

que, para regular las expropiaciones dispuestas por los Ministerios militares, se anuncia reiteradamente en el art. 107 de la ley y en el 121 de su reglamento.

JUAN GÓMEZ CALERO

Capitán Auditor

LA CONTRATACION MILITAR EN EL EXTRANJERO

Las adquisiciones en el extranjero presentan algunas particularidades que pueden justificar el que dediquemos nuestra atención al tema, tratando de interpretar, comentar y resumir el fundamento y los trámites de esta especial faceta de la contratación administrativa en el Ejército.

1. CONDICIONES QUE SE REQUIEREN PARA LAS CONTRATACIONES EN EL EXTRANJERO

Hemos de comenzar por advertir que esta clase de compras han de estimarse excepcionales, no sólo porque como tales las considera la ley de Administración y Contabilidad al establecer la posibilidad de que se oximan de la forma general de la subasta, sino porque nuestra legislación administrativa está inspirada en este aspecto por un lógico y natural principio de protección a la industria nacional.

Así, el artículo primero de la Ley de 24 de noviembre de 1939 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 349) sobre Ordenación y Defensa de la Industria, determina que en todas las obras, instalaciones, servicios y adquisiciones en general que se realicen con fondos procedentes del Estado, de la Provincia, de los Municipios, de los organismos y delegaciones del Movimiento, de los Monopolios, de las empresas concesionarias de servicios públicos o que disfruten de beneficio o protección en cualquier forma administrativa, económica o financiera, se emplearán exclusivamente artículos de fabricación española, justificándose esta circunstancia con el correspondiente certificado de productor nacional que otorgará el Ministerio de Industria.

Las adquisiciones a la industria extranjera sólo serán admisibles cuando concurra alguno de los motivos siguientes:

1.º Imperfección del producto nacional para una finalidad determinada, taxativamente declarada después de efectuar los análisis, ensayos o pruebas procedentes, a petición de parte interesada.

2.º Por reconocida urgencia, que no pueda satisfacer la industria española, siempre que se demuestre por la entidad u organismo interesado en la adquisición, que no ha sido posible prever con la indispensable antelación tal necesidad, ni que puede ser sustituido el producto por otro similar de más rápida adquisición en la industria nacional.

3.º Por no existir la producción nacional respectiva, no tolerándose

que al amparo de esta excepción puedan establecerse condiciones de concurso arbitrarias, caprichosas o excesivamente determinantes, que pueden excluir injustamente el producto nacional.

Desde el punto de vista de nuestro estudio, por lo que se refiere a la contratación administrativa militar, es interesante la advertencia de la ley que comentamos cuando dice que "las anteriores condiciones no son limitativas de las que, por la índole especial de su misión y razones de urgencia, puedan, en determinados casos y circunstancias, establecer dentro de su jurisdicción propia los Ministerios que tienen a su cargo la defensa de la Nación".

Señala también la Ley de 24 de noviembre de 1939 la obligación de que en todas las concesiones, contratos, pliegos de condiciones y pedidos que se formulen por las Corporaciones, Entidades, Organismos y Empresas comprendidas en el art. 10 de la misma, se fijará de manera expresa la obligación de cumplir lo en él preceptuado.

Y, por último, prevé las sanciones y responsabilidades derivadas del incumplimiento de sus preceptos.

2. EL CERTIFICADO DE PRODUCTOR NACIONAL

La condición de productor nacional ha de acreditarse mediante un certificado, cuya expedición ha pasado por diversas vicisitudes:

La Real Orden de 14 de septiembre de 1926 concedió al Consejo de la Economía la autorización para expedirlos. Más tarde, por Orden de 4 de noviembre de 1926, se creó el Comité Regulador de la Producción Industrial, dentro del Consejo de la Economía, y el Real Decreto de 3 de diciembre de 1926 aprobó el Reglamento para el funcionamiento de dicho Comité, disponiéndose en los arts. 17 y 18 la expedición por el mismo de los certificados de productor nacional en favor de los industriales o entidades que reuniesen los requisitos exigidos por el artículo primero del Reglamento de 26 de julio de 1917, dictado para la aplicación de la Ley de 14 de febrero de 1907.

Por Real Decreto de 7 de septiembre de 1929, el Comité Regulador de la Producción Industrial cesó en sus funciones, pasando las atribuciones que ostentaba a la Dirección General de Industria. Por ello, la Orden del Ministerio de Industria y Comercio de 4 de mayo de 1933 dispuso que el título o certificado de productor nacional sería provisional y firmado por el Jefe del Servicio Nacional de Industria, canjeable por el definitivo cuando se dictasen las oportunas disposiciones al efecto.

La Orden del Ministerio de Industria y Comercio de 16 de abril de 1940 estableció que por la Dirección General de Industria se procediera con la mayor rapidez posible a una revisión general de todos los certificados de productor nacional concedidos con anterioridad al 18 de julio de 1936, así como de los expedidos por el Gobierno Nacional en virtud

de instancias presentadas antes de terminarse la Guerra de Liberación española.

En la actualidad, dichos certificados son expedidos por el Ministerio de Industria y constituyen la forma de acreditar oficialmente la condición citada, sin que pueda sustituirse —como algunas veces se hace en la práctica, con marcada anormalidad— por el documento que formule el propio interesado declarando que ostenta el carácter de productor nacional.

