

## LOS CONTRATOS MILITARES: HISTORIA Y FUTURO

José Luis FERNANDEZ FERNANDEZ  
*Teniente Coronel Auditor*

### SUMARIO

I. ANTECEDENTES HISTORICOS DE CARACTER GENERAL.- II. ANTECEDENTES HISTORICO-MILITARES: a) Los contratos de obras militares. b) Los contratos sobre provisiones. c) Los contratos sobre servicios públicos.- III. LOS REGLAMENTOS DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA EN EL RAMO DE GUERRA: a) El Reglamento de contratación de los servicios del ramo de Guerra de 18 de Junio de 1881. b) El Reglamento para la contratación administrativa en el ramo de Guerra de 6 de Agosto de 1909. c) El Reglamento provisional para la contratación administrativa en el ramo del Ejército, aprobado por Real Orden Circular de 10 de Enero de 1931.- IV. LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO, TEXTO ARTICULADO DE 8 DE ABRIL DE 1965, MODIFICADA POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO Nº 931/1986, DE 2 DE MAYO, Y NORMAS ESPECIALES DEL MINISTERIO DE DEFENSA.- V. EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN LA ADMINISTRACION MILITAR: a) El contrato de fabricación: 1- La contratación de prototipos. 2- Contratos con empresas del I.N.I. b) Contratos de adquisición de material militar en el extranjero.- VI. CONCLUSIONES.

#### I. ANTECEDENTES HISTORICOS DE CARACTER GENERAL

El estudio de los contratos administrativos militares ha de partir, necesariamente, del momento histórico en que por los tratadistas se sitúa el origen del contrato administrativo en general. Estima, en este sentido, la doctrina que, en sus orígenes, el contrato administrativo no es más que un contrato privado cuyo conocimiento se atribuye a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, esta atribución a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no implicaba, según PARADA VAZQUEZ, una alteración de la naturaleza del contrato ni de sus normas reguladoras de Derecho privado(1). Para encontrar una cierta posición de superioridad de la Administra-

(1) Jose RAMON PARADA VAZQUEZ. "Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español". Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1963, pág. 157.

ción sobre el contratista hemos de esperar, en nuestro Derecho, al Real Decreto de 27 de Febrero de 1852, o Decreto de Bravo Murillo, disposición de la que arranca del contrato administrativo como figura con características propias.

Para PARADA VAZQUEZ el Decreto de 27 de Febrero de 1852 supone la recepción en nuestro Derecho de la doctrina francesa del Ministro-Juez, cuyo formulador es CORMENIN(2). Estimaba CORMENIN —citado por PARADA VAZQUEZ—(3) que los contratos de la Administración eran contratos civiles atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debido a la especial posición que a la Administración se atribuye durante la ejecución del contrato, teniendo facultades de obligar provisionalmente al contratista al cumplimiento de sus obligaciones para evitar trastornos en el funcionamiento de los servicios públicos. Pero, no obstante, CORMENIN exige para que estos poderes puedan ser ejercitados por la Administración, que el contratista lo haya admitido expresamente en el contrato. Esta es la doctrina del Ministro-Juez, en su versión estricta, que posteriormente sería ampliada por el Consejo de Estado francés, haciendo desaparecer las anteriores limitaciones (posibilidad de acción unilateral sólo en materia de cumplimiento y previo pacto expreso en el contrato).(4).

Nuestro Decreto de 27 de Febrero de 1852 recogió la doctrina de CORMENIN, en su Artº. 9, en los siguientes términos:

*“En los pliegos de condiciones mencionados en los Artºs. 2º y 7º deberán preverse los casos de falta de cumplimiento por parte de los contratistas, determinando la acción que haya de ejercer la Administración sobre las garantías y demás medios por los que hubiese de compeler a aquéllos a que cumplan sus obligaciones y a que resarzan los perjuicios irrogados por dicha causa.*

*Cuando ocurriesen tales casos, las disposiciones gubernativas de la Administración serán ejecutivas, quedando a salvo el derecho de los contratistas para dirigir sus reclamaciones y demandas por la vía contencioso-administrativa”.*

Al igual que en Francia, en España la Jurisdicción Contencioso-Administrativa extendió la doctrina del Ministro-Juez y las limitaciones anteriormente apuntadas fueron en la práctica abolidas. No obstante, el legislador aún no se atrevió a dar este paso, y en el año 1911, la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública repite, casi literalmente, en su Artº 60, el Artº 9 del Decreto de 27 de Febrero de 1852.

Si bien posteriormente analizaremos con mayor detenimiento las disposiciones específicas de la Administración Militar, por lo que se refiere al tema

(2) Op. cit., pág. 171

(3) Op. cit., págs. 168-9

(4) Op. cit., pág. 170

que nos ocupa hemos de significar que el Reglamento de contratación de los servicios del ramo de Guerra de 1881 recogía en su Artº. 27, apartado 1º, en los mismos términos que el Decreto de 1852, la doctrina estricta del Ministro-Juez. Sin embargo, ya el Reglamento de Contratación Administrativa en el ramo de Guerra de 1909 amplía las facultades de la Administración (aun cuando siga la doctrina de CORMENIN en cuanto a la exigencia de pacto expreso en el contrato) a la posibilidad de rescindir unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento de alguna condición esencial del mismo:

“Artº. 9. Entre las condiciones legales, sin perjuicio de las peculiaridades para determinados casos, se harán constar en el pliego de condiciones:

21ª- Que en el caso de negarse el contratista al cumplimiento de alguna de las condiciones esenciales del contrato, éste se declarará rescindido y terminado, produciendo esta terminación los efectos siguientes:

1º- Pérdida del depósito provisional o definitivo, quedando a beneficio del Tesoro.

2º- Nueva adquisición, por subasta, convocatoria o gestión directa, a juicio de la superioridad, de todos los materiales o efectos contratados y no suministrados, siendo de cuenta del contratista el abono de la diferencia si costasen a mayor precio los artículos, en relación con el contrato.

