

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

NUEVA YORK

126 East 56th Street
New York - NY 10022
Tel.: +1 (646) 736 3075

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

NOVEDADES LEGALES SOBRE EXPORTACIÓN DE MATERIAL DE DEFENSA: LA LEY 12/2012, DE 26 DE DICIEMBRE

Pilar Cuesta de Loño

*Letrada del Consejo de Estado
Grupo de Contratos del Sector Público de Gómez-Acebo & Pombo*

José Luis Palma Fernández

*Letrado del Consejo de Estado
Socio de Gómez-Acebo & Pombo Abogados*

El fundamento de la nueva norma

Camuflada en el seno de una regulación legal completamente ajena al fondo de la materia que nos ocupa, la nueva Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, dedica prácticamente la mitad de su contenido (título II, arts. 6 a 15) a impulsar un nuevo mecanismo de apoyo a la exportación que ha de unirse a los ya existentes en el ordenamiento jurídico español.

En abierta contradicción con la obligación de técnica normativa que exige que las normas —especialmente las leyes— describan sintéticamente en su denominación la esencia de su contenido, no contiene en su título alusión alguna a lo que —en su seno— termina siendo una relevante muestra de cómo el impulso de la exportación de tan sensible material requiere la efectiva colaboración de instituciones jurídicas del derecho público y privado.

Reproduciendo íntegramente el contenido del Real Decreto Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (que lógicamente se elimina en la disposición derogatoria de la Ley 12/2012), la ley se funda en la actual inexistencia de mecanismos que permitan una participación más activa del Ministerio de Defensa en la gestión de

programas destinados a la exportación, lo que ha supuesto —y así lo reconoce expresamente la exposición de motivos— una desventaja competitiva para nuestra industria, la cual se ha visto obligada a competir internacionalmente en desigualdad de condiciones frente a ofertas procedentes de países extranjeros que gozaban de un respaldo más eficaz por sus Gobiernos de origen.

La motivación de la norma se encuentra en el paradójico hecho de que, frente a la contracción del gasto español en el sector industrial de la defensa, existe un sensible aumento de la demanda internacional de material de defensa y una creciente competencia internacional en los procesos de adjudicación de grandes programas por diversas potencias. Se une a ello —extremo que viene a motivar la singularidad de los mecanismos que luego se verán— la existencia de un interés declarado y actual por parte de otros países en que sea el Gobierno español su único interlocutor en procesos de adquisición de material de defensa de gran envergadura y que no admiten demora.

Muy expresivamente lo dijo el ministro De Guindos en la presentación parlamentaria del real decreto ley a su convalidación por el Congreso: «... pocos los Gobiernos que no solicitan que sus adquisiciones vayan acompañadas de algún tipo de respaldo por parte

de los ministerios de Defensa de los países cuyas empresas suministran dicho material. Es más, muchos de los potenciales clientes solamente cierran acuerdos con el Gobierno del país de origen, depositando en éste la realización de las actividades de gestión de los programas en todas sus fases hasta la entrega del material...».

No resulta difícil comprender tales exigencias teniendo en cuenta algo que ya subrayó con intensidad la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (con la que la nueva norma se une y complementa): en los contratos relativos a la defensa y la seguridad cobra especial relevancia la seguridad en la información que se transmite a los licitadores y la garantía en la continuidad de los suministros. Quién mejor que el Gobierno de cada país para garantizar externamente esas cuestiones.

Nuevos mecanismos públicos y privados de fomento: las relaciones horizontal y vertical en la exportación de material de defensa.

Resulta tradicional en el derecho comparado el empleo de instituciones similares a las que ahora —adaptándose al ordenamiento español y sin olvidar el obligado engarce con el derecho de la Unión Europea— se vienen a poner en conjunción mediante esta norma legal.

La nueva gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación exige dotar al Ministerio de Defensa de instrumentos eficaces, flexibles y adaptables a las necesidades de la demanda internacional para cada caso. Pero no siendo dicho departamento sino la personificación funcional en estos procedimientos de la Administración General del Estado —única con personalidad jurídica—, debe evitarse que actuaciones derivadas de estas contrataciones impliquen en último término la responsabilidad patrimonial

del Estado (hacia la que, residualmente y por defecto, conduciría una actuación del género de la aquí prevista si no hubiera sido legalmente exceptuada o matizada como lo es).

