

UN PROTOCOLO PARA EL ESTABLECIMIENTO DEL PRECIO DEL GASTO DE DEFENSA

Justo Alberto HUERTA BARAJAS
Comandante interventor

Introducción



L gasto de Defensa en todos los lugares del mundo, y desde antiguo, está marcado por una individualidad propia derivada de unas cualidades que le hacen diferente, tanto si se le compara en relación con los gastos de una sociedad privada sujeta a las leyes del mercado, como los que asume el conjunto de las Administraciones Públicas.

Esta singularidad aflora en materia contractual, y se concreta en la adquisición de materiales y sistemas de armas. De esta manera nos encontramos que otros gastos, como pueden ser las cuotas de los sistemas de previsión social, tienen un tratamiento semejante en la empresa privada y en cualquier sector de la Administración Pública, incluido las Fuerzas Armadas. La compra de equipos sanitarios, las tarifas eléctricas, etc., se pueden contratar y negociar con criterios idénticos en cualquier entorno, puesto que van a ser las reglas del mercado las que fijen el precio de los mismos, aun en aquellos casos que es imperfecto.

Por el contrario, el gasto de material y sistemas de armas al estar en un entorno no competitivo, exige de unos procesos específicos de información económica y técnica de evaluación y análisis que garanticen su adquisición y que sirvan de instrumento de medición para poder comprobar el grado de cumplimiento de los principios que deben regir la administración de los fondos públicos y que se recogen en nuestro Texto Constitucional (artículos 31,2 y 103): legalidad, economía y eficiencia.

El objetivo de este trabajo es presentar una alternativa para mejorar la gestión del gasto de Defensa, con el propósito de conjugar los mandatos constitucionales, que por un lado exigen la eficacia de la misión de las Fuerzas Armadas y, por otro, el correcto funcionamiento de su actividad gestora como administradora de los fondos públicos necesarios para el cumplimiento de sus fines.

Planteamiento

Escenarios del mercado de Defensa

Definidos los objetivos militares en la Revisión Estratégica de la Defensa y desarrollados (1) por los respectivos estados mayores; un buen ejemplo es la instrucción 304/2001, de 28 de diciembre, del AJEMA, por la que se establecen los fundamentos y conceptos generales de la organización de la Armada (2), los órganos responsables de las adquisiciones han de iniciar sus primeras actuaciones del proceso de gasto, orientados a efectuar un análisis del producto solicitado, de las circunstancias en las que se requiere y del mercado en el que se pretende adquirir, con objeto de fundamentar los criterios que soporten su futura decisión sobre el precio de adjudicación.

De los puntos señalados, el mercado va a ser el eje que condicionará el resultado en función del escenario económico en el que se encuentre, y sólo hay dos escenarios: el de competencia efectiva o el marcado por la ausencia de concurrencia alguna. De forma que doctrinariamente, cuando el mercado actúa en régimen de competencia perfecta, los precios son fijados en un punto de equilibrio por la interacción de la oferta y la demanda, siendo este mecanismo el más eficiente en la asignación de recursos. Para que el mercado se defina de esta manera, conforme a la teoría económica, se deben cumplir las siguientes condiciones:

- Pluralidad de oferentes y demandantes.
- Productos homogéneos y fácilmente intercambiables.
- Libertad de entrada y salida (3).

En este entorno, la actuación de la Administración se dirige a promover la concurrencia de los oferentes, siendo el mercado, a través de sus mecanismos, el que nos determinará el precio que por definición habrá de considerarse como justo y del que se supondrá que cumple con las exigencias constitucionales de legalidad, por ello es el que se ha de optar siempre que sea posible (4).

El problema se plantea, como ya adelantamos, cuando nos encontramos en mercados de bienes y servicios que no operan en un marco de competencia perfecta, y los agentes que intervienen en el mismo tratan de establecer el

(1) Documento de revisión estratégica de la Defensa. DIGENPOL-MINISDEF. Criterio básico, n.º 10. págs. 107 y ss.