3. CESIÓN DEL CERTIFICADO DE PRODUCTOR NACIONAL

Es interesante a este respecto recordar la Orden del Ministerio de Industria de 22 de julio de 1955 (*B. O. del E.*, núm. 229). En ella se determina que a aquellas subastas o concursos en que se exija el certificado de productor nacional, podrán concurrir no sólo directamente los fabricantes nacionales que posean el citado certificado, sino también aquellos comerciantes que presenten la documentación notarial necesaria en la que acrediten autorización de los fabricantes para la presentación, concurrencia y licitación de los artículos de que se trate y de los cuales son productores nacionales, a cuyo fin acompañarán el certificado de productor nacional vigente que posean los fabricantes o copia del mismo expedido por la Dirección General de Industria.

4. ACLARACIONES CON REPECTO A LA NECESIDAD DE PRESENTACIÓN DEL CERTIFICADO DE PRODUCTOR NACIONAL

Conviene advertir que la exigencia del certificado de productor nacional para tomar parte en las licitaciones oficiales no puede tener un carácter de generalidad aplicable a todas ellas ni su presentación previa constituye siempre un requisito ineludible.

A este respecto, tal vez haya venido interpretándose la legislación vigente con una rigurosidad que supera los propósitos del legislador. Prueba de ello es que en un reciente informe, la Intervención General de la Administración del Estado ha aclarado que la exigencia previa de la presentación del certificado de productor nacional constituye, en sí misma, una condición especial de las comprendidas en el art. 56 de la ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, cuya puntualización parece deseable a fin de evitar situaciones de confusión que podrían derivarse de su exigencia incondicionada.

Al efecto, señala que el art. 11 de la Ley de 24 de noviembre de 1939, sobre Ordenación y Defensa de la Industria Nacional, al igual que el núm. 3 de la Orden de 11 de septiembre de 1956, establece que "en todas las concesiones, contratos, pliegos de condiciones y pedidos que se formulen por las Corporaciones, Entidades, Organismos y Empresas comprendidas en el artículo anterior, se fijará de manera expresa la obli-

gación de cumplir lo preceptuado en el mismo". Este mandato legal quedaría cumplimentado a través de una cláusula en la que se declarase que el licitador, adjudicatario o contratista queda obligado al cumplimiento exacto de lo dispuesto en el art. 10 de la Ley de 24 de noviembre de 1939, empleando exclusivamente artículos de fabricación española.

Es preciso, además, que el alcance material de dicha cláusula esté claramente delimitado, ya que su aplicación se refiere exclusivamente al ámbito industrial comprendido en el art. 2.º de la ley antes citada, sin comprender producciones no afectadas por el propio texto legal.

Considera también la Intervención General de la Administración del Estado que en el caso general de subastas, concursos o contrataciones directas; es decir, cuando no se requiere la concurrencia de condiciones especiales, disponibilidad de efectos, posesión de fábrica o industria y elementos idóneos, la exigencia del certificado de productor nacional no debe ser imperativa en el momento de la licitación, ya que lo esencial no es que el licitador sea productor nacional —lo que sería tanto como exigir siempre su condición de fabricante o industrial—, sino que el producto o artículo que oferte y posteriormente entregue, sea de fabricación española.

La interpretación anterior descansa, además de en su propia lógica, en el contenido expreso del art. 13 del Reglamento de 26 de julio de 1917, que literalmente dispone: "Siempre que productores nacionales sean objeto de contrato administrativo, el adjudicatario deberá designar los establecimientos propios o ajenos de donde aquéllos hayan de provenir. Si tal designación no constase en la proposición del adjudicatario, habrá éste de hacerlo por escrito con anterioridad a la formalización del contrato, sin perjuicio de rectificarla o variarla, también por escrito, en lo sucesivo, a fin de que los funcionarios de la Administración o los delegados al efecto por la Comisión Protectora de la producción nacional, puedan en todo tiempo fiscalizar la observancia de las obligaciones contraídas. Los productores nacionales designados por el contratista, deberán permitir o facilitar la comprobación de la procedencia efectiva de los productos que sean objeto de contrato con la Administración."

5. LAS ADQUISICIONES EN EL EXTRANJERO COMO EXCEPCIÓN DE LA NORMA GENERAL

Vemos, por consiguiente, como la norma general que la ley impone es la de que las adquisiciones necesarias para el Estado, y en nuestro caso concreto para el Ejército, tengan por objeto productos españoles, aun cuando —según se acaba de indicar siguiendo el criterio de la Intervención General de la Administración del Estado— la documentación acreditativa de la condición de productor nacional no haya de exigirse en todos los casos ni en aquellos en que sea exigible deba constituir un requisito ineludiblemente previo.

Ahora bien: en los supuestos especiales que también se han señalado, cabe la posibilidad de acudir a la industria extranjera. La concurrencia de las circunstancias que justifiquen estas adquisiciones de excepción habrán de acreditarse normalmente por el Ministerio de Industria.

Sin embargo, tratándose del Ministerio del Ejército y de materiales específicamente militares, relacionados con la Defensa Nacional, es lógico que sea el propio Departamento el que determine la necesidad de acudir a la contratación en el extranjero.

Entendemos, pues, que aun en el caso de que sea el Ministerio del Ejército o algún organismo de él dependiente el que contrate, se precisará la certificación del Ministerio de Industria en cuanto al cumplimiento de las condiciones de excepción, si el objeto de la adquisición no es precisamente armamento o material de guerra. Pero si de adquirir éste se trata, bastará con que el propio Ministerio certifique sobre la no existencia del producto nacional en las condiciones necesarias de calidad u oportunidad.

En efecto, con fecha 17 de mayo de 1960, la Presidencia del Gobierno comunica a la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y ésta, a su vez, las traslada a la Intervención General de la Administración del Estado, determinadas normas aclaratorias en cuanto a la aplicación del artículo 10 de la Ley de 24 de noviembre de 1939 sobre Ordenación y Defensa de la Industria Nacional a que venimos haciendo referencia, y que confirman el criterio que acabamos de exponer.

