

DEBATES

EXPORTACIÓN DE MATERIAL DE DEFENSA A GOBIERNOS EXTRANJEROS

FRANCISCA VILLALBA PÉREZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. PUNTO DE PARTIDA.– II. SINGULARIDADES PROPIAS DEL SECTOR DE LA DEFENSA.– III. NORMATIVA A APLICAR A LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE GOBIERNOS PARA LA GESTIÓN DE PROGRAMAS DE MATERIAL DE DEFENSA CON DESTINO A LA EXPORTACIÓN.– IV. CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL GOBIERNO ESPAÑOL Y UN GOBIERNO EXTRANJERO RELATIVO AL SUMINISTRO DE MATERIAL DE DEFENSA.– V. CONTRATO SUSCRITO POR EL MINISTERIO DE DEFENSA ESPAÑOL Y LAS EMPRESAS SUMINISTRADORAS DE MATERIAL DE DEFENSA PARA DAR CUMPLIMIENTO AL CONTRATO CELEBRADO ENTRE GOBIERNOS.– VI. PAGO DEL PRECIO DEL CONTRATO. CUENTA DE SITUACIÓN DE FONDOS DESTINADOS A FINANCIAR LA ADQUISICIÓN DE MATERIAL DE DEFENSA POR UN GOBIERNO EXTRANJERO.

RESUMEN: Con la finalidad de promover la exportación de material de defensa, la Ley 12/2012 y el Real Decreto 33/2014 introducen en el ordenamiento jurídico español un mecanismo contractual asentado sobre dos relaciones jurídicas. Una, instaurada entre el Gobierno español y un Gobierno extranjero en virtud de la cual el Gobierno extranjero solicita al Gobierno de España que realice las gestiones precisas para que un determinado material o tecnología de defensa le sean transmitidos por una empresa ubicada en España. Y una segunda, conforme al contenido del encargo del Gobierno extranjero al Gobierno español, el Ministerio de Defensa celebrará en el tráfico jurídico interno un contrato para que una empresa española suministre dicho material al Gobierno extranjero.

Analizar las singularidades y características de ambas relaciones jurídicas es el objeto de estudio de este trabajo.

Palabras clave: exportación; defensa; contrato; Gobierno; Ministerio de Defensa; mandato; representación

ABSTRACT: *The Law 12/2012 and the Royal decree 33/2014 are intended to promote export of defence materiel by introducing in the Spanish legal system a contractual mechanism founded under two legal relationships. The first legal relationship is established between the Spanish Government and a foreign government pursuant to which the foreign government requests to the Spanish Government to take the appropriate steps to ensure that certain defence materiel and technology is transmitted by a company based in Spain; The second one, is established in accordance with the content of the*

order requested by the foreign government to the Spanish government. The Ministry of Defence shall conclude a contract, in the internal legal system, with a Spanish company which provides this materiel to the foreign government.

This paper objective is analysing the singularities and characteristics of both legal relationships

Key words: export; defence; contract; Government; Ministry of Defence; mandate; representation.

I. INTRODUCCIÓN. PUNTO DE PARTIDA

El paso de la defensa del siglo XX a la seguridad y defensa del siglo XXI supone en cierto modo cuestionar el modelo de defensa diseñado exclusivamente para la guerra y la posguerra. Superada la necesidad de proteger militarmente el Estado y la integridad territorial y cuestionada la eficacia de las grandes intervenciones militares, las prioridades se reorientan a la protección de las sociedades y poblaciones. La seguridad y la defensa son pilares básicos, la principal obligación del Estado, sobre la que se asienta todo el sistema de derechos que este garantiza, y la política de defensa, en cuya ejecución las Fuerzas Armadas son una herramienta fundamental, constituye el principal instrumento para garantizar la respuesta ante potenciales amenazas, la disuasión frente a hipotéticos enemigos y la oposición contra actos hostiles que afecten a los intereses nacionales o pongan en peligro el marco de convivencia constitucional (1).

