

CONTRATISTAS EXTRANJEROS Y PRODUCTOS DE FABRICACION EXTRANJERA EN LA LEGISLACION VIGENTE SOBRE CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Planteamiento del problema. 2. Referencia al derecho comparado.—II. LA CAPACIDAD DE LOS EXTRANJEROS EN LA CONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS. 1. Las disposiciones anteriores a la nueva legislación sobre contratos del Estado. 2. Tratamiento del tema en la legislación vigente. A) *En la Administración local*. B) *En la Administración central e institucional*. 3. Igual capacidad jurídica en teoría y discriminación en la práctica.—III. CONTRATISTAS EXTRANJEROS Y PRODUCTOS EXTRANJEROS EN LAS ADQUISICIONES DE LOS ENTES ADMINISTRATIVOS. 1. La regulación de las adquisiciones estatales y administrativas en general. A) *La regulación orgánica*. B) *Contratos de suministro y adquisiciones patrimoniales*. C) *La regulación de las adquisiciones administrativas*. a) En la esfera local. b) En la esfera central e institucional. 2. Defensa de la industria y liberación del comercio.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Planteamiento del problema*

En el presente trabajo no se pretende contemplar las cuestiones centrales sobre la institución del contrato administrativo (I), sino sólo abordar un punto concreto que afecta a la capacidad del particular y ha sido fuente de innumerables equívocos.

En efecto, la capacidad para contratar con la Administración se rige en nuestro derecho, por lo que se refiere a la Administración central y a la institucional, en virtud de la aplicación supletoria sobre la que volveremos después, por el artículo 4.º, párrafos 1.º y 2.º, del texto ar-

(1) Véase sobre contratos dentro de las obras genérales: CARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, II, 3.ª ed., Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1966, páginas 27 y sigs.; como estudio monográfico más completo en la doctrina española, el artículo de GARCÍA DE ENTERRÍA *La figura del contrato administrativo*, en esta REVISTA, número 41, mayo-agosto de 1963, págs. 99 y sigs.; entre la bibliografía posterior a la nueva legislación sobre contratos del Estado: CARRETERO, *El contrato administrativo ante la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963*, en esta REVISTA, número 45, septiembre-diciembre de 1964, págs. 105 y sigs.; PARADA, *La nueva Ley de Contratos del Estado* en esta REVISTA, núm. 47, mayo-agosto de 1965, págs. 397 y sig., y GONZÁLEZ BERENGUER, *La contratación administrativa*, Municipalía. Madrid, 1966.

ticulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, aprobado por Decreto de 8 de abril de 1965, según el cual: "Están facultadas para contratar con la Administración las personas naturales y jurídicas, *españolas o extranjeras*, que teniendo plena capacidad de obrar no se hallen comprendidas en alguna de las circunstancias siguientes: ...". Y tras la enumeración de dichas circunstancias, que no nos interesa ahora, el párrafo siguiente añade: "No obstante, serán de aplicación a las empresas extranjeras las normas de ordenación de la industria y las que rigen las inversiones de capital extranjero...". Precepto transcrito en el art. 20 del Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto de 28 de diciembre de 1967.

En la esfera local la capacidad para contratar se rige por lo dispuesto en el artículo 3.º del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, que contiene una regulación sustancialmente idéntica. Según el párrafo 1 de dicho artículo: "Podrán ser contratistas para la ejecución de obras y servicios públicos las personas naturales o jurídicas, *nacionales o extranjeras*, que se hallen en plena posesión de su capacidad jurídica y de obrar y no estén comprendidas en ninguno de los casos de excepción señalados por el presente Reglamento o por otra disposición aplicable". Pero el párrafo 2.º del mismo artículo añade: "La capacidad de las personas extranjeras, naturales o jurídicas, para contratar con la Administración la ejecución de obras o servicios públicos estará condicionada por los preceptos vigentes sobre protección a la industria nacional".

Nos encontramos, pues, que en las tres esferas administrativas la situación es la misma por lo que se refiere a la capacidad de los extranjeros para contratar con la Administración. Se declara la existencia de un principio general de equiparación entre nacionales y extranjeros, si bien inmediatamente se advierte que la capacidad de los extranjeros está condicionada por lo que establece la legislación sobre ordenación de la industria. Parecería lógico, por tanto, pensar que en la citada legislación sobre industria existe algún precepto que impone limitaciones a la capacidad de los contratistas extranjeros.

Pues bien, lo cierto es que si consultamos la legislación sobre defensa de la industria (2), constituida por la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional de 24 de noviembre de 1939, la declaración que encontramos es la contenida en el párrafo primero del artículo 10 de la Ley citada, a tenor del cual: "En todas las obras, instalaciones, servicios y adquisiciones en general, de cualquier clase, 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

(2) Debe tenerse en cuenta que frecuentemente se habla en relación con el tema, incluso por algunas disposiciones, de la legislación sobre protección a la industria, lo que puede inducir a confusiones entre la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria de 24 de noviembre de 1939 y la Ley de Protección y Fomento de la Industria Nacional de 24 de octubre del mismo año, hoy derogada por la Ley de Industrias de Interés preferente de 2 de diciembre de 1963.

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, justificada con el correspondiente certificado de Productor Nacional que otorgará el Ministerio de Industria y Comercio" (3).

Si observamos atentamente el precepto veremos que no se restringe la capacidad de los extranjeros para contratar. Lo que se hace, y ello es cosa muy distinta, es imponer el empleo de productos españoles, lo que deben hacer tanto los contratistas extranjeros como los nacionales. Es decir, tanto incumple la Ley el contratista español que emplee productos extranjeros como el contratista extranjero que emplee productos importados, y, por el contrario, nada se opone a que el extranjero emplee productos de fabricación española, con lo que cumpliría la Ley exactamente igual que el español que también los emplease.

Puede afirmarse, por tanto, que en la regulación de la capacidad para contratar con la Administración en nuestro Derecho existe un equívoco que viene arrastrándose desde la reforma de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911 por la Ley de 20 de diciembre de 1952, en virtud del cual se ha pasado de proteger simplemente los productos españoles a proteger a los empresarios españoles, empleen o no productos de fabricación nacional.

La doctrina puede decirse que no ha llegado a tomar conciencia del problema, ya que en ocasiones ni se alude siquiera a la capacidad de los extranjeros para contratar con la Administración (4), mientras que en otras ocasiones los autores se han limitado a reproducir y comentar los preceptos legales antes transcritos (5), no faltando casos en que se ha incurrido de lleno en la confusión (6).