3º- Si el importe del depósito provisional o definitivo no alcanzase a satisfacer la diferencia del precio antes dicho y de cuantas responsabilidades se originen del incumplimiento, se procederá en la forma que determina la condición 28ª”.

Prevé, por tanto, el Reglamento, la posibilidad de rescisión unilateral por la Administración, lo que estaba expresamente excluido por la doctrina estricta de CORMENIN.

## II. ANTECEDENTES HISTORICO-MILITARES(5)

Ya con anterioridad al Real Decreto de 27 de Febrero de 1852 existían ciertas disposiciones que regulaban la contratación de los Ejércitos. De un somero análisis de las mismas se puede deducir que existían tres grandes grupos de contratos, diferenciados por su objeto: los contratos de obras militares, los contratos sobre provisiones y los contratos sobre servicios públicos.

(5) Sobre todo el capítulo vid. Organización Militar en España en 1871. Depósito de Guerra.

### *a) Los contratos de obras militares*

Tradicionalmente, las obras militares estuvieron encomendadas al Cuerpo de Ingenieros, en virtud de su Reglamento, aprobado por Real Decreto de 5 de Junio de 1839. Sólo a propuesta de dicho Cuerpo se podían ejecutar obras, siendo en otro caso responsable del coste de la obra la autoridad que la mandase ejecutar. Correspondía al Cuerpo de Ingenieros la facultad de calificar, proponer, proyectar, calcular y dirigir todas las obras de fortificación y cuantas pudieran afectar a los edificios militares. Estas obras se ejecutaban por contrata o por administración.

La tendencia del Reglamento es procurar el sistema de administración en las obras importantes, relegando el sistema de contrata a las de menor entidad. Cuando se escogía este último sistema, la adjudicación se hacía por el de subasta pública, con sujeción al Real Decreto de 27 de Febrero de 1852, Real Instrucción para su aplicación al Ministerio de la Guerra de 3 de Junio del mismo año, y a las reglas dictadas por Real Orden de 23 de Abril de 1868. Recaía en el Cuerpo de Ingenieros la facultad de dirigir la obra, resultando interesante constatar el hecho de que el Director de la obra podía, incluso, despedir a los operarios, pidiendo inmediatamente el relevo al contratista; tanto éste como sus operarios estaban a las órdenes del Oficial de Ingenieros que dirigía la obra, quien podía reprimir las faltas de los operarios, como si de sus propios subordinados se tratase.

Para las obras "por administración" dispone la Real Instrucción de 3 de Junio de 1852 que el Maestro Mayor de fortificación deberá buscar los operarios y hacer el acopio de materiales en vista de los fondos de que disponga, pudiéndose utilizar también en este tipo de obras individuos de los regimientos de Ingenieros y presidiarios.

### *b) Los contratos sobre provisiones*

El servicio ordinario de provisiones para tiempo de paz comprendía, fundamentalmente, el suministro de pan y pienso a las tropas y caballos del Ejército y Guardia Civil existentes en la Península, Islas adyacentes y Canarias y se ejecutaba de diversas formas:

1) *Por gestión directa.* - Consistía este sistema en ejecutar la panificación y distribución de las especies de suministro por los agentes de la Administración Militar. Para ello existían Factorías en las Capitales de Distrito y en las plazas importantes de guarnición. Factorías en las que se establecían los correspondientes almacenes, hornos y cuanto fuese necesario para la elaboración del pan. Para la adquisición de los artículos de las Factorías, existían Juntas que fijaban unos precios máximos, y si dichos artículos no se podían adquirir a estos precios, los encargados de las Factorías debían acudir a la autoridad militar para que de acuerdo con los Ayuntamientos se averiguase dónde podrían verificarse las compras.

2) *Por convenios o contratos* a precios fijos en las localidades en que había con residencia fija fuerza superior a una Compañía de Infantería. Para estos contratos aprobó la Dirección General de Administración Militar el 10 de septiembre de 1869 un Pliego de Condiciones por el que se rigió la contratación de trigo, harina, cebada y paja para 1870. Dicho Pliego establecía la obligación del asentista de colocar factorías en los puntos en que haya establecimientos militares y de nombrar un representante suyo en cada factoría. Existían Juntas revisoras que examinaban los artículos antes de su distribución y que incluso podían solicitar un reconocimiento químico del pan, lo que se llevaba a efecto por dos Profesores Químicos y dos Médicos; si de dicho examen resultaba defecto en el pan, se podía corregir al asentista con multas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que hubiera podido incurrir.

3) *Por sistema mixto*, que consistía en convenir con un particular el suministro del pan mediante la entrega de un determinado número de raciones por cada quintal de trigo que le entregara la Administración.

4) *Por suministro del pan en metálico*, en los puntos en que la fuerza con residencia fija no excedía de una Compañía. Consistía este sistema en el abono a la tropa del pan en metálico al precio de coste para la Administración en el Distrito.

5) *Por suministro de pan y pienso en especie* hecho por los Ayuntamientos de los pueblos a las tropas transeúntes en cumplimiento de las Reales Ordenes de 16 de Septiembre de 1848 y 22 de Marzo de 1850. Es ésta una figura jurídica muy interesante en la que RIVERO(6) ha visto los orígenes del contrato administrativo de suministro y que merece, por ello, mención especial.

Indica RIVERO(7) que ante la insuficiencia de la Administración Militar para ejecutar por sí el servicio de suministro militar, el mismo se va a hacer recaer sobre los Municipios. Dejando al margen otras disposiciones anteriores que regularon la materia, destacaremos por su importancia la Real Orden de 9 de Agosto de 1877, que en su Artº 1 imponía la aludida carga a los Municipios en los siguientes términos:

“En los pueblos donde la Administración Militar no tenga establecida factoría, ni contratado el servicio, el suministro de subsistencias y el de utensilios estarán a cargo de los respectivos Ayuntamientos; en la inteligencia de que nunca ni por ningún concepto o motivo, podrán los pueblos excusarse de prestar tan importante servicio”.