(2) BOD de 24/01/2002.

(3) MOCHÓN, Francisco: *Economía, teoría y política*. Editorial Mc. Graw Hill. Madrid, 2002. 4.ª edición, págs. 169 y ss.

(4) BAREA TEJEIRO, José, y GÓMEZ CIRIA, Antonio: *El problema de la eficiencia del sector público en España*. Editorial Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 1994. págs. 115 y 116.

precio de la transacción en función de barreras de entrada, como ocurre en la mayoría de las veces en el mercado de defensa. En estos supuestos no es posible atribuir al precio la certeza de su razonabilidad y legalidad en los términos descritos por nuestro sistema legislativo.

La justificación de esta posición se funda en la complejidad de cualquier proceso industrial que precisa de unas estructuras productivas que necesitan de una gran volumen de inversiones y tecnología, al alcance de muy pocos y que requieren de la concentración de capitales.

A esta circunstancia general se une que el sector industrial que trabaja para la Defensa cuenta con tres restricciones: las bajas producciones por la dimensión de nuestras Fuerzas Armadas, la alteración de los mercados internacionales por los excedentes de países del antiguo «Telón de Acero» y los requerimientos técnicos del material de guerra, que precisa de tecnologías, cuyas utilidades frecuentemente no tienen un doble uso en sectores civiles.

Estos tres hechos económicos estructurales provocan el reducido número de empresas que pueden acometer, con capacidad técnica y financiera suficiente, la ejecución de programas de armamento, siendo más acusada la tendencia en el marco de la contratación administrativa de suministros, consultoría y asistencia técnica y servicios, que en obras.

En consecuencia, la actividad empresarial del mercado va a condicionar el gasto contractual del Ministerio de Defensa (MINISDEF) más que al resto de departamentos ministeriales, factor al que ha de unirse la reducción de los fondos presupuestarios aplicados a algunos programas de mantenimiento o adquisición de armamento.

Ante este reto se hace necesario para el MINISDEF establecer una metodología que permitiese prever el coste real del bien, servicio o actividad, y que, a su vez, facilitase el acceso a una gama de productos con la calidad suficiente, en el plazo necesario y a un precio razonable. La respuesta a este desafío fue el Grupo de Trabajo de Evaluación de Costes (GTEC), con el fin de la «elaboración de diagnóstico del problema en el ámbito del Departamento y elaboración de alternativas y metodología de la evaluación de costes en los procesos de armamento y material» (5), cuyas actividades fructificaron en la creación del Grupo de Evaluación de Costes (GEC) y la promulgación de la O. M. 283/1998 (NODECOS), de 15 de octubre, sobre criterios a emplear en el cálculo de costes de determinados contratos (6).

Se tomó el pulso al problema y se empezó hacerle frente de forma rigurosa. La experiencia de estos once años permitió plantearse nuevos retos ante

(5) Instrucciones del SEDEF: 300/0001/1988 —creación del GTEC—; 1/1990 —relaciones orgánicas y funcionales—; 8/1992 —funciones GEC—.

(6) O. M. 283/1998 —NODECOS—, de 15 de octubre. BOE n.º 258, de 28 de octubre.

los procedimientos derivados de la promulgación de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) (7), circunstancias todas ellas que recientemente se han recogido en el punto 3.º del Grupo de Trabajo de racionalización de la Contratación Administrativa en el ámbito del Ministerio de Defensa, al reconocerse: «la escasez de normas que regulen y desarrollen el procedimiento negociado. En especial aquellas que afectan a la determinación de los precios cuando no es posible adecuarlos al mercado por razón de las características peculiares de éste o de la singularidad del objeto de los contratos» (8).

Por tanto, se hacen precisas una serie de normas y prácticas que faciliten las conductas del gasto y que, a su vez, permitan a los órganos de control interno o externo verificar la eficiencia de estas adquisiciones en las que el mercado es inexistente.