Por su parte, la jurisprudencia ha abordado la cuestión en la Sentencia de 5 de diciembre de 1961 de una manera correcta, al declarar que "el mero hecho de ser elegida una entidad extranjera no implica más ni otra cosa que se trata de la rematante de una obra, que hasta que no llegue el momento de la ejecución no se sabe la forma en que actúa, la

(3) Es claro que aunque la Ley se refiera a empresas que gozan de protección, nuestro estudio se refiere sólo, en consonancia con su título, a los entes administrativos, sin perjuicio de que se examine la obligación de los contratistas, especialmente para diferenciarla de las cuestiones referentes a la capacidad.

(4) Así, por ejemplo, GARRIDO FALLA, *Tratado* cit., pág. 48, y GONZÁLEZ BERENGUER, por lo que se refiere a la esfera local. *La contratación administrativa*, cit., págs. 80 y sigs.

(5) Así BASSOLS, *Las disposiciones adoptadas en virtud del Decreto de 23 de noviembre de 1962 sobre medidas previas al Plan de Desarrollo Económico*, "Documentación Administrativa", núm. 65, mayo de 1963, pág. 44; GONZÁLEZ BERENGUER, por lo que se refiere a la esfera central, *La contratación administrativa*, cit., pág. 70; GUAITA, *Los contratos de obras públicas en España*, en esta REVISTA, núm. 21, septiembre-diciembre de 1956, pág. 300, y PARADA, *La nueva Ley de Contratos del Estado*, en esta REVISTA, número 17, mayo-agosto de 1965, pág. 434.

(6) Por ejemplo, en CARRETERO, *El contrato administrativo ante la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963*, en esta REVISTA, núm. 45, septiembre-diciembre de 1964, pág. 137.

maquinaria y materiales que emplea, si lo son españoles o extranjeros, y cuando llegue este momento y en este último supuesto es cuando podría ser procedente la denuncia, antes no, de haber infringido la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional". Es decir, se admite expresamente que la empresa extranjera puede (y por tanto no está incapacitada para ello) ser adjudicataria de la obra, lo que es cosa previa y distinta del cumplimiento de la obligación de emplear productos españoles, impuesta por la Ley de 24 de noviembre de 1939. Sin embargo, parece que se trata de una Sentencia aislada y no de una corriente jurisprudencial, ya que la Sentencia posterior de 5 de diciembre de 1963, al decidir sobre la adquisición por la Renfe de determinados productos en el extranjero, no utilizó la argumentación de la Sentencia de 5 de diciembre de 1961, como pudo haberlo hecho al tratar de la capacidad, y se limitó a justificar el contrato con empresa extranjera en base al carácter urgente de la operación (7).

En cambio, la legislación sí ha llegado a abordar el problema, y después de introducir una protección al contratista español en base al equívoco señalado, ha acumulado los dos aspectos estableciendo discriminaciones respecto a los contratistas extranjeros y además imponiéndoles la obligación de utilizar productos nacionales. En este sentido se han pronunciado la Orden del Ministerio de Industria de 11 de septiembre de 1956, bajo la vigencia de la Ley reformadora de la de Administración y Contabilidad, y el Decreto de 16 de diciembre de 1965, sobre contratación de obras del Estado por empresas extranjeras (cuya vigencia fue prorrogada por el de 23 de diciembre de 1967), bajo la vigencia de la nueva legislación sobre contratos del Estado, disposiciones ambas a las que nos referiremos después.

En el presente trabajo se van a abordar algunos aspectos de este problema, mucho más complejo de lo que parece a primera vista por envolver cuestiones de competencia y suponer una manifestación de la controversia proteccionismo-librecambismo, además de la problemática que en pura teoría jurídica supone. Para ello se distinguirán dos cuestiones. En un primer apartado se estudiarán los problemas de la capacidad para contratar la ejecución de obras y servicios por lo que se refiere a los extranjeros, teniendo en cuenta el equívoco más arriba apuntado. En una segunda parte se examinarán las adquisiciones de bienes muebles y la incidencia en ellas de la problemática planteada, dedicando un apartado final al estudio de la vigencia de la Ley de 24 de noviembre de 1939, a la vista de la liberación de las importaciones llevada a cabo por el Decreto-Ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1959 y sus disposiciones complementarias. Pero antes creemos que no está de más hacer con carácter previo una referencia al Derecho comparado.

(7) Claro es que de todas formas no era aplicable al supuesto el artículo 10 de la Ley de 24 de noviembre de 1939, porque la adquisición no se hizo con fondos del Estado, pero de todas formas lo cierto es que, ante las alegaciones de las partes, el Tribunal Supremo pudo entrar en el examen de la capacidad y no lo hizo.

2. Referencia al Derecho comparado

Es claro, desde luego, que no es la Administración española la única que discrimina entre contratistas y productos extranjeros y nacionales, si bien quizá en España la discriminación se produce con más intensidad que en otros países que también están obligados por los compromisos suscritos ante los Organismos internacionales (8).

En la República Federal Alemana la disposición vigente sobre la cuestión, de fecha 29 de abril de 1960, establece el principio general de igualdad entre oferentes nacionales y extranjeros. No obstante, existen determinadas excepciones a este principio. Así, por ejemplo, tienen preferencia en la adjudicación de los contratos los refugiados y evacuados, las personas que fueron víctimas de la persecución nacionalsocialista, y las empresas radicadas en regiones consideradas "en peligro". Por otra parte, existen preferencias a favor de las empresas alemanas medias, entendiéndose por tales las que tengan menos de cincuenta empleados. Junto a esto encontramos también algunos condicionamientos a la participación de los extranjeros en los contratos de la Administración. Así la legislación impone la obligación de pedir ofertas a un número determinado de proveedores alemanes y condiciona la admisión de productos extranjeros a que éstos sean económicos y se adapten a las necesidades previstas (9).

En Bélgica el principio general es el de la no discriminación entre proveedores o contratistas en general, nacionales y extranjeros, aunque la Administración puede establecer la obligación de que el contratista o la empresa fijen su domicilio en el país. El principio de no discriminación admite excepciones, pero en estos casos se requiere acuerdo del Consejo de Ministros o del Primer Ministro si existe urgencia, y aun así la preferencia otorgada a las empresas belgas no puede sobrepasar ciertos límites por lo que se refiere a la cuantía del precio del contrato.

