

GESTIÓN DE PROGRAMAS DE MATERIAL DE DEFENSA DESTINADOS A LA EXPORTACION: CONTRATOS DE SUMINISTRO DE MATERIAL DE DEFENSA.

El Real Decreto Ley 19/2012 ha venido a regular un "mecanismo de apoyo a la exportación" de material de defensa orientado a desarrollar la participación activa del Ministerio de Defensa en la gestión de programas destinados a la exportación de material bélico para poner fin a la desventaja competitiva que para el sector industrial español de la defensa suponía la falta de un respaldo gubernamental proactivo y eficaz a la hora de competir en el mercado internacional. La norma estructura este "mecanismo" sobre la base de un contrato entre el Gobierno español y cualquier Gobierno extranjero, para el suministro de armamento o material de defensa, que se articula mediante dos relaciones jurídicas diversas, operando el Ministerio de Defensa como una suerte de mandatario del Gobierno extranjero contratante. Así las cosas, el bien suministrado no se integra en el patrimonio de las Administraciones Públicas, resolviéndose las responsabilidades y riesgos derivados de los contratos, de manera directa, entre los contratistas y el Gobierno extranjero, que sin embargo cuenta con el respaldo del Gobierno español y de su posición de contratante con éste.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

La contratación militar y en materia de seguridad ha sido tradicionalmente objeto de una regulación específica en el ordenamiento jurídico español, actualmente integrada por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad, que regula la preparación y adjudicación de los contratos de obras, suministro, servicios y colaboración público-privada en los ámbitos de la defensa y de seguridad pública, así como el régimen jurídico aplicable a la subcontratación en dicho ámbito.

© 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.

La norma mencionada **excluye** expresamente de su ámbito de aplicación, los **contratos a celebrar entre el Gobierno de España y otro Gobierno** y que tengan por **objeto el suministro de equipo militar o equipo sensible, ciertos trabajos y servicios** y las **obras** y los **servicios sensibles** (artículo 7.1.g) Ley 24/2011)¹.

El Real Decreto Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (en adelante RDL 19/2012) regula en su Título II, bajo la rúbrica "**Del apoyo a la exportación de material de defensa por el Ministerio de Defensa**", estos contratos excluidos de la Ley 24/2011 por su artículo 7.1.g).

La finalidad perseguida es la de apoyar la exportación de material de defensa y fomentar la proyección internacional del mercado español en dicho sector, lo que se acomete mediante el diseño de un **papel activo** del Ministerio de Defensa, al que se dota a tal fin de instrumentos eficaces, flexibles y adaptables a las necesidades de la demanda internacional sin hacer recaer la responsabilidad patrimonial última en la Hacienda Pública Española.

Para ello se regula un contrato de suministro de material de defensa estructurado en dos relaciones jurídicas diversas:

- Una **relación horizontal**, entre el **Gobierno solicitante y el Gobierno español**, que se asienta sobre la celebración de un contrato de los previstos en el artículo 7.1.g) de la Ley 24/2011. El referido contrato se articula como un **negocio jurídico de mandato** (artículos 1709 y siguientes del Código Civil), en cuya virtud, el Gobierno extranjero solicita al Gobierno de España que realice las actividades de gestión precisas para la adquisición de material o tecnología de defensa que le sean suministrados por un contratista español.

¹ El artículo 7.1 de la Ley 24/2011 dispone que son negocios jurídicos excluidos de su ámbito de aplicación:

g) 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. El suministro de equipo militar o equipo sensible,
2. Los trabajos y servicios ligados directamente a tales equipos,
3. Los trabajos y servicios con fines específicamente militares, o las obras y los servicios sensibles

- Una **relación vertical**, entre el **Gobierno español, por medio del Ministerio de Defensa y una o varias empresas suministradoras**, regida por las normas contenidas en el Título II del RDL 19/2012 y por las disposiciones vigentes en materia de contratación pública.

1.- Relación jurídica entre el Gobierno solicitante y el Gobierno español:

La relación jurídica **intergubernamental** se configura como un **contrato de mandato**, en cuya virtud, el Gobierno español – a través del Ministerio de Defensa - se obliga a contratar en nombre y representación del Gobierno extranjero, el suministro del material de defensa que se solicite, así como supervisar la ejecución y el cumplimiento del contrato y recibir el objeto de suministro (artículos 6, 8.1 y 11.1 del RDL 19/2012 y artículo 1709 CC.).

Las **responsabilidades asumidas por el Ministerio de Defensa** en virtud del contrato celebrado entre el Gobierno español y el Gobierno extranjero deberán estar **suficientemente garantizadas** por éste último (artículo 7 RDL 19/2012), en **ningún** caso supondrá **coste o beneficio económico** para el Ministerio de Defensa (artículo 8.2 RDL 19/2012) ni el material de defensa cuyo suministro se hubiese contratado pasará a formar parte del patrimonio de las Administraciones Públicas (artículo 9 RDL 19/2012).