Prescribía la misma Orden que los Jefes de los Cuerpos, al percibir las especies del suministro, facilitarían a los Ayuntamientos un recibo por las

(6) Jose Luis RIVERO YSERN. “El contrato administrativo de suministro”. Instituto García Oviedo, 1976, pág. 2.

(7) Op. cit., pág. 3.

raciones de pan, pienso y utensilios, que éstos habrían de presentar en la Comisaría de Guerra de la Capital de su provincia para su examen y liquidación. Asimismo, como indica RIVERO(8), "se establece efectivamente un sistema de compensación de deudas entre la Administración central y la local; los créditos de la Administración estatal frente al erario municipal por contribuciones se compensaban con las cantidades adeudadas por el Ministerio de la Guerra a los Ayuntamientos en concepto de suministros".

A través de este procedimiento la Administración Militar trataba de asegurarse los suministros que necesitaba imponiendo a los Ayuntamientos la obligación de contratar con los particulares, quienes, de una manera indirecta, venían obligados a prestarlos al Ejército.

La naturaleza jurídica de esta figura ha sido estudiada por RIVERO, distinguiéndola de la requisita, de una parte, y del contrato puro y simple, de otra, y llegando a la conclusión de que "son una serie de ventas forzosas a la Administración que versan sobre bienes fungibles y que los vecinos han de realizar en virtud de un genérico deber de cooperación a una carga municipal".

En el mismo sentido, VILLAR PALASI(9) opina que "el suministro a las tropas tenía además un cierto carácter de contrato forzoso, no sólo de hecho (puesto que difícil era a los pueblos y a los vecinos en particular oponerse a él), sino incluso desde el punto de vista legal: así, por ejemplo, las RROO de 1854 y 1855 (4-IX y 4-XI) mandan establecer la obligación de los Ayuntamientos de suministrar en especie, a través de las factorías respectivas, a las tropas destinadas y transeúntes".

Para nosotros no ofrece ninguna duda la falta de auténtico carácter contractual de esta figura, por cuanto que ni los particulares podían sustraerse a esta carga, ni el precio era fijado de mútuo acuerdo por las partes contratantes, sino por una Comisión permanente en unión del Comisario de Guerra (Artº. 3º de la R.O. de 9 de Agosto de 1877).

Mucho más difícil resulta, en cambio, su distinción de la requisita, habida cuenta, de otra parte, de que la legislación de la época a veces regulaba en sede de las requisitas esta serie de "contratos forzosos". Así, por ejemplo, el Real Decreto de 1 de Diciembre de 1917, por el que se regulan los servicios de Requisición y Estadística para las necesidades del Ejército regula como tal "requisición" los suministros a cargo de los Ayuntamientos, determinando que las órdenes de requisición se dirigirían a los Ayuntamientos, pudiendo los mismos entregar directamente las especies requeridas y cargar su importe al presupuesto municipal.

No es éste el momento de analizar la auténtica naturaleza jurídica de los suministros a cargo de los Ayuntamientos, cuestión de poco interés práctico, por otra parte. Baste decir que, en nuestra opinión, el nudo gordiano de

(8) Op. cit., pág. 5.

(9) Jose Luis VILLAR PALASI. "Lecciones sobre contratación Administrativa. Fac. Derecho Univ. Madrid, 1969, pág. 14.

todas estas figuras es la idea de que los Ejércitos cumplieran una misión que se consideraba de vital importancia para la comunidad y ello exigía, a veces, el sacrificio de determinados intereses particulares. Existía un deber de cooperación de todos los ciudadanos y, en ocasiones, la Administración Militar utilizaba a los Ayuntamientos para mejor repartir las cargas entre los mismos. De esta manera, como dice RIVERO, "el Municipio se convierte en un ente instrumental que facilita, de un lado, la labor del Ministerio de la Guerra, que puede descentralizar la prestación del servicio, y de otro, la del Ministerio de Hacienda al permitir articular un sistema sencillo de abono de estos suministros"(10).

### *c) Los contratos sobre servicios públicos*

Estos contratos, que tenían por objeto la adquisición de ropas y efectos, estaban a cargo de la Dirección General de Administración Militar y se celebraban por subasta pública con sujeción al Real Decreto de 27 de Febrero de 1852 y la Real Instrucción de 3 de Junio del mismo año. Las subastas eran dobles y simultáneas en Madrid y en las Capitales de distrito en un mismo día y a la misma hora. El remate se declaraba a favor de la proposición más ventajosa, pero si fuesen iguales la proposición más ventajosa obtenida en Madrid y en la Capital de distrito, se celebraba una nueva licitación en la Dirección General de Administración Militar entre ambos proponentes, recayendo la adjudicación a favor del licitador que mejorara la licitación (doble subasta).

## III. LOS REGLAMENTOS DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA DEL RAMO DE GUERRA

La norma básica de la que arranca la regulación de la contratación administrativa general es el Real Decreto de 27 de Febrero de 1852, que sienta el principio básico de que los contratos se verifiquen generalmente por subastas públicas y éstas por pliegos cerrados. Este Decreto nació con la vocación de regular la contratación de toda la Administración del Estado, como se infiere con toda claridad de su Artº. 10:

"Los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas se celebrarán por remate solemne y público, previa la correspondiente subasta".

Pero a pesar de esta voluntad unificadora, pronto aparecerá la tradicional tendencia de la Administración Militar a regular mediante normas espe-

(10) RIVERO YSERN, *op. cit.*, pág. 5.

cíficas su propia contratación administrativa, y así, por R.O. de 18 de Junio de 1881, se aprueba el Reglamento de contratación de los servicios del ramo de Guerra, que, no obstante respetar en líneas generales las normas del Decreto de 1852, introduce algunas especialidades en la contratación militar. Esta tendencia será ya, como veremos, permanente, hasta la promulgación de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de Diciembre de 1963 que por ser elaborada "en una época en que la Administración trataba de dar un carácter unificador a toda su legislación y procuraba sobre todo evitar la innecesaria duplicidad en la materia administrativa de la legislación civil y militar, como acababa de ocurrir en la recién publicada Ley de procedimientos, la primera declaración de la nueva Ley fué determinar que su aplicación era para toda la Administración del Estado incluyendo naturalmente dentro de su ámbito la civil y la militar"(11). Lejos, no obstante, de conseguirse esta unificación, posteriormente se han ido promulgando disposiciones específicas que hacen que se pueda hablar de una auténtica "contratación militar" con sus principios propios y que por sí misma justifica la realización del presente estudio.

a) *El Reglamento de contratación de los servicios del ramo de Guerra de 18 de Junio de 1881*

El Reglamento de contratación de 18 de Junio de 1881 es el primer cuerpo normativo importante en materia de contratación militar que aparece después del Real Decreto de 1852. Su finalidad es, según declara su Exposición de Motivos, recopilar, en cuanto al ramo de Guerra, todas las resoluciones y prácticas surgidas con posterioridad al Real Decreto de 1852.