En el ámbito de la UE, aunque la defensa y la seguridad nacional siguen siendo responsabilidades exclusivas de cada Estado miembro, en un mundo globalizado, es imprescindible la formación progresiva de un mercado europeo de equipos de defensa, con vistas a reforzar la base industrial y tecnológica y el desarrollo de capacidades militares necesarias en la ejecución de la Política Europea de Seguridad y Defensa de la Unión (PCSD).

(1) *La Estrategia Española de Seguridad de 2013 reconoce el valor de la seguridad y la defensa y el de la base industrial y tecnológica que las posibilitan para la protección de las libertades de los ciudadanos. Que dependen de la existencia de una base industrial y tecnológica en España que atienda las necesidades de seguridad y defensa. Sin una base industrial razonable, la sociedad española pasaría en pocos años de la interdependencia actual a una situación de dependencia estratégica y económica en sectores críticos para el funcionamiento normal de la sociedad. Por su carácter estratégico la seguridad y la defensa deberían de dejar de considerarse como sectores especiales y aparte de la economía nacional, otorgándoles un valor de servicio público añadido al de su interés económico (Estrategia Española de Seguridad. Un proyecto compartido, Departamento de Seguridad Nacional, Presidencia del Gobierno, mayo 2013).*

Hasta 2009 la contratación pública en el sector de la defensa estuvo huérfana de una legislación europea específica, básicamente porque la gran mayoría de las contrataciones que el sector venía celebrando se ejecutaban dentro de las fronteras nacionales, quedando un raquítico porcentaje —que no llegaba al 15%— abierto a las licitaciones públicas europeas. Este obstáculo ha sido difícil de vencer por parte de las autoridades europeas, que han ideado numerosos instrumentos con el fin de conseguir un mercado europeo de la defensa ajustado a los principios de competencia leal que rigen para el resto de los sectores en Europa.

La consecución de un mercado europeo de la defensa pasa por tener una industria europea altamente competitiva basada en la innovación y la tecnología, capaz de generar sinergias a través de una mayor cooperación transfronteriza, siendo imprescindible avanzar en investigación para garantizar nuestra independencia y asegurar las adquisiciones y los suministros. No cabe duda que este mercado europeo proporcionará mayor transparencia en las transacciones económicas, y evitará las duplicidades que tantas distorsiones generan en este sector. El éxito de las misiones de paz y seguridad de la PCSD depende en buena medida de dos factores claves: la capacidad de respuesta inmediata, y una mayor integración para la reducción de procesos y costes.

Para reforzar la defensa europea, innovar desde el punto de vista tecnológico y lograr economías de escala, la Unión Europea debe contar con un mercado común de la contratación pública con miras a conseguir una industria europea de la defensa moderna, integrada y competitiva. Para ello es necesario aplicar plenamente las normas del mercado interior y promover una mayor cooperación transfronteriza con el objetivo de contrarrestar la fragmentación del sector, que provoca duplicación de programas de equipos de seguridad y defensa y falta de transparencia en cuanto a las relaciones entre las Administraciones nacionales de defensa y la industria de la defensa.

II. SINGULARIDADES PROPIAS DEL SECTOR DE LA DEFENSA

La creación de este mercado europeo exige el establecimiento de un marco legislativo adecuado, que, en el ámbito de los contratos del sector público, requiere una coordinación de los procedimientos de adjudicación que respete los imperativos de seguridad de los Estados miembros y las obligaciones derivadas del Tratado. Los equipos de defensa y seguridad son vitales tanto desde la óptica de la seguridad y la soberanía de los Estados miembros como de cara a la autonomía de la Unión. Y las adquisiciones de obras, bienes y servicios en el sector de la defensa tienen, con frecuencia, un carácter muy sensible.

Y este carácter sensible incluso delicado del sector obliga a respetar determinadas exigencias específicas en materia de seguridad del abasteci-

miento y de seguridad de la información. Estas exigencias se refieren sobre todo a las compras de armas, municiones y material de guerra (así como a los servicios y obras directamente vinculados) destinados a las fuerzas armadas, pero también a ciertas adquisiciones particularmente sensibles en el ámbito de la seguridad no militar. En estos ámbitos es de especial utilidad un régimen relativo a la seguridad de la información, que incluya el reconocimiento mutuo de las habilitaciones nacionales de seguridad y permita el intercambio de información clasificada entre las entidades y poderes adjudicadores y las empresas europeas. Al mismo tiempo, los Estados miembros deben adoptar medidas concretas para mejorar la seguridad del suministro entre sí, con miras a la creación progresiva de un sistema de garantías adecuadas.