Más discriminadora que la belga es la legislación francesa, constituida por el Decreto de 13 de marzo de 1956 para el Estado y los de 25 de julio de 1960 y 13 de abril de 1962 para los entes locales. El principio general es también aquí el de la no discriminación, pero se ve considerablemente atenuado por las excepciones siguientes. En los contratos de obras el material empleado ha de ser necesariamente francés, a reserva de los compromisos contraídos ante los Organismos internacionales. Existen reservas a favor de sociedades cooperativas de artistas, cooperativas de artesanos y agrupaciones de productores agrícolas, si bien las ofertas de estos entes han de ser al menos equivalentes a las de la competencia nacional o extranjera. Por último, y aunque con carácter excepcional,

(8) Véase BOQUERA, *Influencia de la Comunidad Económica Europea sobre los procedimientos de selección de contratistas en las Administraciones nacionales*, en esta REVISTA, número 29, 1959, págs. 415 y ss.

(9) Por lo demás, la legislación alemana preceptúa que para calcular el montante exacto de la oferta extranjera se sumen a ésta los derechos de aduana y los demás derechos sobre la importación.

los servicios de compra pueden decidir que sólo sean admitidos los proveedores franceses, a reserva de los compromisos internacionales.

En cuanto a Italia, no existe prohibición expresa en la fragmentaria legislación sobre el tema en el sentido de que no se pueda acudir a la oferta extranjera, si bien la Administración sólo contrata en principio con las empresas constituidas en Italia. Por lo que se refiere a los productos a emplear, no existe discriminación respecto a los productos extranjeros, si bien este principio reconoce las excepciones siguientes: 1.º Según la Ley de 6 de octubre de 1950, la quinta parte de las compras gubernamentales han de ser de productos provenientes del sur del país o de las islas, con objeto de fomentar la industria de estas zonas subdesarrolladas. 2.º Tanto el Ministerio de Defensa como la Administración de los ferrocarriles sólo pueden utilizar productos extranjeros en casos excepcionales.

Sirva esta somera referencia al Derecho comparado para demostrar que en los países cuyo sistema administrativo es más próximo al nuestro también se dan excepciones al principio de no discriminación, tanto por lo que se refiere a los productos como a los empresarios, dato que debe tenerse muy en cuenta en el sentido de que las consideraciones que se hacen a continuación suponen el examen de un problema jurídico y no la condenación o crítica de la actitud más o menos proteccionista de la Administración española.

II. LA CAPACIDAD DE LOS EXTRANJEROS EN LA CONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS

Como se ha dicho más arriba, vamos a ocuparnos en primer lugar de la capacidad de los extranjeros en los contratos de obras y servicios, para abordar después la cuestión refiriéndola a las adquisiciones de los entes públicos, donde se plantea de una forma más aguda la cuestión de la vigencia de la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional. Se estudia a continuación la evolución legislativa en el tratamiento de la capacidad de los extranjeros, distinguiendo dos etapas: antes y después de la vigencia de las nuevas normas sobre Contratos del Estado.

1. *Las disposiciones anteriores a la nueva legislación sobre contratos del Estado*

Como es sabido y recuerdan en la doctrina española GARRIDO FALLA (10) y GARCÍA-TREVIJANO (11), a diferencia de lo que sucede en el derecho privado, la nacionalidad es causa modificativa de la capacidad en el ordenamiento administrativo español. Pero es obvio que esto sucederá así cuando exista una norma que lo establezca expresamente.

(10) GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, I, 4.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, pág. 345.

(11) GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado de derecho administrativo*, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 480.

Pues bien, con anterioridad a la Ley de 20 de diciembre de 1952 no existía norma en la legislación española que restringiese la capacidad de los extranjeros para contratar con la Administración. Por el contrario, el Real Decreto de 13 de marzo de 1903, que aprobaba el Pliego General de Condiciones para los contratos de obras públicas, disponía en el párrafo 1 de su artículo 1.º: "Pueden ser contratistas de obras públicas los españoles y extranjeros que se hallen en posesión de sus derechos civiles con arreglo a las Leyes de su respectiva nacionalidad, y las sociedades y compañías legalmente constituidas o reconocidas en España". Nos encontrábamos, pues, con que no existía ninguna restricción y por tanto eran plenamente aplicables a la materia el artículo 15 del Código de Comercio, según el cual los extranjeros pueden ejercer libremente el comercio en España, y el artículo 27 del Código civil, según el cual los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles.

Esta situación se mantuvo por completo después de la promulgación de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, que al regular en su capítulo V la contratación administrativa (y por tanto no sólo los contratos de obras) tampoco establecía discriminación alguna contra los extranjeros. Si se encuentra en ella alguna referencia al tema que nos ocupa no es, desde luego, al aspecto subjetivo de los contratos, sino al de los productos extranjeros, ya que el número 1.º de su artículo 52 exceptuaba del trámite de subasta y autorizaba la selección por concurso de los contratistas respecto a los contratos que versasen sobre compra de efectos que hubieran de adquirirse necesariamente en el extranjero (12).

Sobre esta situación incide el precepto del artículo 10 de la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional, que, como hemos visto, preceptúa el empleo de productos españoles, lo que no significa prejuzgar sobre la capacidad, completándose este mandato con el del artículo 11 de la misma Ley, que obligaba a la inclusión de una cláusula en el sentido de que debía hacerse constar en los pliegos de condiciones de los contratos que los materiales a emplear habrían de ser de fabricación española.

Lo cierto es que bien inconscientemente, por un entendimiento incorrecto del precepto, bien conscientemente, por el deseo de proteger a los empresarios españoles, la Ley de 20 de diciembre de 1952, que reformaba el capítulo V de la de 1 de julio de 1911, introdujo el equívoco de confundir el empleo obligatorio de artículos españoles con las restricciones a la capacidad de los extranjeros. En efecto, la Ley declaraba en el nuevo artículo 48, párrafo 1.º, lo siguiente: "Están facultadas para concertar con la Administración contratos para la ejecución de obras y servicios

(12) Por lo demás, ni en este momento ni en el transcurso de estas páginas se van a plantear problemas relativos a las normas procedimentales sobre selección de contratistas. Véase con carácter general en la legislación española BOQUERA, *La selección de contratistas*, "Estudios de Administración", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

públicas las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, que hallándose en plena posesión de sus capacidades jurídica y de obrar no estén comprendidas en ninguno de los casos de excepción señalados por la presente Ley o por cualquier otra disposición que especialmente lo establezca". Pero inmediatamente el párrafo 3.º del mismo artículo disponía: "La capacidad de las personas extranjeras, naturales o jurídicas para concertar con la Administración del Estado cualquier contrato para la ejecución de las obras o de los servicios públicos está condicionada por lo que establecen las disposiciones vigentes sobre protección a la industria nacional".

