

Apoyo a la exportación de material de defensa y contratos internacionales

El Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, desarrolla el sistema de apoyo a la exportación de material de defensa creado por la Ley 12/2012, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. Partiendo de la coexistencia de dos relaciones jurídicas diversas, una horizontal entre Gobiernos y otra vertical entre el Gobierno español y las empresas suministradoras, profundiza en ambas y establece el régimen jurídico al que deberá sujetarse el Ministerio de Defensa en los diversos planos de su actividad, así como el desenvolvimiento del contrato.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

El 29 de enero de 2014 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. La referida norma se propuso fomentar el apoyo a la exportación de material de defensa por parte del Ministerio de Defensa mediante el diseño de un sistema que pivota sobre dos relaciones jurídicas:

- una horizontal, de Gobierno a Gobierno, entre el Gobierno solicitante y el Gobierno español, mediante un contrato entre Gobiernos excluido de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (artículo 7.1.g los excluye de su ámbito de aplicación) y de la Ley de Contratos del Sector Público (el artículo 4.1.f del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 4 de noviembre, también los excluye),
- una vertical, entre el Gobierno español (por medio del Ministerio de Defensa) y una o más empresas suministradoras.

Pues bien, el Real Decreto 33/2014 regula y desarrolla ambas relaciones jurídicas.

En cuanto a la **relación horizontal**¹ se asienta sobre la celebración de un contrato entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, en cuya virtud el Gobierno extranjero solicita al Gobierno de España que realice las actuaciones de contratación en nombre y representación de dicho Gobierno extranjero, supervisión, apoyo logístico y transferencia de tecnología, necesarias para la entrega al mismo de un determinado material de defensa, en los términos que se contienen en el artículo 8 de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre.

Con el fin de desarrollar el contrato entre Gobiernos, regula su preparación y celebración, para lo que atribuye a la Secretaría de Estado de Defensa la responsabilidad de su negociación y al Ministro de Defensa o por la persona en quien éste delegue, en representación del Gobierno de España, la suscripción del contrato.

¹ El artículo 7.1.g) de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, excluye de su ámbito de aplicación los contratos a celebrar entre el Gobierno de España y otro Gobierno y que tengan por objeto alguna de las prestaciones que se indican a continuación: 1.º) El suministro de equipo militar o equipo sensible, 2.º) Los trabajos y servicios ligados directamente a tales equipos, 3.º) Los trabajos y servicios con fines específicamente militares, o las obras y los servicios sensibles.

El artículo 3 regula las **condiciones** del contrato entre Gobiernos, disponiendo la *previsión expresa, mínima y obligatoria de al menos el objeto* del contrato entre Gobiernos y de las **prestaciones que se solicitan del Ministerio de Defensa**, el **Foro judicial o arbitral** competente para resolver las discrepancias entre las partes contratantes, el **régimen jurídico al que quedará sometido el contrato** y la **financiación, garantías y calendario** de situación de fondos².

Permite que el Gobierno de España se reserve, en estos contratos entre Gobiernos, la facultad de resolución total o parcial por razones de interés público así como la posibilidad de pactar la creación de una Comisión de Seguimiento, en cuyo caso los miembros correspondientes a la parte gubernamental española se nombrarán por el Secretario de Estado de Defensa.

Establece, por otro lado, el **régimen jurídico de la cuenta de situación de fondos** que establece el artículo 12 de la Ley 12/2012, que:

- Será *abierta en la entidad financiera* contratada³,
- Será *notificada al Gobierno extranjero*, a fin de que pueda empezar a cumplir el **calendario de situación de fondos** que se pacte
- Se abrirá *una cuenta* de situación de fondos *para cada contrato* entre Gobiernos, que se utilizará exclusivamente para el contrato de que se trate.
- Se regirá por el *calendario previsto* en el contrato, tanto en cuanto a la situación de fondos, como respecto del depósito inicial exigible al Gobierno extranjero. El documento para solicitar a éste los abonos correspondientes será la **llamada de fondos**.
- Todo *cambio de entidad de crédito* por nueva contratación, determinará el *traspaso de la cuenta de situación de fondos* a la nueva entidad y la **comunicación del cambio** tanto al Gobierno extranjero como a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Competitividad.
- Los **gastos** ocasionados al Ministerio de Defensa durante la ejecución de estos contratos, previa su aceptación por el Gobierno extranjero en los términos previstos en el contrato, serán *cargados en la cuenta de situación de fondos e ingresados en el Tesoro*.

El artículo 6 regula con detenimiento los **programas de armamento y material** que pudieran derivarse del contrato, que se regirán por las *mismas normas que los programas nacionales*, con la salvedad de que el material cuyo suministro fuere contratado no se integra nunca en el patrimonio de las Administraciones Públicas.