Los contratos en materia de defensa contienen, con frecuencia, información clasificada, que, con arreglo a las disposiciones legales debe protegerse, por motivos de seguridad, contra todo acceso no autorizado. En el ámbito militar, los Estados miembros disponen de sistemas de clasificación de esa información con fines militares. Por el contrario, en el ámbito de la seguridad no militar, la situación es dispar al tener que proteger otro tipo de información. Por lo que era aconsejable recurrir a un modelo que tome en consideración la diversidad de prácticas de los Estados miembros y permita abarcar los ámbitos militar y no militar (2).

Para preservar estos valores y bienes tan sensibles (seguridad y mantenimiento del abastecimiento y la seguridad de la información) la Unión Europea aprobó la Directiva 2009/81/CE, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios, por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad ((en adelante Directiva 2009/81/CE), que tiene en cuenta las necesidades de la entidad o poder adjudicador a lo largo de todo el ciclo de vida de los productos, objeto de su ámbito de aplicación.

La adjudicación de contratos en los ámbitos de la defensa y de la seguridad por importes superiores a una determinada cantidad, como todas las adjudicaciones de contratos del sector público en el ámbito de la Unión Europea está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado, en particular, los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento

(2) En cualquier circunstancia, la adjudicación de contratos en tales ámbitos no debe, llegado el caso, menoscabar las obligaciones que se derivan de la Decisión 2001/844/CE, CECA, Euratom de la Comisión, de 29 de noviembre de 2001, por la que se modifica su Reglamento interno. Cuando se trate de contratos públicos que supongan el uso de información clasificada o requieran el acceso a la misma, deberá tenerse en cuenta lo establecido en las disposiciones reglamentarias que dicte la Autoridad Nacional de Seguridad para la protección de la información clasificada originada por las partes del Tratado del Atlántico Norte, por la Unión Europea, y por la Unión Europea Occidental.

y libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como el principio de igualdad de trato y no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. De forma que se garanticen sus efectos y una apertura a la competencia de la contratación. Por consiguiente, las disposiciones de coordinación de las directivas europeas sobre contratación pública (3) deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado.

No obstante, los artículos 36, 51, 52, 66 y 346 del TFUE prevén excepciones específicas a la aplicación de los citados principios, y, en consecuencia, a la aplicación del Derecho derivado que los recoge. De lo anterior se desprende que ninguna disposición de la Directiva 2009/81/CE debe impedir que se impongan o apliquen las medidas que resulten necesarias para salvaguardar los intereses cuya legitimidad esté reconocida por las citadas disposiciones del Tratado. Esto significa, en particular, que la adjudicación de los contratos que entren dentro del ámbito de la defensa puede quedar exenta de la aplicación de la Directiva 2009/81/UE si ello se justifica por razones de seguridad pública o que sean necesarias para la protección de los intereses esenciales nacionales de un Estado miembro.

Ese puede ser el caso de los contratos que requieran unos requisitos en materia de seguridad del abastecimiento de un grado de exigencia tal o que sean tan confidenciales o importantes para la soberanía nacional que incluso las disposiciones específicas de la Directiva 2009/81/UE no sean suficientes para salvaguardar los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembros, a quien compete de forma exclusiva su definición. No obstante, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), conviene interpretar la posibilidad de recurrir a dichas excepciones de forma que sus efectos no vayan más allá de lo estrictamente necesario para la protección de los intereses legítimos que los referidos artículos del Tratado permiten salvaguardar (4)

(3) Nos referimos a la Directiva 2009/81/CE, a la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales; y a la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Estas dos últimas Directivas estarán en vigor hasta el 18 de abril de 2016. También a la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión; la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero, de contratación pública, y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

(4) Por ello la inaplicación de la Directiva 2009/81/UE debe, a un tiempo, ser proporcional a los objetivos perseguidos y constituir el medio que menos obstaculice la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios.