En ellas se aclara que "dictadas últimamente por el Gobierno disposiciones tendentes a la liberación del comercio, se han suscitado dudas en cuanto a la posible aplicación del citado precepto, por lo que la Presidencia, previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 22 de abril de 1960, ha tenido a bien recordar a todos los Departamentos ministeriales el exacto cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho artículo y, en consecuencia, los Organismos y Entidades mencionados en aquella ley deberán atenerse a las normas que en materia de adquisición y empleo de materiales se preceptúa en el mismo, debiendo adquirirlos de la industria española, salvo en los tres únicos casos previstos en el referido art. 10 de la Ley de 24 de noviembre de 1939, esto es, en casos de imperfección del producto nacional, previa autorización en cada caso del Ministerio de Industria y mediante solicitud en la que se determine la excepción concreta en que se apoya para solicitar la importación. Por lo tanto, el Ministerio de Comercio no autorizará la importación de ninguna materia con destino a los organismos y empresas afectadas por el referido precepto, a no ser que previamente exista acuerdo favorable del Ministerio de Industria, o del Ministerio competente, en caso de tratarse de adquisiciones relacionadas con la Defensa Nacional".

En análoga forma se expresa el escrito de la Presidencia del Gobierno de 8 de marzo de 1962.

6. AUTORIZACIÓN DEL MINISTERIO DE COMERCIO PARA LAS CONTRATACIONES QUE IMPLIQUEN PAGOS EN MONEDA EXTRANJERA

Cumplido el requisito inicial a que acaba de hacerse referencia para las adquisiciones en el extranjero —autorización del Ministerio de Industria, o del de Ejército cuando de materias relacionadas con la Defensa Nacional se trate— es preciso observar un nuevo trámite: El que se prevé en el Decreto de 14 de noviembre de 1958 (*B. O. del E.*, núm. 287) sobre contrataciones que supongan pagos en moneda extranjera.

Dispone, en resumen, que los Ministerios, Corporaciones Locales, Organismos económicamente autónomos y Empresas subvencionadas, no podrán comprometer ni celebrar contratos de suministro, obras, servicios, o de otra naturaleza, que impliquen pagos en moneda extranjera, sin poner previamente en conocimiento del Ministerio de Comercio sus características y, especialmente, las referentes a las materias objeto de los mismos, su coste aproximado, mercados de producción y motivos que puedan justificar la preferencia por determinado país, al objeto de que por dicho Ministerio, teniendo en cuenta las correspondientes previsiones de divisas y demás circunstancias, se les comunique dentro del plazo de quince días contados a partir del siguiente a la recepción de los antecedentes, su conformidad o las observaciones que considere pertinentes.

Por lo tanto, antes de que el expediente se remita a la Intervención a quien corresponda ejercer la crítica del gasto, será necesario cumplir el trámite a que se refiere el decreto mencionado. No obstante, para evitar retrasos y considerando que la prohibición del decreto se refiere al momento de la celebración del contrato, bien pueden cumplirse todos los trámites anteriores y ejercerse la fiscalización previa del gasto, condicionada a la obtención de la divisa con la que el pago ha de efectuarse. Pero en todo caso no podrá celebrarse el contrato sin haber obtenido la contestación favorable del Ministerio de Comercio.

En la actualidad, establecidas las normas aplicables en cada circunstancia y según la clase de materiales, para obtener las correspondientes licencias de importación, pudiera estimarse que al solicitar esta licencia con los justificantes y documentos exigidos, viene a cumplirse el trámite que requiere el aludido decreto, puesto que la concesión de la licencia, en todos los supuestos de pago normal, implica la concesión por el Ministerio de Comercio de la divisa necesaria para satisfacer el importe de la mercancía.

No obstante, el criterio recientemente mantenido por el Consejo de Estado y la resolución por parte del Ministerio de Comercio de una consulta que le fué formulada, proporcionan completa vigencia al Decreto de 14 de noviembre de 1958 y coinciden en considerar, en todo caso, necesario el requisito en el mismo exigido.

7. PROCEDIMIENTOS PARA LLEVAR A CABO LAS CONTRATACIONES
EN EL EXTRANJERO

Si las adquisiciones en el extranjero constituyen una excepción cuya necesidad ha de acreditarse en cada caso, también pueden ser excepcionales los procedimientos utilizables para llevarlas a cabo, puesto que pueden apartarse del sistema general de la subasta que establece el art. 49 de la vigente ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública.

Así, el caso 1.º del art. 54 de dicha ley establece que no obstante lo dispuesto en aquel precepto, podrán celebrarse mediante concurso los contratos que versen sobre compra de cosas o realización de obras o servicios que hayan de tener lugar necesariamente en el extranjero.

Si comenzamos por analizar con algún detenimiento esta norma, hemos de observar que no excluye la posibilidad de que, por aplicación de la prevención general, se celebren por subasta las adquisiciones en el extranjero. A este respecto puede recordarse la Circular de la Intervención General de la Administración del Estado de fecha 19 de julio de 1953, dando conocimiento a los Delegados de dicho Centro de la Orden del Ministerio de Hacienda de 28 de mayo del citado año, relativa al uso restringido de los procedimientos de ejecución de obras y servicios públicos distintos del normal de subasta previsto en el ya citado art. 49 de la ley.

Sin embargo, refiriéndose ya concretamente al concurso como excepción aplicable para llegar a las contrataciones con el extranjero, hemos de tener en cuenta la diferencia introducida por la Ley de 20 de diciembre de 1952 con respecto a la redacción del primitivo capítulo V de la ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911.