El Reglamento distingue tres tipos de servicios: los servicios a cargo del Cuerpo Administrativo del Ejército (actual Intendencia), servicios a cargo del Cuerpo de Artillería, y a cargo del Cuerpo de Ingenieros. La regulación de la contratación se hace descansar, fundamentalmente, sobre los servicios a cargo del Cuerpo Administrativo.

El Director General de Administración Militar adquiere un papel relevante en la contratación administrativa, siendo él quien ha de proponer al Gobierno la relación de servicios que se hayan de contratar y los que se deban ejecutar por gestión directa.

El Reglamento, de acuerdo con el Real Decreto de 1852, parte del principio de que todos los contratos se han de adjudicar mediante subasta pública, pudiendo sólo adjudicarse directamente, previo decreto de autorización, los siguientes contratos:

- 1.- Los que no excedan de determinada cuantía.
- 2.- Los que por su reconocida urgencia demanden pronta ejecución.

(11) Juan MIRANDA GONZALEZ: "Consideraciones y comentarios a la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento en orden a su aplicación a la contratación de los Ejércitos", 1979, pág. 11.

- 3.- Los que se hubiesen subastado dos veces consecutivas sin resultado.
- 4.- Los que por seguridad del Estado exijan garantías especiales o gran reserva por parte de la Administración.
- 5.- Los que se verifiquen por vía de ensayo.
- 6.- Los que se refieran a objetos cuyo productor o poseedor disfrute privilegio.
- 7.- Los que versen sobre artículos u objetos en que se sepa existe un solo productor o poseedor bajo el concepto facultativo, científico, industrial o técnico.

El Reglamento clasifica los contratos en "generales" (los que se refieran a uno o varios distritos), parciales (comprenden varias localidades de un mismo distrito), y locales (que sólo afectan a una localidad). Regula el procedimiento de la subasta, previendo la posibilidad de las subastas "simultáneas" y admitiendo las "pujas a la llana" para el caso de ofertas iguales. Diferencia ya el Reglamento entre las condiciones "facultativas" y las "legales" (lo que no hacía el Real Decreto de 1852), fija la garantía en el 5% del importe del servicio y, siguiendo el Artº. 12 del Real Decreto de 1852, prohíbe el sometimiento a arbitraje de las contiendas que surjan sobre los contratos.

Por lo que se refiere a los servicios a cargo del Cuerpo de Artillería, las funciones del Director General de Administración Militar son asumidas por el Director General de Artillería, relevándosele de la autorización previa del Gobierno para los casos de subasta cuando aquéllas versen sobre servicios comprendidos en el "plan general de labores" del ejercicio. Es éste de "plan general de labores" un concepto que ya no abandonará la legislación militar bajo otra denominación: la de "gastos programados".

Por último, bajo el título de servicios a cargo del Cuerpo de Ingenieros, se refiere el Reglamento a los contratos de obras, otorgando al Director General de Ingenieros las funciones del Director General de Administración Militar.

*b) El Reglamento para la contratación administrativa en el ramo de la Guerra de 6 de Agosto de 1909*

Este Reglamento, que derogó expresamente el de 18 de Junio de 1881, clasifica los contratos desde dos puntos de vista:

A) Por su objeto: Generales y Locales. Son generales, primordialmente, los que tienen por objeto cubrir las atenciones de dos o más establecimientos de la misma índole, situados en distinta Región, Capitanía General o Gobierno Militar. Son locales los que afectan a uno o más establecimientos de igual clase de una sola Región, Capitanía General o Gobierno Militar.

B) Por el sistema de adjudicación: por subasta, convocatoria de proposiciones y gestión directa.

El sistema ordinario de adjudicación es el de subasta, admitiendo el Re-

glamento las subastas "únicas" y "simultáneas", según se verifiquen en una plaza o en varias al mismo tiempo, estas últimas con el mismo objeto e idénticos pliegos de condiciones.

La "convocatoria de proposiciones" es un sistema peculiar de la contratación militar de la época, ya regulado, aunque más deficientemente, por el Reglamento de 1881, y que presenta ciertos caracteres del concurso, del que vemos un claro antecedente: prevé el Reglamento que si se celebrara una subasta con resultado negativo, se celebrará una segunda, y celebrada la segunda con el mismo resultado, procederá la convocatoria de proposiciones libres o la gestión directa; la convocatoria de proposiciones libres consiste en una subasta con la particularidad de que las proposiciones pueden modificar alguna de las condiciones del Pliego, excepto la del precio límite. Celebrado el acto de la convocatoria, el Tribunal elevará a la superioridad todas las proposiciones exponiendo "las razones que haya tenido para considerar más beneficiosa la proposición en cuyo favor haya hecho la adjudicación provisional" (Artº 58).

Por lo que se refiere a la contratación directa, el Reglamento vuelve a repetir las causas de justificación de este sistema que ya establecían el Real Decreto de 1852 y el Reglamento de 1881.

Respecto a la ejecución y cumplimiento del contrato, como ya dijimos al tratar de la doctrina de CORMENIN en el apartado "Antecedentes de carácter general", el Artº. 9-21º amplía las facultades de la Administración a la posibilidad de rescindir unilateralmente el contrato en los siguientes términos:

"Que en caso de negarse el contratista al cumplimiento de alguna de las condiciones esenciales del contrato, éste se declarará rescindido y terminado, produciendo esta terminación los efectos siguientes:

1º- Pérdida del depósito provisional o definitivo, quedando a beneficio del Tesoro.