III. NORMATIVA A APLICAR A LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EL GOBIERNO ESPAÑOL Y UN GOBIERNO EXTRANJERO PARA LA GESTIÓN DE PROGRAMAS DE MATERIAL DE DEFENSA CON DESTINO A LA EXPORTACIÓN

La disposición adicional vigésima primera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de contratos del sector público (en adelante TRLCSP), establece que la preparación, selección y adjudicación, así como la subcontratación de los contratos incluidos en los ámbitos de la defensa y de la seguridad se regirán preferentemente por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (en adelante LCSPDyS) (5), y supletoriamente por el TRLCSP.

Esta regulación especial incluida en la LCSPDyS no disciplina la totalidad de la vida de los contratos públicos incluidos en su ámbito de aplicación como hace el vigente TRLCSP, se circunscribe a transponer la Directiva 2009/81/CE y a recoger la regulación relativa a la preparación y a los procedimientos de adjudicación de cierto tipo de contratos públicos (obras, suministros, servicios y colaboración público-privada), así como a regular cuestiones puntuales de determinados aspectos considerados de vital importancia en los sectores de la defensa nacional y de la seguridad pública, como son, fundamentalmente, la seguridad de la información y del suministro en la ejecución de los contratos, la revisión de los actos en los procedimientos de adjudicación, y la subcontratación de la ejecución de los contratos. Para ello establece como principio general la aplicación del TRLCSP en todo lo no regulado de forma expresa por la LCSPDyS, con lo cual, lejos de establecer un régimen de ruptura con la normativa que rige con carácter general la contratación del sector público, pretende enlazar directamente con ella y, de esta forma, extender la vigencia

(5) Dos son las ideas básicas que sirven de guía a la LCSPDyS. La primera, la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2009/81/UE, y una segunda, el reconocimiento de que en los contratos relativos a la defensa y la seguridad cobra especial relevancia, de una parte, la seguridad en la información que se transmite a los licitadores y la garantía en la continuidad del suministro y, de otra, la necesidad de establecer ciertas normas que faciliten la flexibilidad en los procedimientos de contratación. Para garantizar tanto la seguridad de la información como la del suministro, la LCSPDyS incluye una extensa regulación en los artículos 21 y 22, y sobre la forma en que deben gestionarla los diferentes órganos de contratación, la disposición adicional quinta les permite establecer determinadas exigencias respecto de ambas cuestiones en la documentación contractual. La necesaria flexibilidad de los procedimientos de contratación, ha tenido su plasmación en la elevación del procedimiento negociado con publicidad del anuncio de licitación a la categoría de procedimiento ordinario, al que pueden recurrir los órganos de contratación sin necesidad de justificación previa, así como en el incremento del plazo de vigencia de los acuerdos marco.

de los principios contractuales que la inspiran al ámbito de la defensa y la seguridad.

La LCSPDyS se aplica a la preparación y adjudicación de los contratos de obras, suministro, servicios y al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando su objeto sea alguno de los indicados en el art. 2 del citado texto legal (6), se celebren en el ámbito de la defensa o la seguridad pública, y sean adjudicados por entes que tengan la consideración de poderes adjudicadores, en los términos previstos por el art. 3 de la LCSPDyS.

No obstante, aprovechando las posibilidades que le permite la Directiva 81/2009, la LCSPDyS enumera una serie de negocios jurídicos excluidos de su ámbito de aplicación por razones de seguridad nacional (art. 7), protección de los intereses de seguridad de la información (art. 21), y de seguridad del suministro (art. 22), reservando a operadores nacionales la contratación (7). Entre los negocios jurídicos excluidos de su ámbito de aplicación el apartado g) del artículo 7.1 de la LCSPDyS recoge los contratos a celebrar entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero que tengan por objeto alguna de las prestaciones que se indican a continuación:

- 1º) El suministro de equipo militar o equipo sensible,
- 2º) Los trabajos y servicios ligados directamente a tales equipos,
- 3º) Los trabajos y servicios con fines específicamente militares, o las obras y los servicios sensibles