A los contratos "que versen sobre compra de efectos que hayan de adquirirse necesariamente en el extranjero" a que la primitiva redacción se refería para admitir el sistema de concurso, se añade en la nueva versión "la realización de obras o servicios que en aquél hayan de tener lugar necesariamente".

Como consecuencia, pudiera plantearse la duda de si la necesidad de realización en el extranjero se refiere concretamente a las compras, obras o servicios, o, por extensión, puede aplicarse a aquellos casos en que aun realizándose aquéllas en territorio nacional, la contratación ha de llevarse a cabo con personas o sociedades extranjeras, o tiene por objeto productos no fabricados en España. En la práctica, es esta última interpretación la que viene aplicándose.

Otra innovación que introduce el capítulo V de la ley de Administración y Contabilidad, redactado en virtud de la de 20 de diciembre de 1952, es la de incluir también las contrataciones en el extranjero entre las que excepcionalmente puedan realizarse por el procedimiento de concierto directo.

¿Cómo ha de entenderse esta duplicidad en la excepción?

Si analizamos gramaticalmente los dos preceptos, observaremos la ex-

traordinaria semejanza de su redacción. Así, el apartado 1.º del art. 54, que enumera los contratos en que se puede acudir al concurso, dice textualmente:

“Los que versen sobre compra de cosas o realización de obras o servicios que hayan de tener lugar necesariamente en el extranjero.”

Mientras que el apartado 12 del art. 57, al recoger los contratos que pueden concertarse directamente, establece:

“Los de adquisición de cosas y los de ejecución de obras o servicios que hayan de realizarse necesariamente en el extranjero.”

Pudiera pensarse, apurando la interpretación gramatical, que existe cierta diferencia de matiz entre la expresión “que hayan de tener lugar necesariamente en el extranjero” y la frase “que hayan de realizarse necesariamente en el extranjero”. En este supuesto, podría opinarse que la excepción del concurso se refiere a los contratos que la Administración convenga con el extranjero para subvenir a sus necesidades fuera del territorio nacional. El concierto directo, en cambio, se aplicaría a las adquisiciones y ejecución de obras o servicios que necesariamente hayan de realizarse en el extranjero, pero cuyo destino sea la satisfacción de necesidades en el territorio español.

La interpretación anterior, sin duda demasiado sutil y rebuscada, tiene además sus quiebras. En primer término, porque si el legislador hubiera pretendido marcar la expresada diferencia, sin duda le habría sido posible ponerla de manifiesto con mayor claridad, empleando expresiones más definidas y concretas.

Por otra parte, en la terminología administrativa la ejecución de obras comprende normalmente la obra pública, y es excepcional y extraño el que un Estado realice con cargo a sus fondos obras públicas en el extranjero. Tanto más cuanto que el apartado undécimo del mismo artículo 57 autoriza también el concierto directo de los contratos referentes a “adquisiciones, obras y acondicionamiento de los edificios destinados a la instalación de Embajadas, Legaciones y Consulados de España en el extranjero, cuyas consignaciones figuren en los Presupuestos”.

Puede existir alguna excepción —edificios para un Instituto de cultura, enseñanza, exposición, etc.—, pero el mismo carácter especial parece que hacía innecesaria tan amplia previsión para casos infrecuentes que muy bien podrían quedar comprendidos, cuando fuera necesario, en más generales excepciones.

Entendemos, pues, que el legislador pretendió tan sólo conceder dos posibilidades de salvedad al principio general de la subasta, teniendo en cuenta las especiales circunstancias que concurren en las contrataciones en el extranjero y abriendo el camino para que a tal fin pueda utilizarse, alternativamente, el sistema de concurso o el de concierto directo, en el caso de que el normal de subasta no sea oportuno.

Según esto, será aplicable el concurso en aquellas circunstancias en que exista la posibilidad de que las ofertas del exterior lleguen a la Administración en virtud de los anuncios publicados en los periódicos na-

cionales y en los extranjeros. Se aplicará el concierto directo cuando se presume que es la Administración la que debe acudir en busca del contratista por las circunstancias especiales del mismo o del objeto de la contratación. Es decir, cuando ésta está revestida de alguna de las características recogida en cualesquiera de los restantes apartados del art. 57: Porque exista un solo productor o poseedor; por la necesidad de algún producto de modelo determinado, aunque la utilidad de éste no haya sido declarada oficialmente; porque no convenga promover concurrencia en la oferta, por la urgencia, la reserva o la conveniencia de uniformidad, o por ser su precio inferior a quinientas mil pesetas.

La diferencia entre la aplicación de la subasta, del concurso o del concierto directo a la contratación con el extranjero, estriba, por consiguiente, en la coyuntura que el organismo que ha de contratar exponga en su propuesta y quien haya de aprobarla aprecie. Sin duda la ley ha querido proporcionar una mayor flexibilidad a estas adquisiciones —una vez demostrada la necesidad de efectuarlas fuera de España— permitiendo, en definitiva, acudir al concierto directo, si es preciso, por el simple hecho de realizarse en el extranjero y sin necesidad de que se justifique por sí mismos los demás casos de excepción a que hemos aludido, si bien todos ellos pueden influir en la determinación del Consejo de Ministros que ha de aprobar el sistema, tanto de concurso como de concierto directo.

8. SUBASTAS Y CONCURSOS EN LOS QUE PUEDE ADMITIRSE SIMULTÁNEAMENTE LA CONCURRENCIA NACIONAL Y EXTRANJERA

La ley de Ordenación y Defensa de la Industria de 24 de noviembre de 1939, a la que ya hemos hecho referencia, con el interés de dotar a la Administración, según las modernas exigencias, de una mayor celeridad y rapidez en la tramitación y resolución de aquellos asuntos de interés general que le están atribuidos, señala en sus disposiciones generales que para el cumplimiento de la misma se fijarán procedimientos rápidos de tramitación en los reglamentos que los organismos técnicos dicten para su desenvolvimiento.