A tal fin, el artículo 12 RDL 19/2012 prevé la posibilidad de que el Ministerio de Defensa, actuando por cuenta del Gobierno extranjero y en virtud del contrato celebrado entre éste y el Gobierno español, administre **cuentas de situación de fondos abiertas por el Gobierno extranjero en entidades de crédito con domicilio en territorio español**, así como contratar su apertura, siendo el Ministerio de Defensa el único habilitado para extraer y retener fondos de la misma². Realizada la adjudicación y formalizado el contrato, se comunicarán tales extremos al Gobierno extranjero, con expresión de la fecha en la que comienza su ejecución.

² Para la apertura de la cuenta de situación de fondos por el Ministerio de Defensa deberá tramitarse un 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. Tales 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.

Los **costes** derivados de las actuaciones a cargo del Ministerio de Defensa (cualquiera de las contempladas en el artículo 8 RDL 19/2012³) serán cargados directamente a la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero, y los **gastos** ocasionados al Ministerio de Defensa por la prestación de servicios que se deriven de la realización de tales actividades serán reembolsados, con cargo a la referida cuenta, mediante ingreso a favor del Tesoro Público (artículo 13.1 y .2 RDL 19/2012).

2.- Relación jurídica entre el Ministerio de Defensa y el contratista español.

En tanto que la contratación del material de defensa que lleve a cabo el Ministerio de Defensa lo es **en nombre y por cuenta del Gobierno extranjero**:

- El contratista no pierde la condición de exportador 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 uso.
- La celebración del contrato se registrará por el título II del RDL 19/2012 y en lo no previsto por éste, por la normativa vigente en materia de contratos del sector público⁴.
- Corresponde al Ministerio de Defensa la contratación del suministro, la supervisión de su cumplimiento y su gestión, sin que en ningún caso los bienes suministrados se integren en su patrimonio ni le sean imputables los riesgos y responsabilidades derivados del contrato.

³ Entre otras, 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, planear y administrar programas de obtención de material de defensa en favor de Gobiernos extranjeros, transmitir el conocimiento operativo y tecnológico sobre material de defensa a Gobiernos extranjeros, así como contratar su transmisión, 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, llevar a cabo actividades de aseguramiento de la calidad.

⁴ Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

3.- Contratación en nombre y representación de un Gobierno extranjero:

La contratación se regirá por las disposiciones del TRLCSP con las siguientes especificidades:

- Se incorporará al expediente de contratación el documento que acredite la **disponibilidad de los fondos necesarios** para la adquisición de un compromiso de gasto, emitido por la entidad de crédito en que esté situada la cuenta de situación de fondos.

- Las **garantías financieras** a 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 cuenta de situación de fondos. La responsabilidad en la gestión de dichas garantías corresponderá, en todo caso y con carácter exclusivo, al Ministerio de Defensa.

En caso de que la garantía se preste mediante **aval**, el mismo deberá constituirse con carácter solidario y con renuncia al beneficio de excusión.

En caso de que la garantía se constituya mediante **contrato de seguro de caución:**

- a. El Gobierno extranjero deberá tener la condición de asegurado.
- b. 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.
- c. El contrato deberá celebrarse con entidades aseguradoras habilitadas para operar en España en el ramo de seguro de caución.

- 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 no puedan deducirse de las retenciones practicadas sobre la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

- En los casos en los que, conforme al ordenamiento jurídico español, en el ejercicio de las actuaciones señaladas en el artículo 8.1 RDL 19/2012, el **Ministerio de Defensa sea 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 mismo para el suministro de fabricación, **las indemnizaciones por daños y perjuicios se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.**

- 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 **cuenta de situación de fondos** del Gobierno extranjero.

- En caso de **suspensión del contrato** a instancia del Gobierno extranjero, se abonarán al contratista los **daños y perjuicios** efectivamente sufridos con cargo a la **cuenta de situación de fondos** del Gobierno extranjero.

- En caso de **extinción del contrato por cumplimiento**, 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 de situación de fondos** del Gobierno extranjero.

- En caso de resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 223.g) TRLCSP⁵, los **intereses de demora e indemnizaciones** que correspondan se ejecutarán **contra la cuenta de situación de fondos** del Gobierno extranjero.

4.- Relación jurídica entre el Gobierno extranjero y el contratista español:

En tanto que el Ministerio de Defensa contrata en nombre y por cuenta del Gobierno extranjero, el material de defensa cuyo suministro se hubiera contratado no se integra en el patrimonio de las Administraciones Públicas (artículo 9 RDL 19/2012).

Por su parte, las responsabilidades y riesgos derivados del contrato se transmiten directamente entre el contratista y el Gobierno extranjero, correspondiendo al Ministerio de Defensa la realización de las actuaciones oportunas para el correcto desenvolvimiento del contrato y su terminación, tales como la deducción del pago de las cantidades que correspondan por la imposición de penalidades al contratista, o el abono a éste de las indemnizaciones por daños y perjuicios, abono del precio, intereses de demora si procedieran, etc., con cargo a la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

⁵ La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I TRLCSP.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo 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)