(6) Especifica el artículo 2 de la LCSPDyS el ámbito objetivo de aplicación: suministro de equipos militares, incluidas las piezas, componentes y subunidades de los mismos; suministro de armas y municiones destinadas al uso de las Fuerzas, Cuerpos y Autoridades con competencias en seguridad; suministro de equipos sensibles, incluidas las piezas, componentes y subunidades de los mismos; obras, suministros y servicios directamente relacionados con los equipos, armas y municiones mencionados anteriormente; y las obras y servicios con fines específicamente militares u obras y servicios sensibles

(7) También excluye la LCSPDyS de su ámbito de aplicación los contratos gestionados por organizaciones internacionales (OCCAR, OTAN, UE, AED) cuando se desarrollen en el escenario de misiones internacionales; los acuerdos internacionales entre Estados miembros y terceros países; los contratos estipulados por los servicios de inteligencia para todo tipo de actividades de inteligencia, incluidas las actividades de contrainteligencia, y todos los demás negocios jurídico que especifica el artículo 7 LCSPDyS. Por lo tanto, la transposición de la Directiva deja bastante libertad de acción para proteger los intereses y las capacidades del sector industrial de seguridad y defensa, siempre que la futura estrategia industrial del SISD los identifique como tales. Véase la Resolución 420/38100/2015, de 30 de julio, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, que determina las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional (BOE. de 6 agosto de 2015).

Los motivos de la exclusión de la LCSPDyS de los contratos de Gobierno a Gobierno parecía responder primordialmente al interés mostrado por determinados Estados miembros, sobre todo de aquellos que disponen de sólidas industrias nacionales de defensa o de políticas exteriores de exportación de armamento y material de defensa bien definidas, que consideraban conveniente disponer de total flexibilidad en este ámbito y no verse constreñidos ni limitados por normas de obligado cumplimiento en materia de contratación, en especial, no verse obligados a adjudicar los contratos de acuerdo con los procedimientos de adjudicación establecidos en la Directiva 2009/81/CE. La exclusión de este tipo de negocios jurídicos del ámbito de aplicación de la LCSPDyS, y por tanto, del TRLCSP, permitía al Estado disponer de un enorme margen de maniobra a la hora de abordar su regulación.

Finalmente, el Gobierno de España decidió disciplinar los contratos entre Gobiernos siguiendo una opción regulatoria en línea con las recomendaciones proporcionadas por la Comisión Europea en relación con la transposición de la Directiva 2009/81/CE por los Estados miembros, y esta regulación ha quedado establecida en la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (en adelante Ley 12/2012), que en el título II, artículos 6 a 15, contempla un mecanismo de *apoyo a la exportación de material de defensa por el Ministerio de Defensa*, que, en realidad, se trata de la regulación de los denominados contratos Gobierno a Gobierno en el sector de la defensa (8). Dicho mecanismo establece las bases para que el Gobierno de España, mediante un contrato con otro Gobierno extranjero, previsto en el artículo 7.1.g) de la LCSPDyS, pueda realizar las actuaciones de contratación en nombre y representación de dicho Gobierno extranjero, junto a la 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 citada Ley (9).

(8) Según la exposición de motivos de la Ley 12/2012 se trata de un mecanismo de apoyo a la exportación, cuyo principal objetivo es suplir «la inexistencia de mecanismos que permitieran una participación más activa del Ministerio de Defensa en la gestión de programas destinados a la exportación, inexistencia que ha supuesto una desventaja competitiva para nuestra base industrial y tecnológica, la cual se ha visto obligada a competir en el mercado internacional en desigualdad de condiciones contra ofertas procedentes de bases industriales extranjeras que gozaban de un respaldo mucho más proactivo y eficaz ofrecido por sus Gobiernos de origen».

(9) El artículo 8 señala que en cumplimiento de los términos establecidos en un contrato celebrado entre el Gobierno de España y un Gobierno extranjero, el Ministerio de Defensa podrá llevar a cabo las siguientes actuaciones:

a) Contratar, de acuerdo con lo previsto en el TRLCSP, 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.