Este es el espíritu que recoge la Orden del Ministerio de Industria de 11 de septiembre de 1956 (*B. O. del E.*, núm. 268), que dispone, en resumen, lo siguiente:

1.º En las subastas o concursos que se convoquen por el Estado, Provincia, Municipio, Organismos y Delegaciones del Movimiento, Monopolios, Empresas concesionarias de servicios públicos, que disfruten de beneficio o protección en cualquier forma administrativa, económica o financiera, para adquisiciones en general, obras, instalaciones y servicios de cualquier clase, podrán admitirse simultáneamente la concurrencia nacional y extranjera, de acuerdo con lo que a este respecto establece la ley de Administración y Contabilidad.

2.º El acto de contratación administrativa para la consideración de ofertas será ordenado o dividido en dos partes: Una primera reservada exclusivamente a la producción nacional y, si procede, otra segunda en la que serán consideradas las ofertas de producción extranjera.

3.º En los pliegos de condiciones por las que se hayan de regir las subastas y concursos habrá de cumplirse lo que determina el art. 11 de la Ley de 24 de noviembre de 1939 de consignar expresamente que los suministros quedan reservados a la producción nacional y —artículo 10— que al fijar las especificaciones técnicas no se establecerán condiciones arbitrarias, caprichosas o excesivamente determinantes que puedan excluir injustamente al producto nacional.

4.º La celebración de la subasta o concurso habrá de ajustarse durante cada una de las partes en que ha sido dividido el acto de contratación, a los requisitos siguientes:

a) En primer término se procederá a la apertura de los sobres que contengan ofertas a base de artículos de producción nacional, y se resolverá sobre las mismas de conformidad con lo que preceptúa la vigente legislación protectora de la producción nacional y los interesados del organismo operante.

b) Cuando en alguna de las ofertas presentadas, no obstante hallarse el oferente en posesión del certificado de productor nacional, el producto estuviera integrado en parte con elementos de producción extranjera, tendrán preferencia aquellas otras ofertas que comprendan productos en su totalidad de producción nacional. Únicamente en el caso de que las totalmente de fabricación nacional, bien por imperfección del artículo de que se trate o bien por diferencia de características, no reúna las condiciones técnicas requeridas para el uso a que se destine, podrán ser tomadas en cuenta aquellas otras ofertas con productos de fabricación parcialmente extranjera.

c) Si el acto de contratación administrativa de que se trate fuera declarado desierto por no existir producción nacional del artículo o material objeto de licitación o porque éste no reuniese los requisitos y características exigidas en el pliego de condiciones, todo lo cual habrá de acreditarse mediante acta suscrita por el Tribunal correspondiente, se procederá entonces a la apertura de ofertas con artículos de producción extranjera y se entrará en la segunda parte prevista, reservada al examen de ofertas con material de procedencia extranjera, cuyos sobres deberán mostrar al exterior, en forma bien destacada y visible, su condición de suministros de material extranjero.

d) Si recayese adjudicación en favor de algunas de las ofertas a base de material parcial o totalmente extranjero, se remitirá toda la documentación o copia certificada de la misma al Ministerio de Industria para que por su titular pueda concederse la excepción correspondiente, de acuerdo con lo establecido en el art. 10 de la Ley de 24 de noviembre de 1939. A esta documentación se acompañará relación de circunstancias

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

que aconsejaron y determinaron esta adjudicación, uniéndose los pliegos de condiciones o copias certificadas de los mismos para la debida comprobación del cumplimiento de lo preceptuado en los arts. 10 y 11 de la tantas veces mencionada ley.

9. RESUMEN DE LOS PROCEDIMIENTOS A UTILIZAR PARA LAS CONTRATACIONES CON EL EXTRANJERO

Como resumen de lo que hemos expuesto, cabe interpretar que en las contrataciones sobre compra de cosas o realización de obras o servicios que hayan de efectuarse en el extranjero, pueden darse las siguientes posibilidades:

1.ª Que exista la certeza —acreditada por el Ministerio de Industria o por el Departamento militar correspondiente, si se trata de adquisiciones relacionadas con la defensa nacional— de que no hay en el mercado nacional el producto que se precisa, pero dándose la posibilidad conocida de antemano de que las casas extranjeras acudan a la licitación que se convoque.

En este caso, podrá acudirse:

a) A la subasta, si el material a adquirir es perfectamente identificable en el pliego de condiciones y las circunstancias permiten la aplicación de tal procedimiento, previsto como normal en el art. 49 de la ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, y en el que, como es natural, no se exigirá a los oferentes ni a los adjudicatarios o contratistas el certificado de productor nacional.

b) Al concurso, de acuerdo con el apartado 1.º del art. 54 de dicha ley.

2.ª Que por no constar la certidumbre de que se carece del producto deseado en el mercado nacional, se juzgue conveniente acudir al procedimiento mixto señalado en la Orden del Ministerio de Industria de 11 de septiembre de 1956, al que hemos hecho referencia.

3.ª Que se conozca previamente que los materiales necesarios o las obras y servicios requeridos sólo pueden ser facilitados, ejecutados o prestados por una persona o entidad determinada.

Será factible, entonces, acudir al concierto directo, basando el sistema en el apartado 12 del art. 57 de la ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública.