Necesidad de un protocolo en el procedimiento negociado de contratación

Como ya se ha puesto de relieve anteriormente, el MINISDEF, ante los nuevos retos contractuales, tomó diversas iniciativas para la mejora de la gestión del gasto, como la reducción de órganos de contratación administrativa y, sobre todo, el apoyo a los órganos de gestión contractual a través de la utilización de las auditorías de contratos en el procedimiento negociado realizadas por el Grupo de Evaluación de Costes (GEC), con el fin de facilitar un instrumento de obtención de información económica relevante para la negociación y así poder determinar el precio de los contratos.

La razón de esta última medida es que es el Departamento que más utiliza el procedimiento negociado, y la legislación de contratación pública dedica un solo artículo a la determinación del precio y su negociación, sin que se contenga pauta alguna para llegar al compromiso.

Con idea de apreciar la necesidad descrita, situamos la misma en el contexto del gasto general del Estado. Según la memoria de la Dirección General de Asuntos Económicos de 2001, el importe de la contratación del Ministerio de Defensa finalizó con una aplicación de 320.487 millones de las antiguas pesetas. Sin embargo, de estas cifras fueron las características de su gestión las que nos interesa destacar por su singularidad:

- El 64,99 por 100 del importe, es decir 208.287 millones, se tramitó por el procedimiento negociado.

(7) Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, modificada por R. D. L. 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

(8) Informe de la problemática de la contratación en el Ministerio de Defensa. 3 de abril de 2001.

- El objeto de la contratación fue en un 66,45 por 100; la adquisición de suministros, un 24,18 por 100 para asistencia, y sólo un 9,37 por 100 para obras.
- En total se gestionaron más de 36.439 contratos, aunque con tan sólo 393 se adjudicaron 143.553 millones de pesetas.

Marco legal del protocolo de negociación de la contratación

Son, por tanto, las cantidades expresadas las que demandan estas pautas de negociación, junto con las exigencias derivadas del artículo 14 de LCAP sobre determinación y abono del precio de los contratos:

- Los contratos tendrán un precio cierto que se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido.
- Los órganos de contratación cuidarán que el precio del contrato sea el adecuado al mercado.
- La financiación de los contratos por la Administración se ajustará al ritmo requerido en la ejecución de la prestación.

El fundamento de este precepto sigue los criterios de los artículos 1.445, 1.447, 1.448 y 1.449, referentes al contrato de compraventa, y el 1.544 del contrato de arrendamiento de obras y servicios del Código Civil, apoyado por postulados de varias sentencias del Tribunal Supremo e informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (9) que precisaban la necesidad que el precio esté acreditado y suficientemente soportado (10).

Pero son las normas referentes al procedimiento negociado de la LCAP, de en sus artículos 73.4 y 92, las que van a determinar la necesidad de un protocolo de negociación que marque y pauté la discrecionalidad que se concede a la Administración Pública, y que se utiliza habitualmente en la contratación del mercado de la defensa, puesto que las premisas del 14.1 de la LCAP se convierte por sus principios en una referencia difícilmente atendible.

Por ello, para evitar que el procedimiento negociado se identifique con la idea anterior de «contratación directa», conscientes en todo momento de su carácter restrictivo y con el fin de evitar caer en la arbitrariedad, se hace necesario establecer técnicas de negociación que se desarrollen sobre unos protocolos de negociación y en auditorías de costes y precios ejecutadas por equipos de apoyo (GEC), a los que se unirán las exigencias de las auditorías

(9) Informe 21/1997, de 14 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

(10) Sentencias del T. S. de 13 de julio de 1984 y 22 de junio de 1982.

operativas llevadas a cabo por la Intervención de Defensa (11), que servirán de auxilio a las tomas de decisiones de los órganos gestores de la contratación administrativa.