La puesta en marcha de este novedoso mecanismo de exportación no puede suponer un riesgo para las arcas públicas, lo que exige introducir una regulación legal que, fomentando la medida en lo que tiene de positivo, neutralice la exposición al riesgo que podría producirse como imprevisto factor negativo. De esta ponderación de factores nace una singular regulación sobre la que conviene llamar la atención.

Serán dos las relaciones jurídicas que sustenten la medida de fomento: de un lado, una relación horizontal de Gobierno a Gobierno (entre el Gobierno solicitante y el Gobierno español); de otro, una relación vertical entre el Gobierno español (representado por el Ministerio de Defensa) y una o más empresas suministradoras internas.

En la institucionalización legal de la forma de coordinar ambas actuaciones se encuentra la auténtica clave de la reforma. De forma estable y pública —nada menos que mediante su conversión en una norma con rango de ley— se articula una **relación horizontal** que se asienta sobre la celebración de un contrato entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero. La previsión de este tipo de contratos ya existía en el artículo 7.1g de la antes citada Ley 24/2011, de 1 de agosto: precisamente para considerarlos negocios excluidos de su ámbito de aplicación. Ya lo estaban igualmente por el artículo 4.1f de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobada mediante el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

Dicho contrato supone que el Gobierno extranjero solicita al de España que efectúe todas las actividades de gestión precisas para que un determinado material o tecnología le sean transmitidos por un contratista español.

Estamos ante un negocio jurídico de mandato (que curiosamente sólo se menciona expresamente como tal en la exposición de motivos, no en el texto articulado) en virtud del cual resulta que el bien suministrado o el servicio contratado no se integra en el patrimonio de las Administraciones Públicas, no se modifica la normativa vigente en materia de control del comercio exterior de material de defensa y permite, finalmente, transmitir de manera directa entre los contratistas y el Gobierno extranjero las responsabilidades y riesgos derivados de los contratos.

La **relación vertical**, por su parte, se desarrolla mediante las actividades que —producto del encargo— realizará el Ministerio de Defensa en el tráfico jurídico interno aplicando los mecanismos vigentes de contratación administrativa del sector público, el régimen de control de la gestión económico-financiera y el régimen sancionador previsto en la normativa presupuestaria.

Actuaciones que puede realizar el Ministerio de Defensa

El artículo 8.1 de la Ley 12/2012 enumera las actuaciones que puede llevar a cabo el Ministerio de Defensa:

- a) Contratar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.1 de la ley, en nombre y representación de un Gobierno extranjero el suministro del material de defensa que aquél solicite, así como supervisar la ejecución y el cumplimiento del contrato y recibir el objeto de suministro.
- b) Supervisar el cumplimiento en tiempo y forma de otros contratos de suministro de material de defensa celebrados entre Gobiernos extranjeros y una empresa con domicilio en territorio español.
- c) Planear y administrar programas de obtención de material de defensa en favor de Gobiernos extranjeros.

- d) Transmitir el conocimiento operativo y tecnológico sobre material de defensa a Gobiernos extranjeros, así como contratar su transmisión.
- e) Prestar servicios de adiestramiento técnico y operativo u otros servicios necesarios para la ejecución de un programa de material de defensa y contratar su prestación.
- f) Llevar a cabo actividades de aseguramiento de la calidad.
- g) Cualesquiera otras actividades complementarias a las anteriores o necesarias para su buen fin.

Ninguna de estas actividades podrá suponer un coste o un beneficio económico para el Ministerio de Defensa (art. 8.2), que actúa —no se olvide, una vez más— para propiciar la exportación de material de defensa, no para convertirse él en exportador.

La condición de exportador del contratista interno se recuerda expresamente para ello en el artículo 10 de la ley, lo que supone el engarce con la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso.

Las garantías del sistema

El aseguramiento de las especiales responsabilidades que pueden derivarse de una actuación del género de la aquí contemplada viene de la mano de una exclusión legal y del surgimiento de un mecanismo específico de garantía.

La exclusión es la contenida en el artículo 9. Y resulta muy clara: en ningún caso el material de defensa, cuyo suministro fuere contratado por el Ministerio de Defensa y al que hace referencia el artículo 8.1 pasará a formar parte del patrimonio de las Administraciones Públicas.