La exportación de armamento y material de defensa constituye uno de los sectores más dinámicos de la economía internacional. Por lo que el mecanismo de contratación Gobierno a Gobierno persigue dotar al Gobierno español de un instrumento eficaz, duradero, flexible y adaptable a las necesidades de la demanda internacional, para gestionar programas de material de defensa con destino a la exportación. Este mecanismo de contratación de Gobierno a Gobierno en materia de defensa constituye una medida que había sido reclamada de forma insistente por este sector, y suple una importante carencia que situaba a España (y a sus empresas) en una posición de clara desventaja competitiva internacional en relación con los competidores de otros Estados.

Las concisas disposiciones del título II de la Ley 12/2012 (artículos 6 a 15) han sido desarrolladas por el Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, que regula en nueve artículos determinados aspectos del mecanismo de contratación Gobierno a Gobierno, como son las relativas al contenido del contrato celebrado entre el Gobierno español y el Gobierno extranjero; y las cuestiones relacionadas con los contratos celebrados entre el Ministerio de Defensa y las empresas españolas del sector de la defensa para dar cumplimiento al mandato o encargo del contrato celebrado entre el Gobierno español y el Gobierno extranjero.

La disposición final tercera del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, facultó al Ministro de Defensa, en el ámbito de su competencia, para dictar normas de desarrollo y aplicación de dicho Real Decreto, y este desarrollo ha sido llevado a cabo mediante la Orden Ministerial DEF/503/2015, de 16 de marzo, por la que se dictan normas para la aplicación del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, que desarrolla a la vez al Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

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 el buen fin de las mismas.

La realización de las actividades que impliquen actos de contratación por el Ministerio de Defensa por cuenta de un Gobierno extranjero, en ningún caso supondrá coste o beneficio económico para el Ministerio de Defensa. Y los contratos celebrados entre el Gobierno de España y otros Gobiernos de Estados miembros de la Unión Europea, se ajustarán a lo previsto en la normativa comunitaria.

La Ley 12/2012, de 26 de diciembre, no es, sin embargo, la única norma de rango legal relevante en la materia. También resulta de aplicación la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, de control del comercio exterior del material de defensa y de doble uso, a la que remite el artículo 10 de la propia Ley 12/2012 para señalar que la realización por el Ministerio de Defensa de las funciones de apoyo a la exportación no alterará la condición de exportador del contratista, de lo que se deduce que las previsiones de la Ley 53/2007 se aplican a las exportaciones promovidas con arreglo a la Ley 12/2012 y a su normativa de desarrollo (10).

IV. CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL GOBIERNO ESPAÑOL Y UN GOBIERNO EXTRANJERO RELATIVO AL SUMINISTRO DE MATERIAL DE DEFENSA

La puesta en marcha de los contratos celebrados por el Gobierno español y un Gobierno extranjero en relación a la gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación, oscila sobre dos relaciones jurídicas; una horizontal, de Gobierno a Gobierno, entre el Gobierno extranjero solicitante y el Gobierno español, y una relación vertical, entre el Gobierno español (por medio del Ministerio de Defensa) y una o más empresas suministradoras españolas.

La relación horizontal que se instaura en los contratos celebrados entre el Gobierno español y un Gobierno extranjero en relación a la gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación, se asienta sobre la celebración de un contrato tal como prevé el artículo 7.1 g) de la LCS-PDyS. En virtud de dicho contrato, el Gobierno extranjero solicita al Gobierno de España que realice todas las actividades de gestión precisas para que un determinado material o tecnología de defensa le sean transmitidos por un contratista español. El negocio jurídico inherente a dicho contrato, mandato (11), tiene las ventajas de que el bien suministrado no se integra en el patrimonio de las Administraciones públicas, no modifica la normativa vigente en materia

(10) 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. Y 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.

(11) El mandato como negocio jurídico es el contrato por el que una persona se obliga a realizar, por cuenta o encargo de otra, actos o servicios relativos a la gestión de uno o varios asuntos, con retribución o sin ella. Según el artículo 1.709 C.C. por el contrato de mandato se obliga a una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.

de control del comercio exterior de material de defensa, y permite transmitir de manera directa entre los contratistas y el Gobierno extranjero las responsabilidades y riesgos derivados de los contratos (12).

