintos instrumentos contractuales utilizados por el Ministerio de Defensa para la adquisición de material militar en el extranjero, es precisamente la determinación de su naturaleza jurídica.

Dentro de las modalidades contractuales estudiadas, los denominados contratos comerciales con empresas extranjeras son verdaderos contratos administrativos, si bien en cuanto a su régimen jurídico se refiere presentan algunas peculiaridades derivadas de la introducción en los mismos de normas y usos vigentes en el comercio internacional.

Mayores dificultades presenta la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos acogidos al sistema de ventas en el extranjero del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica (FMS). Por un lado las

partes contratantes son gobiernos y por otro el objeto de los contratos está dentro del contenido del artículo 296 del Tratado de Roma. De ahí que se plantee la cuestión de si estamos ante verdaderos contratos administrativos o ante acuerdos o convenios consecuencia de la aplicación del mencionado artículo 296 del Tratado de Roma y por tanto excluidos del ámbito de aplicación de la LCAP.

La respuesta viene de la mano de la distinción entre contrato y convenio en primer lugar, llegando a la conclusión de que son verdaderos contratos entre gobiernos. Por otro lado, también se puede concluir que la citada legislación excluye de su ámbito de aplicación a los convenios y no a los contratos que sean consecuencia de la aplicación del citado artículo 296 del tratado de Roma. Si bien y dado que la actual LCAP no contempla esta posibilidad, aunque tampoco la excluye frontalmente, su regulación jurídica se encuentra en el Real Decreto 1120/1977, normativa complementaria al régimen general establecido en la citada LCAP.

Esta regulación, no sólo no se opone al régimen establecido en la actual Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que constituye un complemento de la misma. Su contenido se limita a introducir determinadas especialidades a las reglas contenidas en el TrLCAP.

Los contratos celebrados en el ámbito de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, se desarrollan conforme a los procedimientos diseñados en los distintos Tratados, protocolos y cartas de la propia Organización. Por tanto, el derecho aplicable a los mismos se sitúa dentro del ámbito del Derecho Internacional Público y por ende al margen de la legislación general en materia de contratación administrativa. Lo que no obsta para que ésta devenga aplicable con carácter supletorio.

Por último, la cooperación en materia de industria militar con otros gobiernos se articula también a través de los denominados MOUS, o acuerdos técnicos a nivel político. Estos acuerdos constituyen verdaderos convenios consecuencia de la aplicación del ya reiterado artículo 296 del Tratado de Roma y por tanto quedan la margen de la regulación contenida en la LCAP. Lo que no impide que de ellos se deriven verdaderos contratos cuyo régimen jurídico aplicable dependerá del lugar de celebración y ejecución y de la nacionalidad de las partes contratantes.

## BIBLIOGRAFÍA

- ASÍS ROIG, A E. DE «La Contratación de la Administración de la Administración en el extranjero» *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 1996.
- BASSOLS COMA, M. «Consideraciones sobre los Convenios de colaboración de la Administraciones públicas con los particulares» *Revista de las Administraciones Públicas* n° 82 Ene-abril de 1977.
- DEPARTMENT OF DEFENSE (DOD). «FMS Customer financial management handbook» 9<sup>th</sup> Edition 1998.
- FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, E. y otros «Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas» 2002.
- FERNÁNDEZ ROZAS, JC. SÁNCHEZ LORENZO, S. «Curso de Derecho Internacional Privado», 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Ámbito de la aplicación de la Ley» *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ T, R. «Curso de Derecho Administrativo», 1993.
- GÓMEZ DE MERCADO, F. «Los convenios administrativos y otras relaciones excluidas de la legislación de contratos del Estado». *RDA* 1996.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. «Derecho Internacional Privado parte especial» 4<sup>a</sup> Edición revisada 1991.
- ILLESCAS ORTIZ, R. «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática» *RDM* n°207, 1993.
- MARTÍN RETORTILLO, S. «El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones» 1996.
- MIRANDA GONZÁLEZ, J. «La Contratación de las Administraciones Públicas», 1995.
- MORÁN BOVIO, D. «La Contratación Pública de obras y bienes se abre al mercado mundial: Nueva Ley Modelo UNCITRAL» *D de los N* n° 50, 1994.
- MORENO MOLINA, JA. «Contratos Públicos: Derecho Comunitario y Derecho español, 1996».
- NÚÑEZ MUNAIZ, R. «Comentarios a la Ley de Contratos de las administraciones Públicas» 1996.
- OLIVENCIA, M. «Hacia un Derecho Mercantil Uniforme en el siglo XXI, *RDM*, n°207 1993.».
- PANIZO GARCÍA, A. «Régimen jurídico de los convenios de colaboración» 1996.

- RUÍZ OJEDA, A.; GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J. «Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial» 1996.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JM. «Los convenios entre Administraciones Públicas» 1996.
- SAINZ DE VICUÑA Y BARROSO, A. «La Contratación Exterior del Estado», 1986.
- SAINZ MORENO, F. «Prerrogativas de la Administración en la Contratación Administrativa», *Derecho de los contratos públicos*. 1993.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. «Las inmunidades de los estados extranjeros ante los tribunales españoles» 1990.
- TORRES VIQUEIRA, E. «Elementos procedimentales de la contratación militar». 2001.
- URREA SALAZAR, MJ. «La contratación Internacional de las Administraciones Públicas» 1999.