2º- Nueva adquisición, por subasta, convocatoria o gestión directa, a juicio de la superioridad, de todos los materiales o efectos contratados y no suministrados, siendo de cuenta del contratista el abono de la diferencia si costasen a mayor precio los artículos, en relación al contrato.

3º- Si el importe del depósito provisional o definitivo no alcanzase a satisfacer la diferencia del precio antes dicho y de cuantas responsabilidades se originen del incumplimiento, se procederá en la forma que determina la condición 28".

Regula, por último, el Reglamento, determinados contratos especiales entre los que destaca, por su proyección actual, la venta de material inútil.

c) *El Reglamento provisional para la contratación administrativa en el Ramo del Ejército, aprobado por Real Orden Circular de 10 de Enero de 1931*

Este Reglamento constituye un importante texto legal claramente influido por la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, si bien la regulación de la contratación que el mismo contiene es mucho más prolija y perfecta que la de la citada Ley de Administración y Contabilidad.

En él observamos ya con mayor claridad la posición de supremacía de la Administración frente al contratista. En su Art.º 7, reproduciendo el Art.º 60 de la Ley de Administración y Contabilidad, recoge la doctrina estricta del Ministro-Juez, cuando declara:

“En las condiciones de todos los contratos deberán preverse los casos de falta de cumplimiento por parte de los contratistas, determinando la acción que haya de ejercitar la Administración sobre la garantía y los medios por los que se hubiesen de compeler a aquéllos a que cumplan sus obligaciones y a que resarzan los perjuicios irrogados por dicha causa.

Cuando ocurran tales casos, las disposiciones de la Administración serán ejecutivas.

Se entenderá implícita siempre en todo contrato la condición de que las cuestiones a las cuales dé origen que no se puedan resolver por las disposiciones especiales sobre contratación administrativa, se resolverán por las reglas del derecho común”.

Se contienen en este precepto las dos condiciones exigidas por la doctrina de CORMENIN: que la acción unilateral de la Administración se limite a los casos de incumplimiento, y que exista pacto expreso en el contrato admitiendo esta condición.

Pero a pesar de esta declaración, el mismo Reglamento, en su Art.º 24, al enumerar las condiciones legales que se han de hacer constar en el Pliego, amplía la posibilidad de acción unilateral de la Administración a todos los supuestos. Así se deduce con toda claridad de las de las condiciones 33 y 34:

33.- “Que las disposiciones gubernativas que en estos contratos se adopten por la Administración, tendrán carácter ejecutivo, quedando a salvo el derecho del contratista para dirigir sus reclamaciones por la vía contencioso-administrativa.

Las cuestiones a que estos contratos den origen, que no se puedan resolver por las disposiciones especiales sobre contratación administrativa, se resolverán por las reglas del derecho común”.

34.- “Que estos contratos no puedan someterse a juicio arbitral, y

cuantas dudas se susciten sobre su inteligencia, rescisión y efectos, se resolverán en la forma que determina la condición anterior”.

Es éste un paso decisivo en la configuración del contrato administrativo, paso que no se atrevió a dar la Ley de Administración y Contabilidad, y en el que vemos un claro antecedente de los Art<sup>os</sup>. 18 y 19 de la vigente Ley de Contratos del Estado.

Como sistemas de adjudicación regula el Reglamento la subasta, el concurso y la gestión directa, desapareciendo ya el sistema de “convocatoria de proposiciones”.

*Inspirado en la Ley de Administración y Contabilidad, el Reglamento introduce en la contratación militar el sistema de concurso para los siguientes contratos:*

1.- Los que versen sobre compras de efectos que hayan de adquirirse en el extranjero.

2.- Los de adquisición de efectos respecto a los que no sea posible la fijación previa del precio.

3.- Los que por su naturaleza especial exijan garantías o condiciones especiales por parte de los contratistas.

4.- Los en que la Administración se reserve la facultad de elegir entre los proyectos, modelos o diseños que presenten los licitadores.

5.- Los contratos sobre arrendamientos de locales con destino a oficinas del Estado.

En cuanto a las causas de justificación de la contratación directa, los Art<sup>os</sup>. 65 y 66 vienen a repetir las ya tradicionales en la contratación administrativa.

Como contratos especiales regula el Reglamento, entre otros, la ejecución de obras, la adquisición de artículos de suministro por la Junta de plaza y guarnición, y la venta de material inútil. Las obras se adjudicaban mediante subasta o concurso, y en caso de que estos fueran declarados desiertos, “por administración”. En este último caso, determina el Reglamento, se seguirá el sistema de “destajos de mano de obra terminada”.

Las Juntas de plaza y guarnición son las encargadas de adquirir harina para la fabricación del pan, los artículos de pienso y el combustible. Estas adquisiciones se hacen directamente mediante la simple formalización de un acta de entrega.

Por lo que se refiere a la venta de material inútil, el Reglamento prescribe que al final de año los Establecimientos confeccionarán una relación del material inservible y, si tuviere valor en venta, previa autorización del Ministerio, se procederá a su enajenación en pública subasta.