Al avalar estos criterios se dará cumplimiento a diversos preceptos comunitarios, que sabedores de la excepcionalidad del procedimiento negociado exigen de un régimen con mayores garantías. Así, la sentencia denominada Comisión/Italia (12), la recomendación 3.16 de la Comisión de 27 de noviembre de 1996 (13) y las recogidas en el artículo 29 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, de servicios y de obras (14).

Análisis conceptual del procedimiento

1.—Finalidad del protocolo de negociación contractual

Establecida la necesidad, se hace preciso su justificación y momento en el proceso contractual, para ello nos serviremos de la definición etimológica de la palabra «protocolo» como regla, ceremonial establecido por decreto o por la costumbre, y que, a su vez, deriva de las palabras griegas Πρώτος, primero, y Κολλάω, pegar.

Por tanto, ha de estar localizado al comienzo del procedimiento contractual, con la finalidad de pautar los criterios económicos y técnicos de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que han de ser objeto de negociación, fundamentándose en que van a dar lugar a los elementos informadores de un procedimiento de adjudicación de excepcional, que está sujeto a los principios constitucionales de legalidad, eficiencia y economía.

Con criterios precisos y objetivos se beneficiarán tanto las Fuerzas Armadas como las empresas de Defensa, puesto que al aflorar la realidad se producirá un efecto similar al de mercado, siendo el eje maestro del procedimiento contractual la razonabilidad de los costes.

La introducción de la razonabilidad como idea básica del protocolo de negociación permitirá localizar si los costes estimados e imputados están relacionados con el trabajo desarrollado y si los importes son adecuados al bien o servicio que se ha adquirido.

Con este principio de razonabilidad de los costes ya no se sustenta la deci-

(11) Normas Auditoría Sector Público. Puntos 2.1.8 y 9, aprobadas por Resolución IGAE 1/9/1998.

(12) Tribunal de Justicia, sentencia 10.3.87, asunto 199/85, Rec. 1987.

(13) Libro Verde de la Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro, formulada propuesta del comisario europeo señor Monti.

(14) Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2001/C 29 E/02). (Presentada por la comisión el 11 de julio de 2000).

sión en criterios económicos, sino que se hace preciso conocer el componente técnico y de organización que exige del estudio de diversas áreas: metodologías de costes, industriales (organización, producción, operaciones industriales, etc.), técnicos y de mercado.

La aplicación de este concepto en cada contrato permitiría conocer la:

- «Razonabilidad» de los factores que conforman la estimación de costes de la oferta, es decir, previsión del coste total del contrato.
- «Razonabilidad» de los factores consumidos en la ejecución de un contrato (costes incurridos) a lo largo de la ejecución del contrato, así como comparación entre el coste incurrido por la empresa y el «valor ganado» por Defensa.
- «Razonabilidad» de las estimaciones de costes del resto de ciclo de vida.

2.—Contenido del protocolo de negociación contractual

Se fundamenta en la idea de la obtención de la evidencia necesaria y suficiente que sirva de apoyo a los órganos de gestión para decidir acerca de la razonabilidad (económica y técnica) de los costes y precios de bienes y servicios en entornos no competitivos, y, a su vez, sirva de pauta de verificación para los órganos de control. Se conformará por dos factores: la determinación del coste y del beneficio:

2.1.—Determinación del coste

Este factor tendrá por objeto delimitar que los sistemas y procesos operativos de gestión de la empresa están diseñados para lograr sus objetivos, y ofrecen una información fiable que permite determinar, de acuerdo con las normas vigentes del MINISDEF —NODECOS—, los costes y los precios unitarios de los elementos que componen el contrato. Se compone de:

2.1.1.—Elementos organizativos. Con tal fin requerirá a los posibles contratistas:

Si disponen de un Plan de Empresa como documento en el que se identifique, describa y analice la oportunidad de negocio, examine la viabilidad técnica, económica y financiera y desarrolle los procedimientos y estrategias para convertir la oportunidad de negocio en un proyecto empresarial.