Y esta disposición no se aplicaba sólo a la Administración del Estado sino que afectaba también a los Organismos autónomos, ya que el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 disponía que la contratación y ejecución directa de obras y servicios por los Organismos autónomos se acomodaría a lo establecido en el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad y demás disposiciones aplicables al Estado (13), con las excepciones y modificaciones que se establecían en los artículos siguientes, que ninguna afectaba a nuestro tema.

Se planteaba entonces y se plantea todavía el problema que abordaremos seguidamente de si realmente existía alguna restricción a la capacidad del contratista extranjero en el ordenamiento español, toda vez que las normas sobre defensa de la industria se limitaban a ordenar el empleo de artículos o productos españoles, sin restringir por tanto la capacidad. Pero antes de acometer de frente este problema veamos cuál es la situación en el Derecho vigente.

2. Tratamiento del tema en la legislación vigente

Distinguimos la situación en el derecho aplicable a la Administración central y a la Administración local.

A) En la Administración local.

En el apartado anterior no se ha hecho referencia a las normas sobre contratación en la esfera local porque no hallándose éstas afectadas por la nueva legislación sobre contratos del Estado parece preferible ocuparse de ellas en el apartado dedicado a la legislación vigente.

Si tenemos en cuenta que el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales es de fecha 9 de enero de 1953, es decir, sólo veinte días posterior a la Ley de 20 de diciembre de 1952, no puede extrañarnos demasiado que repita la fórmula de la mencionada Ley, como se ha visto al principio de este trabajo. En la esfera local, por tanto, nos encontramos también con la declaración genérica de capacidad de los extranjeros:

(13) Una alusión a la aplicación supletoria del derecho de la Administración central sobre contratos en CLAVERO ARÉVALO, *Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular en las Administraciones autónomas*, "Boletín Oficial del Estado", Madrid, 1962 página 29, en nota.

y a continuación con el condicionamiento de la misma a lo establecido en las normas sobre defensa de la industria. El problema, pues, se encuentra en la esfera local en los mismos términos en que se planteaba referido a la Administración central y los Organismos autónomos antes de la legislación reciente sobre contratos del Estado.

B) *En la Administración central e institucional.*

Como consecuencia de la apertura de la economía española y la reforma de numerosas disposiciones en un sentido liberalizador parece que podía esperarse una reforma de este punto con ocasión de la nueva legislación a promulgar sobre contratación administrativa. Así lo había apuntado BOQUERA OLIVER (14) al decir, tras estudiar la selección de contratistas desde el punto de vista de la influencia en ella de la Comunidad Económica Europea, que en relación con nuestro país podía deducirse la conclusión de que la reforma de los procedimientos de selección de contratistas debía hacerse teniendo en cuenta las realidades europeas.

Pero no se trataba sólo de especulaciones o buenos deseos de algún autor. Por el contrario, el frecuentemente incumplido Decreto 3.060/62, de 23 de noviembre, sobre directrices y medidas preliminares al desarrollo económico, además de anunciar la promulgación de una Ley sobre contratación administrativa en su artículo 14, disponía en el 15,1 que el Ministerio de Hacienda propondría al Gobierno, con informe previo de los Ministerios de Obras Públicas y de Comercio y oída la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la revisión de las disposiciones vigentes sobre participación de empresas extranjeras en las subastas de obras públicas, con objeto de que el Estado pudiese contratar en cada caso con la empresa constructora más idónea. Parece incluso que existió un Proyecto de Ley sobre participación de empresas extranjeras en la contratación de obras de los Ministerios de Obras Públicas y Agricultura, citado por BASSOLS (15), que no llegó a convertirse en Ley.

Sin embargo, lo cierto es que esta proyectada flexibilidad no se manifestó en la nueva legislación sobre contratos del Estado. La Ley de Bases de 18 de diciembre de 1963 no hacía ninguna declaración sobre este punto, limitándose a decir en su Exposición de Motivos que no se definía la capacidad por entender que eran capaces para contratar todos los que tenían capacidad de obligarse y en el número 3 de la Base I que se establecerían las incapacidades e incompatibilidades para contratar con el Estado. Pero el Texto Articulado volvió, en cuanto al punto que nos ocupa, al sistema anterior, al hacer una declaración general de capacidad de los extranjeros para contratar (artículo 4.º, párrafo 1.º) y declarar después que serán de aplicación las normas sobre ordenación

(14) BOQUERA, *Influencia de la Comunidad Económica Europea sobre los procedimientos de selección de contratistas en las Administraciones nacionales*, en el núm. 29 de esta REVISTA, 1959, pág. 425.

(15) BASSOLS, *Las disposiciones adoptadas en virtud del Decreto de 23 de noviembre de 1962 sobre medidas previas al Plan de Desarrollo Económico*, "Documentación Administrativa", núm. 65, mayo de 1963, págs. 44 y 45.

de la industria y las que rigen las inversiones de capital extranjero (16), y como se ha visto el Reglamento General de Contratación se limitó a transcribir estas declaraciones en su artículo 20.

Desde luego, esta regulación es aplicable también a los Organismos Autónomos porque el Texto Articulado de Contratos del Estado, aprobado por Decreto de 8 de abril de 1965, declara en su disposición final 2.ª que la Ley será de aplicación a los Organismos autónomos regulados por la Ley de 26 de diciembre de 1958, con las especialidades que se establecen en las reglas siguientes, que no interesan a nuestro tema salvo el punto que mencionaremos después al tratar de las adquisiciones y las establecidas por el artículo 388 y siguientes del Reglamento General de Contratación.

Por otra parte, la regulación mencionada se aplica también a los contratos celebrados en España aunque hayan de ejecutarse en el extranjero, toda vez que en estos supuestos se aplica totalmente el Texto Articulado de Contratos del Estado según el párrafo 2.º del artículo 1.º del Decreto de 25 de noviembre de 1965.

3. *Igual capacidad jurídica en la teoría y discriminación en la práctica*

¿Cómo deben interpretarse a la vista de lo anterior las referencias que hace la legislación de contratos a la de defensa de la industria al tratar de la capacidad de los extranjeros? Desde luego se impone la constatación de que la Ley de 24 de noviembre de 1939 no impone ninguna restricción a la capacidad, a menos que se interpretase que dicha Ley presumía que los contratistas españoles emplearían siempre productos nacionales y los contratistas extranjeros productos importados, presunción tan absurda que en buena lógica debe rechazarse *ab initio*.