10. LOS PLIEGOS DE CONDICIONES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVAS Y EL PROYECTO DE CONTRATO

Las diferencias de procedimiento que para las contrataciones en el extranjero señalan las disposiciones vigentes que acabamos de señalar, marcan también la distinción entre los pliegos de condiciones o el proyecto de contrato que ha de emplearse en cada caso. Así, mientras en las su-

bastas o concursos, tanto en los que se reserven a la producción extranjera como en los de carácter mixto, será necesario redactar y dar publicidad a los oportunos pliegos de condiciones con los plazos especiales que la ley de Administración señala para estos casos; en el concierto directo, cuando está de antemano identificado el presunto contratista, se redactará y firmará el correspondiente proyecto de contrato, donde se recogerán ya las condiciones acordadas con el proveedor.

Estas condiciones contendrán las peculiaridades que las circunstancias exijan y que no siempre podrán coincidir exactamente con las normas generales aplicables a las contrataciones en España.

11. ESPECIALIDAD DE LAS CONTRATACIONES EN EL EXTRANJERO
POR LO QUE SE REFIERE A LA FORMA DE PAGO

La norma general que rige en la contratación administrativa del Ejército de que no se efectúe ningún pago por la Administración mientras el objeto del contrato no se haya recibido de conformidad, presenta una serie de excepciones que, sin dejar de garantizar los intereses del Estado, permita el abono de cantidades al cumplirse determinadas condiciones, aun cuando no se haya verificado la recepción final. No podía por menos de suceder así, sobre todo en contrataciones de importancia, en que su volumen económico y la duración de su desarrollo aconsejan facilitar al contratista —antes de la terminación del contrato— fondos que le permitan llevar a cabo las fabricaciones, las obras o los servicios. Así, se pagan certificaciones de las obras o distintos plazos a los fabricantes, por acopio de materiales, terminación de una fase de la fabricación, etc. Concretamente, en lo que se refiere a las contrataciones del Ministerio del Ejército con la Empresa Nacional Santa Bárbara de Industrias Militares, S. A., el contrato aprobado por Decreto 808/1960, de 4 de mayo, establece en su cláusula 83 las condiciones requeridas para que tenga lugar el abono de un porcentaje determinado del valor de la obra, a satisfacer por cada plazo.

El fundamento de esta excepción a la norma general se encuentra en el Reglamento de Contratación administrativa en el Ramo de Guerra, de 10 de enero de 1931, pues el párrafo 3.º de su art. 67 establece que “únicamente se autorizará que los pagos se hagan en el extranjero y que no se supediten a la admisión, previo reconocimiento del material, cuando se trate de único productor o poseedor y lo imponga como condición el proponente. En este caso se establecerán multas para los casos de retraso o defecto de las entregas parciales, proporcionales a las cuantías de los pagos, reteniendo al efecto las cantidades correspondientes a los plazos devengados y no satisfechos, a cuyo efecto se escalonarán los pagos, no efectuando el último hasta que haya tenido lugar la recepción definitiva y transcurrido el plazo que se estime prudencial para cerciorarse de la buena calidad y funcionamiento del material adquirido

"Si se impusiera la condición de que el pago se haga en el extranjero —continúa diciendo el Reglamento—, se comunicará con la oportunidad debida a la Ordenación de Pagos del Ejército para que interese de la Dirección General del Tesoro sitúe los fondos en el punto conveniente y a disposición del contratante." Y añade, por último, el art. 67: "Cuando en virtud del contrato corresponda realizar algún pago antes de la recepción del material por las razones expuestas en el tercer párrafo de este artículo, se expedirá por el Jefe de la Comisión de Compras certificado acreditativo de la procedencia del pago, que sustituirá al de recepción para justificar la expedición y la intervención de los libramientos."

Los preceptos que acabamos de reproducir tienen aplicación muy concreta a las adquisiciones en el extranjero por las dos razones en ellos contenidas: la de que los pagos hayan de realizarse fuera de España y la de que los mismos tengan lugar antes de que se verifique la recepción definitiva.

Ahora bien, si nos detenemos a considerar la regulación referida, observaremos que la posibilidad de que los pagos se realicen en el extranjero y se lleven a cabo antes de la recepción final, se subordina en aquella al hecho de que "se trate de único productor o poseedor y lo imponga como condición el proponente".

Nos parece necesario, no obstante, para lograr una mejor adaptación a la realidad que se viene aplicando, interpretar con cierta amplitud la condición aludida y distinguir los dos términos de la misma. Es natural que si se trata de una adquisición fuera de España, la forma normal de pago requiere que éste se verifique en el extranjero, tratése o no de único productor o poseedor. Es decir, que de ordinario se efectúan pagos en el extranjero aun cuando se haya llegado a la contratación como consecuencia de un acto de licitación que no suponga necesariamente la existencia de un solo productor o poseedor.

En cambio, la ejecución de pagos anteriores a la recepción del material no debe ser propuesta de antemano por la Administración en el pliego de condiciones de una licitación, sino que, en todo caso, se tratará de una condición impuesta por el proponente cuando a la Administración no le quede otra alternativa que aceptar esta propuesta, porque quien la hace es el único que puede suministrar el material objeto de la oferta.

También es necesario acomodar a las circunstancias actuales las prevenciones del Reglamento de Contratación en cuanto al procedimiento para llevar a cabo los pagos.

El servicio de Tesorería del Estado en el exterior, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de 31 de diciembre de 1941 y Orden del Ministerio de Hacienda de 30 de diciembre de 1944, es desempeñado por el Instituto Español de Moneda Extranjera, quien recibe las órdenes de situación de divisas y entrega de moneda de la Dirección General del Tesoro, como centro ordenador general de todos los pagos del Tesoro Público, previa petición de los Departamentos ministeriales u otros organismos del Estado,

a quienes esté atribuída esta facultad. En el art. 1.º, apartado a), de la citada Orden ministerial, se preceptúa que en aquellos casos en que los Ministerios u organismos interesados dispongan de fondos propios, o los tuviesen ya librados —lo que se hará constar en el pedido de situación—, el escrito de petición será simple, reservándose un duplicado para unirlo a su libramiento el Ministerio u organismo que lo formule, y la Dirección General del Tesoro dará seguidamente al Instituto las órdenes oportunas con la indicación de "previo ingreso directo".