La estructura organizativa de la empresa, con los procesos de dirección y la cultura organizativa, para así poder evaluar si la organización se encamina de forma eficaz hacia el logro de sus objetivos a largo plazo y que la totalidad de sus elementos complejos están sincronizados o existen debilidades de coordinación, evitando la duplicación de tareas y la ejecución de trabajos inútiles.

Si la empresa dispone de las personas adecuadas, define los puestos de trabajo y se procura de los medios humanos cuando los precisa y cómo los forma, reconvierte, motiva e incentiva. Si se emplea la cantidad óptima de personal evita la ociosidad y el sobredimensionamiento de la plantilla.

Si el contratista tiene una planificación operativa y unos procesos que abarquen tanto las operaciones de compra como las de producción, adaptados a la demanda del mercado. Adquiriendo la cantidad necesaria de recursos y del tipo y calidad apropiados y al coste adecuados.

Si sus sistemas de control de gestión sirven de guía para alcanzar el objetivo propuesto con el empleo de los menores recursos posibles y si se han establecido indicadores válidos y fiables de economía y eficiencia.

2.1.2.—*Selección del tipo de precio adecuado a las necesidades del MINISDEF:*

A) *Precios a tanto alzado.*—Son los orientados para la adquisición de bienes o servicios en los que es posible realizar una definición precisa de sus características funcionales y técnicas. En ellos la dirección del proyecto del contrato, su desarrollo y la responsabilidad técnica y de ejecución corresponde de forma exclusiva al contratista, quien tendrá derecho a percibir en contrapartida el precio fijado según las condiciones pactadas, sin perjuicio de las facultades de inspección de los órganos de gestión. Puede tener las siguientes modalidades:

- Sin revisión: en la que el precio del contrato que se pacte en la negociación no está sujeto a ningún tipo de revisión.
- Con revisión: está propuesto para aquellos casos en los que el precio puede ser revisado al alza o a la baja, siempre que se produzcan determinadas eventualidades, especialmente cuando existan inestabilidad de los precios de los factores de producción y se verifiquen los requisitos establecidos en la LCAP. La revisión puede ser de dos tipos:
 - Revisión en función de los precios de coste unitarios preestablecidos. Se fundamenta en las variaciones experimentadas por los

precios de coste unitarios y por los demás elementos de valoración del precio de coste, definidos en el escandallo del precio del contrato.

- Revisión en función de fórmulas o de índices oficiales de revisión de precios especificados en el contrato.

B) *Precio máximo con incentivos.*—Está indicado en aquellos supuestos en los que no sea posible disponer de un precio cerrado, se compondrá de un precio máximo resultante de la agregación de un objetivo inicial de costes, de un objetivo inicial de beneficio y por el importe que de cobertura a las contingencias previsibles.

Al igual que en la modalidad de precios a tanto alzado, la dirección del proyecto, su desarrollo y la responsabilidad técnica y de ejecución corresponde de forma exclusiva al contratista. La ventaja de esta modalidad deriva del menor coste incurrido, fruto de las medidas que incentivan al contratista a mejorar sus sistemas y procedimientos de gestión y control de costes.

La estimación y el escandallo del precio de coste de la oferta serán el criterio para limitar el precio del contrato. El incentivo por reducción de costes se genera mediante un ajuste en el beneficio inicial negociado, a través de una fórmula que relacione el coste incurrido con el objetivo total de coste acordado en la negociación.

El precio final se determina al liquidarse el contrato con arreglo a lo convenido en la negociación, estando limitado por un máximo inicial negociado y calculando su importe por la suma del coste admisible incurrido y el beneficio ajustado.