La respuesta a dar a la cuestión anterior debe tener en cuenta dos factores. De una parte, que la obligatoriedad de empleo de productos españoles nada tiene que ver con la capacidad. De otra, que al amparo de una confusión consciente o inconsciente el precepto del artículo 10 de la Ley de 24 de noviembre de 1939 ha servido y sirve todavía de instrumento para favorecer a los empresarios españoles, estableciendo una discriminación contra los contratistas extranjeros. Llegado que fue un cierto momento la Administración estableció determinados requisitos a cumplir por los organismos competentes para la adjudicación de los contratos o por los mismos empresarios extranjeros, con objeto de favorecer a los nacionales, pero no se llegó nunca a establecer verdaderas restricciones a la capacidad del extranjero, actuándose más bien a través de trabas procedimentales.

No hay, pues, restricciones a la capacidad del extranjero para contratar con la Administración en el derecho español, pero ello no significa que los contratistas extranjeros se encuentren en la misma situación

(16) Por cierto que la alusión a las normas sobre inversión de capital extranjero contribuye todavía más a confundir el panorama, ya que es cuestión que parece muy alejada de los problemas de la capacidad.

que los nacionales. La regulación de estas cuestiones la encontramos en la Orden del Ministerio de Industria de 11 de septiembre de 1956 y en el Decreto de 16 de diciembre de 1965. Este último es aplicable sólo a las obras cuya ejecución contraten la Administración central y la institucional, mientras que la Orden tiene un alcance mucho más amplio y se extiende a todos los supuestos de contratación, exceptuados, naturalmente, los del Decreto.

Pues bien, ninguna de estas disposiciones contiene restricciones a la capacidad de los extranjeros. En cambio, tanto una como otra imponen a los extranjeros la obligación de utilizar productos de fabricación nacional (17), obligación que también tienen los contratistas españoles. Pero además, y ello demuestra que la Administración ha tomado conciencia de que son cosas distintas proteger a los contratistas y proteger los productos nacionales, establecen una serie de preceptos que suponen en la práctica una discriminación contra las empresas extranjeras.

La Orden del Ministerio de Industria de 11 de septiembre de 1956 sigue un procedimiento claramente proteccionista sin eufemismos ni ambages. Debe subrayarse que esta disposición es en buena parte un recordatorio de la vigencia de la Ley de 24 de noviembre de 1939, ya que sus artículos 1.º y 3.º son una copia literal de los artículos 10 y 11 de la mencionada Ley. Por tanto, la Orden es aplicable a la Administración local, como lo es la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria. Puesta de manifiesto esta preocupación, así como el ámbito aplicable, hay que tener en cuenta que la Orden establece un procedimiento en virtud del cual el acto de contratación administrativa para la consideración de ofertas se divide en dos partes. La primera se reserva a los oferentes españoles y sólo en defecto de éstos se pasa a la segunda parte, reservada a los extranjeros, añadiéndose la exigencia de que en caso de recaer adjudicación a favor de empresa extranjera debe remitirse la documentación al Ministerio de Industria para que éste otorgue certificado de excepción, lo que es retorcer al máximo la letra y el espíritu de la Ley de 24 de noviembre de 1939, que prevé la existencia del certificado de excepción para la adquisición de productos extranjeros y no, por supuesto, para la adjudicación de ofertas a empresas extranjeras. De todas formas, es dudosa la vigencia de la Orden de 11 de septiembre de 1956 después de la legislación sobre contratos del Estado, por lo que se refiere a la esfera central y a los Organismos autónomos, ya que la nueva legislación de contratos no menciona en absoluto la división de la subasta en dos partes dedicadas, respectivamente, a las ofertas nacional y extranjera y creemos que no puede mantenerse la vigencia con base a la remisión hecha en el artículo 4.º, párrafo 2.º, ya que ésta se refiere a la capacidad y no a los trámites del procedimiento de selección. La Orden conserva, sin embargo, su importancia por ser plenamente aplicable a la esfera local.

En cuanto al Decreto de 16 de diciembre de 1965, es aplicable sólo a la contratación de obras del Estado y de los Organismos autónomos y se

(17) Aunque, desde luego, caben reservas sobre este punto ante la liberación de las importaciones. V. el último apartado del trabajo.

dictó en uso de la autorización concedida al Gobierno por el artículo 4, párrafo 3, *in fine*, del Texto Articulado de Contratos, a tenor del cual "el Gobierno, en atención a la coyuntura económica, podrá regular la concurrencia de las empresas extranjeras a las licitaciones de obras, servicios o suministros mediante disposiciones de carácter general y por un tiempo determinado".

El Decreto de 16 de diciembre de 1965 es un ejemplo paradigmático de cuanto venimos diciendo. Su exposición de motivos, lejos de negar la competencia de las empresas extranjeras, se refiere al Decreto-ley de Ordenación Económica y su espíritu de participación de los extranjeros y afirma que la regulación no debe anular la conveniente competencia que implica la presencia de empresas extranjeras, siempre que sea beneficiosa para la economía del país. Consecuentemente se reconoce plenamente la capacidad de las empresas extranjeras para concurrir a la contratación de las obras (artículo 2.º).

Por otra parte, el Decreto dispone en su artículo 8.º que las empresas constructoras extranjeras que resulten adjudicatarias, se ajustarán en su actuación a la legislación laboral española y a las normas vigentes sobre la ordenación de la industria, de manera que independientemente de la cuestión de la capacidad se obliga a estas empresas a utilizar productos nacionales.

Sin embargo, lo cierto es que esta disposición, que en los puntos anteriores no establece para los contratistas extranjeros mayores exigencias que para los nacionales, por otra parte efectúa una evidente discriminación contra los extranjeros, que desmiente por completo ese espíritu de apertura y liberalismo a que se refiere su Exposición de Motivos. Así vemos que además de establecer que las empresas españolas tienen preferencia sobre las extranjeras siempre que su oferta no exceda de la extranjera más baja en un 10 por 100, para la participación de contratistas extranjeros en las subastas o concursos se exigen los requisitos siguientes:

- 1.º Que la participación esté autorizada previamente por el Gobierno.
- 2.º Que las empresas tengan capacidad de acuerdo con la legislación de su país, lo que deben acreditar mediante diversos documentos.
- 3.º Que en el país en cuestión se admita recíprocamente a los contratistas españoles.
- 4.º Que la empresa esté inscrita en el Registro Mercantil y en el de Industrias.
- 5.º Que se someta expresamente a la jurisdicción de los tribunales españoles.
- 6.º Que constituya un depósito en divisas de libre cotización del 20 por 100 de una anualidad media, sin perjuicio de las demás fianzas exigidas por la legislación general.

A la vista, pues, de la Orden del Ministerio de Industria de 11 de septiembre de 1956 y del Decreto de 16 de diciembre de 1965 pueden extraerse las conclusiones siguientes. En derecho español los extranjeros tienen capacidad para contratar con los entes administrativos la ejecución de obras, servicios y suministros. No estamos ante una incapacidad y ni siquiera ante una restricción a la capacidad.