La primera cuestión que suscita dicha relación contractual es la de precisar su naturaleza jurídica para poder aplicar de forma adecuada y correcta el régimen jurídico al que queda sometido el contrato. El elemento más importante de esta regulación específica es el contrato cuyos sujetos son el Gobierno de España y un Gobierno extranjero, y cuyo objeto es la realización por el Gobierno español de determinadas actuaciones de gestión tendentes a facilitar la adquisición por el otro Gobierno de material de defensa fabricado por empresas domiciliadas en España. La exposición de motivos de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, califica al contrato de «negocio jurídico de mandato» y su artículo 8.1 enumera las actuaciones de gestión que el Ministerio de Defensa español desarrollará en ejecución de un contrato de ese género, entre las que figuran las de contratar, en nombre y representación de un Gobierno extranjero el suministro del material de defensa que se solicite por dicho Gobierno, así como supervisar la ejecución y el cumplimiento del contrato con la empresa española y recibir el objeto de suministro.

Según hemos visto en el epígrafe anterior este tipo de contrato queda excluido tanto de la Directiva 2009/81/CE, como de la LCSPDyS. Y esta exclusión se debe a que el objeto y la causa del contrato no persiguen de forma directa la protección y garantía de la defensa y la seguridad nacional, sino que se trata de un mecanismo que pretende incentivar y apoyar la exportación de material de defensa a otros países.

El contrato de referencia, denominado «contrato entre Gobiernos», según especifica el Dictamen del Consejo de Estado 1411/2013, de 9 de enero, tiene obviamente una naturaleza especial que implica de forma indubitada a su específico régimen jurídico (13). Con carácter general los acuerdos suscritos

(12) En virtud del contrato de Gobierno a Gobierno, calificado en la exposición de motivos de la Ley 12/2012 como *mandato*, el Gobierno extranjero encomienda al Gobierno español la realización de las actividades de gestión precisas para que un determinado material o tecnología de defensa le sean transmitidos por un contratista español. El apoyo prestado por el Ministerio de Defensa será realizado *sin coste ni beneficio* previéndose tan solo la posibilidad de que la Administración se reembolse los costes en los que incurra para gestionar el encargo recibido del Gobierno extranjero.

(13) Una cierta confusión planeó sobre el expediente remitido al Consejo de Estado en este punto, originada por el informe de la Dirección General de Política de Defensa y la Memoria del análisis de impacto normativo. Por un lado, la Dirección General de Política de Defensa afirma que el «contrato entre Gobiernos» no es un verdadero contrato, tal y como se entiende este término en Derecho administrativo o en Derecho privado, y ello porque ninguna de las partes contratantes es un sujeto de Derecho interno. Sin embargo, el mismo centro directivo dice más adelante que nada impide que dos Estados suscriban acuerdos de contenido

por dos Estados o bien quedan sujetos al Derecho internacional al tratarse de tratados internacionales, o bien quedan sometidos al Derecho interno de uno de los Estados al tratarse de verdaderos contratos, o al Derecho de un tercer Estado. Para el Consejo de Estado el «contrato entre Gobiernos» regulado por la Ley 12/2012 y por el Real Decreto 33/2014 es un verdadero contrato, dado que es cuestión pacífica que no está sujeto al Derecho internacional. La Ley 12/2012 no tiene dudas sobre la naturaleza contractual especial del acuerdo adoptado por el Gobierno español y un Gobierno extranjero al que denomina «negocio jurídico de mandato».

¿Pero qué Derecho interno ha de regir ese contrato entre Estados? Evidentemente, esta es una decisión que ambas partes contratantes han de adoptar de común acuerdo y hacerla constar en el propio contrato. Podrá tratarse del Derecho interno de un tercer Estado (14), o quedar sujeto el contrato al Derecho interno de uno de los dos Estados contratantes, bien del Estado que adquiere el material de defensa, bien el que promueve su exportación por empresas domiciliadas en su territorio (15). Ello dependerá de los distintos supuestos que se planteen, y de los intereses en presencia. En el caso que nos ocupa será el Ministerio de Defensa el encargado de escoger, de acuerdo con el otro Gobierno, las reglas procesales y de fondo que hayan de aplicarse al contrato. Es decir, el Ministerio podrá pactar un foro u otro para la adecuada solución de las disputas, y lo mismo cabe decir respecto del ordenamiento jurídico que haya de regir las relaciones contractuales sustantivas entre los dos Gobiernos.