En el art. 2.º dispone que el Instituto Español de Moneda Extranjera se abstendrá en absoluto de facilitar moneda o de situar fondos en el exterior por cuenta de los diferentes Ministerios u organismos oficiales, fuera de las tramitaciones señaladas.

En el art. 10 de la ley se previene la confección de una estadística de cesiones de divisas por la Dirección General del Tesoro, siendo a su cargo las cesiones por cuenta del Estado, mientras que las de particulares las facilitará el Instituto Español de Moneda Extranjera.

Con fecha 29 de mayo de 1963, la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda recuerda las prevenciones anteriores, prohibiendo que los organismos oficiales sitúen divisas en el exterior a través de la Banca privada, delegada del Instituto Español de Moneda Extranjera, al margen de la Dirección General del Tesoro y sin conocimiento expreso de aquel Instituto.

12. LA RECEPCIÓN DEL OBJETO DE LAS CONTRATACIONES CELEBRADAS EN EL EXTRAJERO

También el principio general de que las adquisiciones se efectúen sobre la base de que la recepción tendrá lugar en la localidad y establecimiento que se determine por la Administración suele encontrar una excepción en las adquisiciones realizadas en el extranjero. Múltiples razones pueden hacer aconsejable llevar a cabo la recepción del objeto del contrato en lugar distinto de los propios almacenes del Ejército, bien porque a éste le interese efectuar los trámites de importación y transporte desde la frontera o desde otro punto hasta el lugar de destino, bien porque sea la casa contratista quien establezca la condición de situar la mercancía en una posición determinada.

Los términos de F. O. B. (*Free on board*) y C. I. F. (*cost, insurance and freight*), corrientes en el comercio internacional para significar, respectivamente, que la mercancía se entrega libre de gastos sobre cubierta del barco en el puerto de embarque o con todo gasto incluido, seguro y flete hasta el puerto de destino, pueden completarse con numerosas variantes —F. A. S., F. I. O., C. & F., F. O. R., etc.— que recogen otras tantas posiciones del material contratado a efectos de su recepción, sin omitir la posibilidad de que ésta se verifique en el extranjero por delegados del organismo adquirente.

13. COMENTARIO Y CONCLUSIONES

En las líneas anteriores hemos tratado de recoger las especialidades que presenta la contratación militar en el extranjero y de interpretar los extremos dudosos que las normas reguladoras de la misma puedan actualmente presentar. Especialidades y regulación referidas a la línea general de esta clase de contrataciones, pues supondría un trabajo mucho más extenso la referencia a otras modalidades específicas y circunstancias: contratos derivados de la Ayuda Americana, contratos *off-shore*, etcétera.

Ante todo es importante insistir en la necesidad de que los organismos militares se adapten rigurosamente a este procedimiento, sin arbitrar sistemas quizá más flexibles, pero menos ortodoxos, que pueden tener su origen en la práctica utilizada durante períodos anteriores, cuando dificultades de todo orden entorpecían las importaciones y las rodeaba de complicados impedimentos.

No es menester siquiera poner de manifiesto la precisión de incluirse en el régimen que el Estado establece con carácter general en materia que tanto interesa al conjunto de la economía de la Nación, sin extender las excepciones más allá de los límites hasta donde fueron establecidas. A partir del 8 de mayo de 1950, desaparecidas las circunstancias que aconsejaron el establecimiento de organismos y sistemas de excepción, las adquisiciones de material de guerra en el extranjero por los Departamentos del Ejército, Marina y Aire quedan incluidas en la norma general de las importaciones, si bien deberá tramitarse con urgencia y carácter preferente.

Han de distinguirse, además, distintos extremos que, a veces, aparecen un tanto confusos o entrelazados en esta clase de adquisiciones:

La posible exención de derechos arancelarios en las importaciones relacionadas con la defensa nacional, no supone que se omitan también los trámites necesarios para llevar a cabo la importación en sí misma.

La Presidencia del Gobierno, en escrito de 31 de agosto de 1960, recuerda que el art. 3.º, párrafo 1.º, de la ley Arancelaria de 1 de mayo de 1960, establece un nuevo procedimiento para la tramitación de expedientes de bonificación o exención arancelaria. "A su entrada en la Península, Islas Baleares y provincias de Ifni, Sahara, Fernando Poo y Río Muni —dice la ley— todas las mercancías quedarán sujetas al pago de los correspondientes derechos arancelarios, cualquiera que sea el fin a que se destinen o la persona del importador, aunque éste fuera el Estado, sin otras exenciones o bonificaciones que las siguientes: a), las establecidas en ley; b), las que el Gobierno acuerde por motivos de defensa nacional, que se tramitarán en la forma que reglamentariamente se señale; c), las que especialmente y por motivos de interés público se declaren mediante decreto, a propuesta del Ministerio de Hacienda, en

expediente incoado por el Departamento u organismo interesado y tramitado por el Ministerio de Comercio.”

Es, pues, necesario que la exención de derechos arancelarios se conceda por el Gobierno, pero esta concesión no implica la libre importación del material relacionado con la defensa nacional. Si consideramos imprescindible recoger en la legislación cuantas circunstancias especiales presenta la materia militar dentro de la organización administrativa del Estado; si esta necesidad es importante, aplicada a la esfera de la contratación y singularmente en la que ha de celebrarse con el extranjero, también resulta ineludible observar las normas generales para cuantos trámites no están amparados por un régimen legal de excepción.