IV. LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO, TEXTO ARTICULADO DE 8 DE ABRIL DE 1965, MODIFICADA POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO N° 931/1986, DE 2 DE MAYO Y NORMAS ESPECIALES PARA EL MINISTERIO DE DEFENSA

De nuevo surge la idea unificadora de la regulación de la actividad contractual del Estado, y la Ley de Contratos del Estado, Texto aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de Abril, comienza su articulado declarando solemnemente que todos los contratos que celebre la Administración del Estado se ajustarán a las prescripciones contenidas en dicha Ley. No pasará mucho tiempo, sin embargo, sin que comiencen a aparecer normas específicas para la contratación militar; comenzó siéndolo la Ley de 23 de Julio de 1966 que, al reestructurar la Empresa Nacional "Bazán", autorizó la celebración de un contrato marco entre el Ministerio de Marina y el Instituto Nacional de Industria, para regular las relaciones de dicho Ministerio con la "Bazán", lo que, efectivamente, se hizo por Decreto de 10 de Septiembre de 1966. Continuó con la promulgación del Real Decreto 1.120/77, de 3 de Mayo, regulador de la contratación de material militar en el extranjero. Por Real Decreto de 3 de Agosto de 1981 se aprobó el Contrato marco entre el Ministerio de Defensa y el Instituto Nacional de Industria, para regular las relaciones con la Empresa Nacional "Santa Bárbara". El 18 de Diciembre de 1981 se aprueba, por Real Decreto, el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de suministros en el Ministerio de Defensa; y, en fin, previamente, por Orden Ministerial de 24 de Octubre de 1979, se habían aprobado las normas complementarias para la aplicación al Ministerio de Defensa de las normas del Reglamento General de Contratación. Todo ello sin contar los modelos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de suministros y modelos tipo de contrato, aprobados, respectivamente, por Ordenes Ministeriales de 10 y 30 de Septiembre de 1985.

La misma Ley de Contratos del Estado, tras la reforma operada por el Real Decreto Legislativo 931/86, de 2 de Mayo, para adaptarla a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, ha introducido algunas especialidades para la contratación militar, señaladamente las que son consecuencia del Artº. 223 del Tratado de Roma, en lo que respecta a la publicación de anuncios en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. No es nuestro propósito analizar aquí estas cuestiones, que, por otra parte, han sido ya tratadas por otros autores (12), ni estudiar las disposiciones específicas de la contratación militar, sino simplemente dejar constancia de su existencia y de su importancia cuantitativa y cualitativa, y demandar, con otros (13), que determinadas especialidades de la contratación militar sean incorporadas a la futura nueva Ley de Contratos del Estado.

(12) Juan MIRANDA GONZALEZ: "La contratación de las Fuerzas Armadas y las Directivas de contratos públicos de la Comunidad Económica Europea". CISS, EDITORIAL, S.A. nº 21 pág. 89.

(13) Mismo autor y artículo, pág. 94.

## V. EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN LA ADMINISTRACION MILITAR

Sin duda alguna, el contrato de la Administración Militar que más especialidades presenta con respecto a los que realiza la Administración Civil, es el contrato de suministro.

El Artº. 237 del Reglamento General de Contratación, antes de la reforma operada por el R.D. 2.528/1986, de 29 de Noviembre, determinaba que se consideraría contrato de suministro (como contrato administrativo "típico") la compra de bienes muebles por la Administración en la que concuerrera alguna de las siguientes circunstancias:

- 1- Que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes, de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el negocio por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración.
- 2- Que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso.
- 3- Que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas por la Administración".

Añadía el mismo artículo, en su párrafo segundo, que "las restantes adquisiciones de bienes muebles se regirán por la Ley de Patrimonio del Estado"; estas eran las llamadas "adquisiciones patrimoniales de bienes muebles", que, según reiterada doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se rigen, en cuanto a sus efectos, por las normas del Derecho Privado.

Insuficiente, a todas luces, se presentaba este precepto para las adquisiciones que realizaba la Administración Militar. Piénsese, por ejemplo, que la adquisición de una aeronave, que no reuniese los requisitos del citado Artº. 237 del Reglamento General de Contratación, debería quedar teóricamente sometida a la Ley de Patrimonio del Estado, a pesar de la parquedad de sus normas sobre la materia. Tuvo que salir al paso de este problema la O.M. de 24 de Octubre de 1979, que aprobó las normas complementarias para la aplicación al Ministerio de Defensa de los preceptos del Reglamento General de Contratación, estableciendo en su Artº. 24:

- 1- Los buques, aeronaves, y todos los medios de combate o los propios de los Servicios de las Fuerzas Armadas que se puedan transportar sin deterioro de la naturaleza del inmueble a que pudieran estar unidos, así como sus equipos y material, se entenderán como bienes muebles, y su fabricación o construcción, reparación, revisión y conservación o mantenimiento se regirán en el ámbito del Ministerio de Defensa por las normas del Contrato de Suministro".

Bien es verdad que esta norma se encontraba ya, en alguna medida, recogida en el Artº. 239 a) del Reglamento General de Contratación, pero su mayor detalle en la O.M. de 24 de Octubre de 1979, vino a clarificar las ideas.

La tendencia a ampliar los límites del contrato de suministro ha encontrado definitivamente, carta de naturaleza, en el Real Decreto nº 2.528/1986, de 28 de Noviembre, que modificó el Reglamento General de Contratación, viniendo ya a determinar que "se considerará contrato de suministro la compra de toda clase de bienes muebles por parte de la Administración, salvo la adquisición de propiedades incorporables y los títulos representativos de capital".

#### *a) El contrato de fabricación*

Dentro del contrato de suministro y como una subespecie del mismo (está previsto en el Artº. 83-3 de la Ley de Contratos del Estado), merece ser destacado el "contrato de fabricación", contrato que en el seno del Ministerio de Defensa presenta una regulación general y dos regulaciones específicas.

La regulación general es muy escasa y sólo de una manera indirecta se deduce el marco jurídico de este contrato de algunas referencias que a él hacen los modelos-tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de suministros, aprobados por O.M. núm. 48/1985 de 10 de Septiembre. De tales referencias se infiere:

- Que el empresario ha de realizar la fabricación con entera sujeción a las Cláusulas estipuladas en el contrato y al Pliego de prescripciones técnicas particulares, dando cumplimiento a las instrucciones escritas que en interpretación de éstas le diera el Jefe de la Inspección de Defensa.

- Que debe informar al Ministerio de Defensa, cuando lo solicite, acerca del proceso de fabricación.

- Que debe responder de la custodia y conservación de los materiales que el Ministerio de Defensa le facilite para la fabricación de los bienes objeto del suministro.

- Que debe pagar todos los gastos de comprobación de materiales y vigilancia del proceso de fabricación.