² Estas previsiones responden a las sugerencias advertidas por el Consejo de Estado en su dictamen 1411/2013, de 9 de enero de 2014, en el que se expresó que era preciso *“hacer una precisión elemental, pero muy importante para comprender el alcance del real decreto que se proyecta: cuando el Gobierno de España suscriba con un Gobierno extranjero uno de los contratos previstos en el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios, tal contrato será la única lex inter partes, que, eso sí, se interpretará y aplicará con arreglo al Derecho interno al que por voluntad de las partes haya quedado sujeto. Quiere ello decir que el real decreto obligará exclusivamente al Gobierno español, y, en particular, al Ministerio de Defensa, que, por parte española, es el encargado de negociar, celebrar y ejecutar el contrato. En cumplimiento de esa obligación, dicho ministerio deberá asegurarse de que, cuando así proceda, los preceptos del real decreto (y de la propia Ley 12/2012, de 26 de diciembre) se vean respetados por las estipulaciones del contrato.”*

³ La contratación lo será en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 12 de la Ley 12/2012 y por tanto mediante expediente de contratación que deberá ajustarse a lo dispuesto en la normativa sobre contratos del sector público, mediante procedimiento negociado con un mínimo de tres ofertas y sin necesidad de exigir prestación de garantía definitiva. Estos contratos contendrán necesariamente una cláusula de exclusión de la facultad de compensación con otros fondos depositados por el Gobierno extranjero en la misma entidad de crédito.

Prevé la creación eventual de una **Oficina de Programa** o de una **Oficina de Apoyo** a lo suministrado al país cliente⁴, así como que el Secretario de Estado de Defensa nombrará, en su caso, un **Jefe de Programa** y designará el encuadramiento orgánico de la Oficina de Programa, que tendrá las funciones y responsabilidades definidas para esta figura en la normativa del Ministerio de Defensa para los programas nacionales, *correspondiéndole la comprobación de los hitos contractuales y su comunicación al órgano de contratación correspondiente, para su aprobación y pago en su caso.*

Por su parte, la **relación vertical** se desarrolla mediante las actividades que, en virtud del encargo anterior, realizará el Ministerio de Defensa en el tráfico jurídico interno aplicando los mecanismos vigentes de **contratación administrativa del sector público**, así como el régimen de control de la gestión económico-financiera y el régimen sancionador previstos en la normativa presupuestaria.

Por ello y sin perjuicio de lo que se establezca en el contrato entre Gobiernos, en todo lo no previsto en el título II de la Ley 12/2012, la celebración, ejecución y resolución de los contratos para la ejecución de las actuaciones previstas en su artículo 8.1⁵ se regirá por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

- Los contratos suscritos por el Ministerio de Defensa con empresas españolas del sector de la defensa consecuencia de un contrato entre Gobiernos, serán en nombre y representación, y por cuenta y riesgo del Gobierno extranjero.
- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, la transferencia de propiedad se realizará directamente desde el contratista al Gobierno extranjero.
- El Ministerio de Defensa, en los términos pactados en el contrato entre Gobiernos, se reservará la facultad de resolver los contratos con las empresas con domicilio en territorio nacional por razones de interés público, con la indemnización que en su caso pudiera corresponder de acuerdo con lo estipulado en los mismos.
- La realización por el Ministerio de Defensa de las actividades descritas en el artículo 8.1, no alterará la condición de exportador del contratista a los efectos de la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso⁶.

⁴ Que sólo podrán acordarse bajo la condición de que el Gobierno extranjero corra con todos los gastos de las oficinas que se creen, además de que las Oficinas de Programas se establecerán a semejanza de las que reglamentariamente se regulan para los programas de armamento y material del Ministerio de Defensa.

⁵ Es decir, contratar en nombre y representación de un Gobierno extranjero el suministro del material de defensa que se solicite por el Gobierno extranjero, así como supervisar la ejecución y el cumplimiento del contrato y recibir el objeto de suministro del Gobierno extranjero, supervisar el cumplimiento en tiempo y forma de otros contratos, planear y administrar programas de obtención de material de Defensa, transmitir el conocimiento operativo y tecnológico sobre material de Defensa, etc.

⁶ El artículo 9.2 del RD 33/2014 dispone que será de aplicación el régimen de autorización y registro establecido en el capítulo II de la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, y que sin perjuicio del previo registro, la autorización deberá solicitarse y obtenerse en el momento de procederse a la efectiva exportación en los términos objeto del contrato suscrito con el Ministerio de Defensa.

Por último y como corolario de todo lo anterior:

- El artículo 7 dispone que el control de la gestión económico-financiera se llevará a cabo por la Intervención General de la Defensa mediante la aplicación analógica de lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, sobre la administración de las cantidades situadas en las cuentas de situación de fondos y en todo aquello que corresponda respecto de la contratación con empresas españolas del sector de la defensa.
- La disposición adicional única establece que el RD se aplicará sin perjuicio de lo establecido en la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.