C) *Precios en base a costes.*—Esta variante estará indicada cuando la dirección del proyecto corresponda a la Administración y la responsabilidad técnica y de ejecución al contratista, y se cumplan las siguientes condiciones:

- Que el sistema de información y cálculo de costes del contratista sea el adecuado para determinar los costes asignables al contrato.
- Que exista un control de costes de la ejecución para verificar su eficiencia y economía.
- Que se justifique su utilidad en comparación con otras alternativas.

Se considerarán las siguientes modalidades:

- *Con beneficio fijo.*—Se utiliza este sistema en contratos que implican un gran riesgo para la empresa, y es útil en los siguientes supuestos:

- Para la realización de trabajos de investigación y estudios en los que el volumen de trabajos requeridos es desconocido.
 - Para la realización de trabajos de desarrollo y pruebas en los que no sea posible incentivar el beneficio del contratista.
- *Con beneficio incentivado.*—En esta modalidad se posibilita el establecimiento de un beneficio inicial negociado, que será ajustado consecutivamente a través de una fórmula que recoja la relación entre los costes asignables incurridos y el objetivo total de costes negociados. La consecución de estos objetivos requiere: Que sean razonables y asequibles, que estén definidos de forma estricta y rigurosa y que motiven al contratista a su ejecución. En cuanto a los tipos de incentivos destacan:
- *Incentivos por reducción de costes.*—Cuya finalidad es conseguir una mejora en la gestión de los costes a través de una fórmula que permite ajustar el beneficio. En este caso, el contrato deberá contener un objetivo de coste inicial negociado, un objetivo de beneficio inicial negociado y la fórmula de cálculo del ajuste, de tal forma que si los costes incurridos:
 - Son los mismos a los estimados como objetivo de coste, los beneficios o incentivos serán proporcionales a los establecidos como objetivos.
 - Son mayores a los estimados como objetivo de coste, el resultado de emplear la fórmula debe ser un beneficio o incentivo menor al acordado como objetivo.
 - Son inferiores a los estimados como objetivo de coste, el resultado de aplicar la fórmula debe ser un beneficio o incentivo mayor al acordado como objetivo.
 - Incentivos por reducción en los plazos de entrega.
 - Incentivos por mejoras técnicas en la prestación.

2.2.—Determinación del beneficio

Se soportará en dos factores el riesgo y la innovación que inciden en la ejecución de un contrato. Por lo que valorarán los elementos siguientes:

- Los que se refieren a la *naturaleza de los costes* asignados al contrato.
- Los elementos de riesgo que comporta cada *modalidad de contratación*, puesto que el beneficio debe articularse en función del tipo de contratos (precios en base a costes o precios máximos).

- La *inversión de capital productivo* que precisará la ejecución del contrato, y que se descompondrá en: el coste efectivo de las inversiones, las inversiones generales y específicas, la relación entre la vida útil del activo y la vida del contrato, el valor neto del inmovilizado, la antigüedad de las instalaciones.
- Otros aspectos a valorar son *la mejora de la productividad* derivada de nuevas inversiones, que posibilitará aumentos en la productividad, cuyos efectos provocan disminuciones de costes por unidad de producto y originan bases menores sobre las que aplicar beneficios. A los que se une los riesgos extraordinarios de *investigación y desarrollo independientes*.

Conclusión

Se hace necesario establecer un procedimiento de consultas que complete sin alterar el régimen jurídico de la contratación del Estado y que desarrolle los procedimientos de negociación de los órganos encargados del MINISDEF en el restringido mercado de Defensa. Así, por medio de criterios homogéneos de contratación, y respetando las competencias negociadoras de los órganos de gestión, se obtendrá un progreso en la satisfacción de las necesidades gracias a la fijación de criterios de negociación y mejora en la obtención de precios. Circunstancia que dará lugar a un instrumento objetivo y evaluable, tanto para los órganos directivos, industria de Defensa y para los encargados del control interno y externo, a la hora de medir y analizar la legalidad, eficiencia y economía del gasto de Defensa, tanto en los mercados nacionales como internacionales.