- Que debe dar cuenta por escrito, al órgano gestor de la contratación, con ocho días de antelación, de la fecha de comienzo de la fabricación a efectos de la vigilancia del proceso.

Pero junto a esta regulación "general" del contrato de fabricación, existen dos regulaciones "específicas" de dicho contrato en el ámbito de la Administración Militar, que pasamos a analizar:

### *1. La contratación de prototipos*

Especialmente interesante en la materia, y por lo que afectá exclusivamente al Ejército del Aire, es el Decreto de 18 de Enero de 1952, de contratación y construcción de prototipos; cuya vigencia ha sido expresamente reconocida por la Orden Ministerial de 24-X-79.

Según el Artº. 2 del citado Decreto, la contratación podrá referirse conjunta o separadamente al proyecto y a la construcción del prototipo y podrá hacerse mediante concurso o por encargo directo.

Este sistema de contratación presenta aspectos muy originales:

a) En las bases del concurso se deberán explicitar los premios y compensaciones económicas que se establezcan para los concurrentes cuyos prototipos, no siendo seleccionados, cumplan las condiciones mínimas estipuladas.

b) En el caso de contratación de la construcción del prototipo, el sistema de pago es el siguiente:

– el 25% a la firma del contrato.

– Hasta un 50% una vez aprobada la documentación técnica acreditando su necesidad para la realización del contrato.

– El resto, una vez que el prototipo haya realizado satisfactoriamente las pruebas de homologación.

c) Si después de aprobada la documentación técnica, el prototipo no llega a construirse, o si construido no satisface las pruebas de homologación, el Ejército del Aire determinará, previa liquidación, la cantidad de los anticipos que debe reintegrar el adjudicatario.

Este sistema de contratación, aun cuando tenga una regulación un tanto rudimentaria, es un sistema peculiar del Ejército del Aire y especialmente apto para fomentar el desarrollo de la industria aeronáutica nacional. A pesar de haber sido poco utilizado, creemos que el sistema debería potenciarse, perfeccionarse y extenderse a los demás Ejércitos. Obsérvese que es el único sistema en nuestro Derecho Positivo que permite el pago de anticipos, posibilidad ésta que, recientemente, ha sido reclamada por la doctrina(14).

### *2. Contratos con empresas del I.N.I.*

El Ministerio de Defensa tiene suscritos unos Contratos-marco con las empresas "Bazán" y "Santa Bárbara" (aprobados por Decreto de 10 de Septiembre de 1966 y Real Decreto del 3 de Agosto de 1981, respectivamente), dentro de los cuales se engloba una gran variedad de relaciones contractuales entre las que destaca el contrato de suministro y, dentro de él, el de Fabricación.

(14) Gaspar ARIÑO ORTIZ: "La reforma de la Ley de Contratos del Estado". Unión Editorial, S.A. Madrid, 1985, pág. 155.

El objeto principal de los Contratos es la realización de los Programas Navales Militares, en el caso de la Armada y los de Armamento y Material Militar, en el caso del Ejército de Tierra. Resulta curioso constatar que, en ambos Contratos, el Ministerio de Defensa cede a la Empresa la explotación temporal de Fábricas, Establecimientos y Factorías Navales, viniendo ésta obligada a su mantenimiento y a su devolución al finalizar el contrato.

No es este el momento de analizar detalladamente el contenido de los referidos Contratos, pero sí nos interesa resaltar algunos aspectos:

a) El principio del contratista-colaborador se pone especialmente de manifiesto en la cláusula 31 del Contrato suscrito entre el Ministerio de Defensa y la Empresa Nacional "Santa Bárbara", que, literalmente, establece: "Conocidos los planes de Defensa a corto, medio y largo plazo, la Empresa tendrá la obligación de capacitarse adecuadamente para ejecutarlos de modo satisfactorio. Para ello recibirá la ayuda técnica que Defensa pueda prestarle".

b) El Contrato se materializa a través de "órdenes de ejecución" particulares, que pueden adoptar tres sistemas de pago:

- Sistema de "tanto alzado".
- Sistema de "unidades de obra".
- Sistema de "coste y costas".

c) Se establece un sistema de inspección de las fabricaciones a cargo de representantes del Ministerio de Defensa, quien ha de aprobar los planos generales y de detalle que se desarrollen para la ejecución de las fabricaciones.

d) La empresa tendrá una plantilla de puestos a cubrir por personal militar en activo, que habrá de ser aprobada por el Ministerio de Defensa.

e) El contrato con la "Bazán" prevé que, en los casos de disparidad entre la Empresa y el Ministerio de Defensa, se nombre una Comisión Mixta para que formule la oportuna propuesta al Director General de Armamento y Material.

#### *b) Contratos de adquisición de material militar en el extranjero*

Sin duda alguna, uno de los capítulos más importantes en la contratación administrativa que llevan a efecto los Ejércitos, es el de la adquisición de material militar en el extranjero. El Reglamento General de Contratación trató insuficientemente el tema, pues únicamente le dedicó, a pesar de su importancia, el Artº. 239 d), que literalmente dispone:

"Los contratos de suministro que se celebren por contratación directa con empresas extranjeras, y su objeto se fabrique o proceda de fuera del territorio nacional, se atemperará a la presente legislación sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes, de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional".

Evidentemente, esta regulación era tan insuficiente que en la práctica no venía a regular nada, y lo que de hecho se hacía era, simplemente, adherirse a las normas reglamentarias de los Gobiernos extranjeros o a las Condiciones Generales de Venta de las empresas extranjeras. Esta situación de hecho, por otro lado inevitable, movió al legislador a dictar una disposición específica y así aparece el Real Decreto nº 1.120/77, de 3 de Mayo, regulador de la contratación de material militar en el extranjero, que distingue dos tipos de contratos:

A) Los contratos de adquisición, suministros, conservación y reparación de material e instalaciones, 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. El Decreto establece para estos contratos las siguientes normas:

- La adjudicación del contrato se hará por el sistema de contratación directa.

- Los expedientes tendrán la calificación de urgentes, sin necesidad de previa declaración ministerial.