Independientemente de lo anterior, la legislación española obliga a los extranjeros a emplear productos de fabricación nacional, lo que no tiene nada que ver con la capacidad, como parece desprenderse de las declaraciones hechas por el artículo 4.º del Texto Articulado de Contratos y el 3.º del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales (18).

Sin embargo, esto no significa que las empresas extranjeras se encuentren en las mismas condiciones que las españolas, ya que a través de la división en dos partes del examen de las ofertas que establece el Orden de 11 de septiembre de 1956 o a través de los requisitos exigidos por el Decreto de 16 de diciembre de 1965 y especialmente el de autorización previa y expresa del Gobierno, existe una discriminación que no afecta a la existencia de capacidad como tal, pero que convierte esta capacidad en algo de escaso valor práctico.

III. CONTRATISTAS EXTRANJEROS Y PRODUCTOS EXTRANJEROS EN LAS ADQUISICIONES DE LOS ENTES ADMINISTRATIVOS

1. *La regulación de las adquisiciones estatales y administrativas en general*

Hasta ahora nos hemos referido a obras y servicios. Sin embargo, la Ley de 24 de noviembre de 1939 se refería además a las adquisiciones. Creemos que merece la pena detenerse en ellas en un apartado especial tanto por su importancia para la política económica (19) como por la diversidad de su régimen jurídico (20).

A) *La regulación orgánica.*

Lo primero que debe subrayarse en este punto es la inexistencia de un organismo de competencia general respecto a las adquisiciones de los entes administrativos, organismo que parece absolutamente necesario si se quiere efectivamente llevar a cabo una política económica coordinada y eficaz. La competencia pertenece, desde luego, al Ministerio de Hacienda, pero está repartida entre diversos órganos. Así, la Dirección General del Patrimonio del Estado es competente respecto a las adquisiciones de bienes patrimoniales, según el artículo 55 del Texto Articulado de la Ley del Patrimonio del Estado y los artículos 106 y 107 de su Reglamento. Por otra parte, según los artículos 110 y 111 del Texto Articulado de Contratos y 332 y 337 del Reglamento General de Contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de la que depende el

(18) Véase nota anterior.

(19) Esta importancia ha sido reconocida por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de enero de 1967, que aprobó las directrices para el II Plan de Desarrollo. Véase su apartado II, dedicado a política industrial.

(20) Véase el estudio de ALFARO, *Los suministros de material a la Administración pública*, "2.ª Semana de Estudios sobre la Reforma Administrativa", Publicaciones de la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1959.

Registro de Contratos, tiene ciertas facultades para promover normas respecto a la mejora de la contratación en sus aspectos administrativos, técnicos y económicos, así como para formular al órgano u órganos contratantes las recomendaciones que estime pertinentes (21).

Sin embargo, a pesar de estas competencias genéricas del Ministerio de Hacienda, fragmentadas en diversos órganos y desdibujadas en sí, las adquisiciones se efectúan por las Juntas de Compras de los diversos Departamentos ministeriales, según el artículo 88 del Texto Articulado de Contratos. Y todavía hemos de tener en cuenta que en los Organismos autónomos se constituyen Juntas de Compras para las adquisiciones que les competen, con independencia de la del Departamento ministerial a que esté afecto el Organismo, según la disposición final 2.^a del Texto Articulado de Contratos.

Estamos, pues, bien lejos de la existencia de un organismo que centralice y programe las compras del sector público con objeto de llevar a cabo una política económica coordinada y eficaz. Lo único previsto en este sentido, dejando aparte las competencias del Ministerio de Hacienda antes mencionadas, es lo que disponen el párrafo 2.^o del artículo 88 del Texto Articulado de Contratos y el artículo 253 del Reglamento General de Contratación, preceptos hasta ahora inéditos en cuanto a su cumplimiento: "En aquellos casos que por la similitud de suministros o para la obtención de mejores condiciones se haga conveniente la contratación global, podrá el Gobierno acordar la creación de una Junta de Compras de carácter interministerial, con la composición y competencia que aquél establezca".

B) *Contratos de suministro y adquisiciones patrimoniales.*

Por lo demás, y aunque sería de desear la existencia de un organismo que centralizase las compras del sector público, existen para ello notables inconvenientes, uno de los cuales y quizá no el menor es la diversidad de régimen jurídico de las adquisiciones. En efecto, nuestra legislación sobre contratos regula el contrato de suministro, entendiéndose que tal suministro se da cuando concurren alguna de las circunstancias que enumera el artículo 83 del Texto Articulado de Contratos y reitera el 237 del Reglamento General de Contratación:

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 refiera 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 previamente fijadas por la Administración.

(21) Claro es que esta competencia la tiene sobre todos los contratos, si bien parece especialmente interesante como embrión de posibles reformas en la materia concreta de suministros.

En los demás casos no nos encontramos ante contratos de suministro, sino ante lo que los artículos 18 del Texto Articulado y 4.º del Reglamento General de Contratación denominan compraventa de bienes muebles sin la condición legal de suministro. En cuanto a la naturaleza de este contrato no existe problema alguno, como sí puede existir respecto a otros contratos a la vista de las enrevesadas normas del mismo artículo 18. En la doctrina, GARRIDO FALLA (22) y PARADA (23) se han pronunciado sobre la naturaleza de estos contratos considerándolos jurídico-privados, lo que resulta apoyado, desde luego, por el artículo 83 del Texto Articulado y el 237 del Reglamento General de Contratación, según los cuales los restantes contratos que no se consideran suministro y consistan en la adquisición de bienes muebles se regirán por la Ley del Patrimonio del Estado.

Existe, pues, una clara diversidad, al menos en la esfera de la Administración central, entre adquisiciones que tienen la condición legal de suministro y dan lugar a un contrato administrativo y adquisiciones en régimen de derecho privado:

C) *La regulación de las adquisiciones administrativas.*

a) *En la esfera local.*

Se ha afirmado más arriba la diversidad de régimen jurídico de las adquisiciones, haciendo la salvedad de que ésta se da al menos en la esfera central. En la Administración local, en cambio, nos encontramos ante un supuesto distinto. Las adquisiciones de los entes locales se regulan en nuestro derecho por el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, que, si bien en su texto se refiere primordialmente a obras y servicios, declara en su disposición adicional primera que también es aplicable a la contratación de bienes, lo que aparece corroborado por el artículo 11 del Reglamento de Bienes, que declara aplicable el de Contratación en las adquisiciones a título oneroso, limitándose a establecer requisitos especiales para la adquisición de inmuebles, de valores mobiliarios, y de bienes cuyo valor esté en función de su carácter histórico o artístico.