En las contrataciones militares en el extranjero debe observarse en primer término la exigencia de la ley de Ordenación y Defensa de la Industria, de 24 de noviembre de 1939, distinguiendo los dos grupos a que ya hemos aludido: las contrataciones en general y las que concretamente se refieran a material de guerra. Para las primeras, la acreditación de que la compra ha de efectuarse fuera de España corresponde al Ministerio de Industria. Para las segundas, es el propio Departamento militar quien debe certificar aquella circunstancia.

No podemos dejar de comentar la dificultad que en muchas ocasiones encierra la clara e indudable delimitación de lo que por material de guerra debe entenderse, y más aún, el establecimiento de una línea divisoria entre el material adquirido por el Ejército que tiene relación directa con la defensa nacional y el que no presenta esta característica. En la imposibilidad de sentar afirmaciones y fronteras concretas pudiera ser más acertado generalizar los conceptos y emplear más amplias definiciones.

De cualquier forma, justificada de uno u otro modo la necesidad de contratación fuera de España, los procedimientos de excepción que, según la ley de Administración y Contabilidad, pueden aplicarse para efectuar aquélla han de someterse a los trámites que la propia ley exige, así como a los requisitos por las demás disposiciones a que nos hemos referido anteriormente. Pero entendemos que sería conveniente establecer con claridad una distinción hoy no observada en la práctica.

En efecto, según ya hemos señalado, las excepciones de concurso y concierto directo, ampliando la simple interpretación literal y limitada de los apartados 1 del art. 54 y 12 del 57 de la ley referida, se aplican tanto en el supuesto de que la contratación haya de tener lugar “en” el extranjero como “con” el extranjero.

Pero la distinción puede ser digna de tenerse en cuenta.

En muchas ocasiones, el material se encuentra en España, aunque sea de procedencia extranjera, porque ha sido legalmente importado a nuestro país; la licitación y el contrato se celebran en territorio nacional, puesto que en España reside el importador o tiene representantes la casa fabricante; el pago se realiza en pesetas y la única diferencia con una adquisición normal estriba en que el vendedor no podría acreditar

que el material es de fabricación española. Esta situación ha de extenderse aún más en el futuro si se facilitan las relaciones comerciales entre los distintos países. Pues bien, en estas circunstancias, ¿han de continuar siendo aplicables las excepciones de concurso y concierto directo establecidas para las contrataciones "en" el extranjero, sólo por el hecho de que el objeto del contrato no sea de fabricación nacional o el contratista ostente una nacionalidad extranjera?

Toda la materia relativa a los contratos del Estado se encuentra en la actualidad sometida a una revisión, puesto que ha pasado a las Cortes un proyecto de ley de Bases de Contratos del Estado, que, sustrayendo esta materia a la ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, la regulará con independencia. En el texto articulado de dicha ley podría ser oportuno regular con más precisión un aspecto tan interesante de la contratación administrativa como es el que tiene relación con el extranjero, distinguiendo los distintos casos que pueden presentarse en la misma y los trámites o requisitos que en ella han de observarse, sin privarla de la agilidad de que debe estar dotada para que no pierda oportunidad y eficacia.

Es preciso pensar que muchas veces los precios y las condiciones de la contratación, incluso la posibilidad de que ésta se celebre, dependen de que el compromiso pueda concertarse dentro de un plazo determinado y que es preciso que los trámites se hayan cumplido dentro de él para que la Administración, en general, y el Ejército, en el caso que nos ocupa, puedan llegar a obtener, por procedimientos reglamentarios, el material requerido.

Tal vez fuera aconsejable destacar más la diferencia a que antes nos hemos referido y, sin aplicar excesivas excepciones a las adquisiciones que puedan celebrarse en España, proporcionar, en cambio, mayor flexibilidad y rapidez a las que hayan de verificarse en el extranjero.

Por último, nos atrevemos también a sugerir que esa futura legislación reguladora de la contratación del Estado, que tradicionalmente viene ocupándose del contrato de obras como característico de la contratación administrativa y del supuesto de que es la Administración la que adquiere como el más frecuente de la misma, se extienda a la regulación de toda clase de contratos y no olvide establecer algunas normas para las ocasiones en que sea la Administración la que vende, ya que esta posibilidad, no por menos normal, deja de constituir una realidad que merece ser prevista.

En la actualidad, para las ventas de material de guerra al extranjero existe en el Ministerio del Ejército el Servicio Comercial de las Industrias Militares, afecto a la Subsecretaría de aquel Departamento, y constituido por acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de diciembre de 1952. Por Orden de 6 de agosto de 1959 (*Diario Oficial* núm. 176) se aprobó el Reglamento provisional de este Servicio, con el que se pretendió promover las ventas en el exterior de las fabricaciones de los establecimientos de

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

la industria militar, aliviando su situación económica cuando los encargos oficiales no alcanzan a absorber su capacidad de producción.

La nueva organización que a la industria militar ha proporcionado la Ley 44/1959, de 30 de julio, puede también justificar la revisión de este Servicio Comercial, dentro del marco de la contratación administrativa y concretamente de la que tiene relación con el extranjero, sin dejar de hacer patente que la especialidad de las contrataciones militares y la oportunidad con que deben concertarse para que cumplan los fines previstos en relación con la defensa nacional, supone que la aplicación a las mismas de la legislación general se lleve a cabo con el expreso reconocimiento de las excepciones necesarias.

SABINO FERNÁNDEZ CAMPO

Coronel Interventor