- Podrán formalizarse contratos para la adquisición de repuestos sin concretar la clase y número de artículos ni su precio unitario, siempre que se determine el importe máximo y se definan las características generales de su objeto (Son los llamados, en la práctica, "contratos abiertos").

- El contenido del contrato habrá de ser comunicado a los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Economía y Hacienda.

- Las normas y condiciones de venta reglamentariamente establecidas por el Gobierno extranjero habrán de ser informadas, previa traducción autorizada, por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa y por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

- La fiscalización del gasto será ejercida por el Interventor General del Ministerio de Defensa.

Como vemos, el legislador se ha limitado a regular determinadas actuaciones preparatorias del contrato, pero, realísimamente, ha venido a reconocer que la norma fundamental del contrato son las condiciones de venta reglamentariamente establecidas por el Gobierno extranjero contratante. Téngase en cuenta, a mayor abundamiento, que el Gobierno con el que normalmente contrata la Administración Militar española es el de los EE.UU., que tiene reglamentadas sus Ventas Militares al extranjero por la Ley de este nombre, adquiriendo dichos contratos la denominación de "CASOS FMS".

B) *Contratos con empresa privada extranjera.* - A su vez, distingue el Decreto:

1) Que se celebren en territorio nacional. - El Artº. 11 del Real Decreto determina que tales contratos se regirán por sus disposiciones y por la legislación vigente, sin perjuicio de lo que las partes convengan de acuerdo con

las normas y usos vigentes en el Comercio Internacional. Ha sembrado el legislador, con esta remisión a la "legislación vigente" un confusionismo que hace muy difícil precisar qué normas y usos del Comercio Internacional pueden pactar las partes que sean compatibles con la legislación española de Contratos del Estado. El problema es insoluble, por cuanto que unas normas regulan un tráfico privado basado en el principio de igualdad de las partes y otras parten del principio de supremacía de la Administración.

Concretamente se ha planteado la duda de si en estos contratos se pueden incluir cláusulas de arbitraje, tan usuales en el Comercio Internacional, por ir ello contra el Artº 39 de la Ley General Presupuestaria. A instancia del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, emitió dictamen sobre el particular la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (dictamen 104/81, de 28 de Enero de 1982) y concluyó que en el supuesto específico que contempla el Artº 239 d) del R.G.C., no cabe incluir cláusulas de arbitraje salvo por Decreto del Consejo de Ministros, previo informe del Consejo de Estado en pleno.

Abre, no obstante, dicho dictamen muchas interrogantes, que deberían estudiarse con mayor profundidad, sobre cuál sea y deba ser el "punto de conexión" que determine la aplicación de unas u otras normas, ya que la legislación española, sin mucho concierto, intercala varios criterios: lugar de celebración, lugar de ejecución, lugar de procedencia del objeto del contrato.

## 2) *Contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero*

Se regirán por la legislación vigente, constituida por el Decreto nº 3.637/65, de 25 de Noviembre, si bien, si su objeto es de exclusivo interés militar, se entienden conferidas al Ministro de Defensa las facultades que dicho Decreto atribuye al de Asuntos Exteriores.

Hasta aquí el esquema inicial, un tanto defectuoso, de la contratación de material militar en el extranjero, pero dicho esquema se vuelve a tergiversar con la promulgación de la Orden Ministerial de 16 de Junio de 1978, de desarrollo del Real Decreto nº 1.120/77, que en su Norma 9ª dispone (refiriéndose a los contratos con Empresa extranjera) que "cuando concurren especiales razones que impidan la aplicación de la legislación general, tales contratos se regirán por lo que las partes convengán de acuerdo con las normas y usos vigentes del comercio internacional y por el Real Decreto 1.120/77 y presente Orden, previa resolución fundada del Organó de contratación". Surge de nuevo, aquí la duda de si "previa resolución fundada del Organó de Contratación", es lícita la inclusión de cláusulas de arbitraje.

Se deduce fácilmente de lo hasta aquí expuesto que la legislación es muy confusa en esta materia, y lo es porque se debate entre dos tendencias: el principio de supremacía de la Administración, de una parte, y la realidad del tráfico internacional, de otra. Hay que ir decididamente a considerar

estos contratos como contratos internacionales que poco a nada tienen que ver con los típicos contratos administrativos y admitir la inclusión de cláusulas de arbitraje: es mejor una buena cláusula de arbitraje que un defectuoso sometimiento (nadie cree que vaya a ser eficaz) a los Tribunales Españoles. Es preciso reglamentar, eso sí, cómo han de ser esos arbitrajes, evitando que el árbitro sea un organismo administrativo del país de la empresa adjudicataria.

Pero no se agotan aquí los temas a reconsiderar en la regulación que el Real Decreto 1.120/77 hace de la contratación del material militar en el extranjero. Dicho Real Decreto permite, en todos los casos, que se utilice el sistema de contratación directa por el mero hecho de tratarse de material de procedencia extranjera. No acertamos a comprender el motivo de ese régimen exorbitante respecto del general establecido en el Artº 247 del Reglamento General de Contratación; es más, pensamos que dicho régimen general basta y sobra para contratar directamente lo que se haya de contratar directamente. Basta con alegar que existe un solo proveedor o fabricante, pero el matiz es importante porque de esta forma, sólo se acudirá a la contratación extranjera cuando no haya un producto nacional capaz de cubrir las necesidades de la Administración Militar.

## VI. CONCLUSIONES

1. A lo largo de la historia se ha observado que, a pesar de la existencia de normas jurídicas que han pretendido regular de una manera unitaria la actividad contractual de la Administración Pública, la Administración Militar ha procurado siempre reglamentar, con más o menos especialidades, su propia contratación administrativa.

2. Es ahora, cuando se está elaborando una nueva Ley de Contratos del Estado, el momento de recoger en la misma las especialidades de la contratación militar y, quizás, de hacer extensivas a toda la Administración, algunas de ellas, con especial consideración de los contratos de fabricación.

3. Se impone una revisión de la contratación del material militar en el extranjero, abriendo legalmente la posibilidad de establecimiento de cláusulas de arbitraje.