A propósito de la regulación de las adquisiciones en la esfera local debemos tener presentes dos hechos. En primer lugar, que aquí nos encontramos con una completa unidad de regulación, ya que el Reglamento de Contratación es aplicable a todos los contratos celebrados por las entidades locales. En segundo lugar que, como hemos visto más arriba al tratar de las obras y servicios, la capacidad de los extranjeros está condicionada por lo dispuesto en las normas sobre defensa de la industria. Insistimos en que esto no supone la restricción de la capacidad, pero debemos observar también que, desde luego, la obligación de adquirir

(22) GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, II, 3.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, pág. 44.

(23) PARADA, *La nueva Ley de Contratos del Estado*, en el núm. 47 de esta REVISTA, mayo-agosto de 1965, pág. 402.

artículos de fabricación nacional que impone la Ley de 24 de noviembre de 1939 no se encuentra afectada en su vigencia por el Reglamento de Contratación (24).

b) En la esfera central e institucional.

El problema se plantea, en cambio, de un modo distinto respecto a la Administración central y los Organismos autónomos. Respecto a los Organismos autónomos se aplica el derecho de la Administración central, según la disposición final 2.ª del Texto articulado de Contratos y el artículo 388 y siguientes del Reglamento General de Contratación, con algunas especialidades que, por no referirse a nuestra materia, no nos interesan ahora (25).

En la esfera central las adquisiciones se regulan por el Texto Articulado de Contratos del Estado cuando tienen el carácter de suministro, adjudicándose los contratos por concurso, salvo excepciones taxativamente establecidas en el artículo 87 y en el 247 del Reglamento General de Contratación. En cambio, cuando las adquisiciones de muebles no tienen el carácter de suministro se rigen por la Ley del Patrimonio y su Reglamento. En efecto, según el artículo 23, 1.º, del Texto Articulado, las adquisiciones a título oneroso de carácter voluntario se registrarán por los preceptos de la Ley, que en su artículo 93 declara aplicables a las adquisiciones de bienes muebles las normas de los concursos para bienes inmuebles que da el artículo 55. El Reglamento, en su artículo 187 repite el 93 del Texto Articulado, siguiendo su habitual técnica defectuosa.

Pues bien, poniendo en conexión estos datos con el objeto de nuestro trabajo podremos observar lo siguiente:

1.º La capacidad para celebrar contratos de suministro con la Administración se rige por el artículo 4.º de la Ley y por tanto los extranjeros tienen plena capacidad, ya que según hemos visto la aplicación de las normas de defensa de la industria no supone restricción de capacidad.

2.º En las adquisiciones que se rigen por la Ley del Patrimonio tampoco existe restricción a la capacidad del extranjero, a tenor del artículo 100 del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto de 5 de noviembre de 1964.

3.º A la vista de lo dispuesto en los artículos 4.º del Texto Articulado y 20 del Reglamento General de Contratación debe mantenerse que los productos suministrados a la Administración han de ser de fabricación nacional, ya que es de aplicación la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria (26), y ello aunque nada se diga sobre el tema al regular concretamente el contrato de suministro.

4.º En cambio, no nos encontramos ninguna declaración sobre los productos en la legislación sobre Patrimonio del Estado.

(24) Siempre a reserva de lo que se dirá en el último apartado al tratar de la liberación de las importaciones.

(25) Véase la referencia que hace al tema PARADA, *ob. cit.*, págs. 402 y ss.

(26) V. *infra* el apartado siguiente.

El último punto plantea el problema de la vigencia de la Ley de 24 de noviembre de 1939 respecto a las adquisiciones patrimoniales, problema que no nos resuelve la tabla de derogaciones del Texto Articulado al no mencionarse la Ley expresamente. Parece, por tanto, que no ha sido propósito del legislador derogar la Ley y que debe estimarse no afectada por la legislación de Patrimonio, ya que tampoco cabe entenderla incluida en la derogatoria residual "y cualquier otra norma que se oponga a lo dispuesto en la presente Ley", porque la exigencia de que los muebles a adquirir sean de fabricación nacional no se opone en absoluto a lo dispuesto ni en el Texto Articulado ni en su Reglamento (27).

2. *Defensa de la industria y liberación del comercio*

Se ha dicho al principio de este trabajo que el problema que iba a abordarse era de gran trascendencia práctica por plantear problemas de competencia y repercutir en él la alternativa proteccionismo-librecambismo. Dichos problemas se plantean precisamente a causa de la incidencia de la liberación de importaciones sobre las normas referentes a ordenación de la industria. Examinemos ambos sistemas antes de pronunciarnos sobre la cuestión.

La Ley de 24 de noviembre de 1939 establece en su artículo 10 la tan repetida exigencia de que en las adquisiciones a realizar por entes del sector público o empresas que disfruten de protección lo sean precisamente de artículos de fabricación nacional. Seguidamente el mismo artículo dispone que el (entonces existente) Ministerio de Industria y Comercio podrá excepcionalmente autorizar adquisiciones en el exterior (28) por insuficiencia de la producción nacional, inexistencia de la misma o reconocida urgencia que no pueda satisfacer la industria española (29), todo lo cual debe ponerse en conexión con el artículo 14 de la misma Ley, según el cual las importaciones de materias primas, maquinaria, utensilios, productos y subproductos industriales, vendrán condicionadas a la posibilidad de suministro nacional. Por lo demás, el artículo 12 de la Ley prevé un sistema de sanciones, hasta ahora inaplicado, a las contravenciones de la obligación de adquirir productos nacionales, mientras que el artículo 13 prevé la publicación de un Catálogo de Productores Nacionales y en su defecto la publicación de relaciones de artículos para cuya adquisición se considera necesaria la concurrencia extranjera, previsiones hasta ahora incumplidas.

(27) Lo sucedido en realidad es que la legislación del Patrimonio no se pronuncia sobre si los productos han de ser de fabricación nacional o extranjera.

(28) Nótese el cambio de situación que supone la división del Ministerio, ya que antes el mismo Departamento era competente para autorizar la importación y para emitir el certificado de excepción.

(29) Sobre estos puntos versa el llamado certificado de excepción a que se refiere la nota anterior. El Ministerio de Industria emite ese certificado, sin el cual el Ministerio de Comercio no puede o no podía otorgar licencias de importación.