El mecanismo específico de garantía lo detalla el artículo 11, previendo garantías contractuales, financieras, imposición de penalidades y supuestos de responsabilidad específicos. Veámoslos por su orden:

a) Garantías contractuales y cuenta de situación de fondos

Como recuerda el artículo 11.1 de la Ley, sin perjuicio de lo que se establezca en el contrato suscrito entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, y en todo lo no previsto en esta Ley 12/2012, la celebración de contratos para la ejecución de las actuaciones previstas en el artículo 8.1 se regirá por la normativa vigente en materia de contratos del sector público.

La obligada elaboración de un expediente de contratación exige expresamente un documento que acredite la disponibilidad de los fondos necesarios para la adquisición de un compromiso de gasto y que haya sido emitido por la entidad de crédito en que esté situada la cuenta de situación de fondos prevista en el artículo 12 de la ley. Aparece aquí otra de las innovaciones relevantes de la norma, porque para la llevar a cabo estas actividades el Ministerio de Defensa podrá —siempre que actúe por cuenta de un Gobierno extranjero, en virtud de un contrato celebrado entre éste y el Gobierno de España— administrar cuentas de situación de fondos abiertas por aquél en entidades de crédito con domicilio en territorio español, así como contratar su apertura (estando únicamente habilitado para extraer y retener fondos).

Para la apertura de la citada cuenta de situación de fondos por el Ministerio de Defensa, el expediente de contratación 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

(y respecto a la cual se contienen otros detalles más internos sobre acceso, disposición, funcionamiento y dación de cuentas de su actividad). Los 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.

b) Garantías financieras

Por su parte, las garantías financieras que se han de prestar en los contratos celebrados con el Ministerio de Defensa serán depositadas en la misma entidad de crédito en la que se hubiere abierto una de las antes referidas cuentas de situación de fondos, siendo su gestión responsabilidad del mismo departamento.

En caso de que la garantía se preste mediante aval, éste deberá constituirse con carácter solidario y con renuncia al beneficio de excusión. Si la garantía se constituye mediante contrato de seguro de caución, se aplicarán las siguientes normas: el Gobierno extranjero deberá tener la condición de asegurado; en caso de incumplimiento del tomador del seguro, la indemnización que se derive del contrato de seguro de caución deberá ser ingresada en la cuenta de situación de fondos y, finalmente, el contrato deberá celebrarse con entidades aseguradoras habilitadas para operar en España en el ramo de seguro de caución.

c) Imposición de penalidades

La imposición de penalidades al contratista en caso de demora se hará efectiva mediante la deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiere constituido, cuando aquéllas no puedan deducirse de las retenciones practicadas sobre la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

Otras incidencias posibles prevé la norma: en caso de que el Ministerio de Defensa, actuando en virtud de la representación asumida, demorase el abono del precio por realización total o parcial de un contrato, los intereses por tal demora y la indemnización por costes de cobro se ejecutarán contra la indicada cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero (centro de imputación de responsabilidades en evitación de otras derivaciones de responsabilidad patrimonial).

En caso de suspensión del contrato a instancia del Gobierno extranjero, se prevé el abono al contratista de los daños y perjuicios efectivamente sufridos, también con cargo a la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

En caso de extinción del contrato por cumplimiento, y si se produjera demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro con cargo a la cuenta en cuestión.

Y un específico supuesto que igualmente puede concurrir: el de resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 223g del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (imposibilidad

de efectuar la prestación o grave lesión para el interés público), en cuyo caso los intereses de demora e indemnizaciones que correspondan también se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

d) Responsabilidades

Finalmente, en los casos en los que, conforme al ordenamiento jurídico español, en el ejercicio de las actuaciones señaladas en el artículo 8.1, el Ministerio de Defensa fuese responsable de daños y perjuicios ocasionados por el contratista a terceros como consecuencia inmediata y directa de una orden dada o como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por aquél para el suministro de fabricación, las indemnizaciones por daños y perjuicios se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

Late en el fondo de esta última disposición el eco de la vieja fórmula española de exclusión del principio del riesgo en ventura en la contratación pública contenida últimamente en el artículo 214.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, lo que demuestra que las innovaciones, por relevantes que puedan ser, terminan encontrando fundamento siempre en los grandes principios jurídicos.