El sistema descrito ha sido gravemente afectado por la publicación del Decreto-ley de Ordenación Económica y sus disposiciones complementarias, que, en cumplimiento de las obligaciones contraídas ante los Organismos internacionales, liberaban determinadas mercancías (30). Para comprender totalmente lo que ello supone debe tenerse en cuenta que:

1.º Según el artículo 1.º de la Ley Arancelaria todas las mercancías pueden importarse libremente, sin más requisitos que los inherentes a su régimen de comercio y sin más limitaciones que las que el Gobierno establezca por razones de moral, orden público u otras internacionalmente admitidas, lo que quiere decir que el Gobierno no puede introducir limitaciones contrarias a las admitidas internacionalmente.

2.º Aunque no se define en ningún sitio de una forma expresa qué debe entenderse por liberación de la mercancía, de los artículos XI, XII y XIII del Acuerdo del G. A. T. T. y del artículo 1.º del Código de Liberación de la O. E. C. E. (hoy O. C. D. E.) se desprende que las características de la liberación son:

a) Abolición de la autorización previa como restricción cuantitativa típica.

b) Carácter contrario a la liberación de cualquier restricción interna, excepto derechos arancelarios, impuestos o tasas.

c) Carácter objetivo de la liberación, en virtud del cual ésta se refiere a la mercancía independientemente de quien la importe. Para las importaciones realizadas por organismos oficiales está prevista expresamente la existencia del régimen llamado de comercio de Estado.

Todo ello nos plantea el problema de si continúa en vigor la Ley de 24 de noviembre de 1939 en cuanto a las adquisiciones estatales o de otros entes administrativos (31) o si, por el contrario, respecto a las mercancías liberadas, debe estimarse derogada dicha Ley, lo que envuelve un problema de competencia entre el Ministerio de Industria, competente para autorizar las adquisiciones excepcionales en el extranjero según la Ley de 24 de noviembre de 1939, y el Ministerio de Comercio, competente para la aceptación de las declaraciones de importación de mercancías. Y además supone el enfrentamiento entre la postura de proteger al máximo a la industria y la de favorecer los intercambios en el exterior.

Por lo demás, la cuestión es importante desde el punto de vista práctico, porque a consecuencia de diversos factores que motivan la desvia-

(30) Sobre la liberación de las importaciones puede consultarse a GUAITA, *Derecho administrativo especial*, IV, Librería General, Zaragoza, y mi trabajo *Sobre la naturaleza jurídica de la declaración de importación de mercancías liberadas*, en el núm. 42 de esta REVISTA, págs. 229 y ss. También en *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1966, págs. 243 y ss.

(31) Por tanto, no se plantea en principio la cuestión con carácter general, refiriéndola a todos los sujetos afectados por la Ley citada en el texto, por más que las conclusiones son aplicables también a estos casos.

ción de pedidos al exterior (32) las importaciones del sector público han llegado a alcanzar un volumen considerable (33).

Para resolver el problema no encontramos prácticamente ninguna orientación en la doctrina, que sólo se ha planteado el tema de pasada (34) y además en relación a las importaciones del sector privado y no del sector público. Por lo que se refiere a la legislación, tampoco puede darnos criterios útiles. La Ley de 28 de diciembre de 1963, en consonancia con el espíritu neoliberal que inspira nuestra planificación económica indicativa, hace una declaración en su artículo 27 en el sentido de que la producción de artículos con marca de calidad gozará de preferencia en las obras, servicios y adquisiciones que se realicen con fondos públicos y asimismo prevé la derogación de las normas sobre certificado de productor nacional cuando entren en vigor las referentes a marcas de calidad. Ambos puntos, al menos en su espíritu, parecen indicar la previsible derogación del artículo 10 de la Ley de 24 de noviembre de 1939, pero a más de que se refieren a la derogación de las normas sobre certificado de productor nacional y no sobre certificado de excepción, no pasan por el momento de ser puras previsiones.

En cambio, parece que han existido varios proyectos de Decreto y de Orden de la Presidencia del Gobierno (35) que no han llegado a publicarse, y que se encaminaban a recordar la vigencia de la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria.

Por nuestra parte, creemos que el artículo 10 de la Ley de Ordenación de la Industria está derogado en cuanto a las adquisiciones de mercancías liberadas y ello por dos razones. En primer lugar, por el carácter objetivo de la liberación; liberada una mercancía no puede entenderse que

(32) Parece ser que en estas desviaciones influye en muy escasa medida la calidad de los productos, siendo los factores más importantes el precio, que resulta favorable en el extranjero para los entes que disfrutaban de bonificaciones arancelarias, y, sobre todo, las condiciones de financiación, que en el exterior son más favorables que las que puede otorgar la industria española.

(33) Durante el período enero-octubre de 1965, por tomar un ejemplo, el valor en pesetas de las importaciones del sector público ascendió al 20 por 100 del valor de las importaciones y concretamente respecto a las importaciones de mercancías liberadas al 14,30 por 100.

(34) GUAITA afirma que la Ley de 24 de noviembre de 1939, "extremadamente nacionalista, restrictiva y autarquizante, ha sido profundamente afectada por la legislación económica del último quinquenio", pero no refiere la cuestión a la liberación de importaciones. GUAITA, *Derecho administrativo especial*, IV, Librería General, Zaragoza, 1966, página 17. VILLAR PALASÍ, en cambio, sí se plantea el tema de la vigencia de la Ley de 24 de noviembre de 1939, que califica de dudoso, pero refiriéndolo a las empresas declaradas de interés nacional. VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, "Estudios de Administración", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pág. 118.

(35) No tenemos en cuenta, desde luego, en este momento la Orden de la Presidencia del Gobierno de 19 de diciembre de 1964, cuyo preámbulo daba por vigente la legislación sobre defensa de la industria, porque a más de referirse a las empresas privadas, lo que condicionaba a la presentación del certificado de excepción del Ministerio de Industria no era que se permitiera la importación de determinados productos, sino que se disfrutase de beneficios arancelarios y fiscales.

lo esté para determinados sujetos y no para otros, tanto más cuanto que existiendo el régimen de comercio de Estado siempre pueden incluirse en él determinadas mercancías. En segundo lugar, porque la derogación se ha efectuado por medio de norma de rango suficiente. El Decreto-ley de Ordenación Económica y sus medidas complementarias han derogado en cuanto a las mercancías de libre importación la normativa del artículo 10 de la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria de 24 de noviembre de 1939, consideración que por razón del tema de nuestro trabajo aplicamos especialmente a las adquisiciones de los entes públicos y a las de los contratistas de obras y servicios, pero que puede extenderse también a los restantes sujetos mencionados en el artículo 10 de la Ley citada.

M. BAENA DEL ALCÁZAR