Cuando el Gobierno de España suscriba con un Gobierno extranjero uno de los contratos previstos en el Título II de la Ley 12/2012, la *lex contractus* será la única *lex inter partes*, que se interpretará y aplicará con arreglo al Derecho interno al que por voluntad de las partes haya quedado sujeto. Quiere ello decir que la Ley 12/2012 y el Real Decreto 33/2014 obligarán

contractual, sometidos a un Derecho interno, y que, por tanto, no son tratados internacionales. Véase el Informe del Consejo de Estado 1411/2013, de 9 de enero.

(14) El Consejo de Estado pone como ejemplo su dictamen nº 1.338/94, de 21 de julio, que recayó sobre el expediente de adquisición de once aviones Mirage F1-Eda (monoplazas) y dos aviones Mirage F1-Dda (biplazas) y material asociado. Tal adquisición había de tener lugar mediante un contrato entre España y Qatar, que sería «interpretado de acuerdo con las leyes federales de Suiza, excluyéndose sus disposiciones sobre conflicto de leyes». Las disputas en torno al contrato serían resueltas «en Lausanne (Suiza), con arreglo a las Normas de Conciliación y Arbitrio de la Cámara Internacional de Comercio por tres árbitros nombrados de acuerdo con dichas normas.

(15) Este último supuesto aparece, por ejemplo, en la sentencia de 10 de julio de 2008 del Tribunal federal del Distrito de Columbia (caso Heroth v. Saudi Arabia), en el que determinados contratos entre Estados Unidos y Arabia Saudita cuyo fin era la adquisición de material militar norteamericano por este segundo país se regían por el Derecho de los Estados Unidos en materia de contratación administrativa.

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, el Ministerio deberá asegurarse de que, cuando así proceda, los preceptos de la propia Ley 12/2012 y del Real Decreto 33/2014 han de ser respetados por las estipulaciones del contrato entre Gobiernos.

En cumplimiento de los términos establecidos en el contrato celebrado entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, el Ministerio de Defensa llevará a cabo las actuaciones de contratación en nombre y representación de dicho Gobierno extranjero, así como la supervisión, apoyo logístico y transferencia de tecnología necesarias para la entrega de un determinado material de defensa. Las responsabilidades asumidas por el Ministerio de Defensa en virtud de dicho contrato deberán estar suficientemente garantizadas por este último.

Las actuaciones preparatorias a la celebración del contratos entre Gobiernos serán responsabilidad de la Secretaría de Estado de Defensa, que realizará los contactos preliminares necesarios con el Gobierno extranjero conducentes a asegurar el éxito de las negociaciones para su firma y formalización (16). Posteriormente se llevará a cabo un análisis de la solicitud inicial del Gobierno extranjero, teniendo en cuenta los aspectos técnicos, financieros y de gestión de riesgos, evaluando la capacidad de la Administración pública española para hacer frente a los compromisos que puedan derivarse del contrato, así como la solvencia de las posibles empresas implicadas. En especial se valorará la existencia de acuerdos internacionales vigentes con dicho Gobierno extranjero y las relaciones de ambos países en los ámbitos de armamento y material.

Seguidamente se ordenará el inicio del expediente del contrato con el Gobierno extranjero que establecerá las bases para su firma y deberá contar con los informes preceptivos de la Asesoría Jurídica general de la Defensa y de la Intervención General de la Defensa. La Secretaría de Estado de Defensa definirá los requisitos del suministro y el servicio a ofrecer, proponiendo la solución operativa o funcional más adecuada a la necesidad planteada, y estimará los costes a incurrir por el Ministerio de Defensa que, en su caso, serán revisados para evitar que supongan coste o beneficio económico para dicho Departamento.

A continuación se elaborará un calendario de pagos del futuro contrato entre Gobiernos que deberá asegurar que, en todo momento, el saldo dis-

(16) La Subdirección General de Relaciones Internacionales de la Dirección General de Armamento será la encargada de impulsar el apoyo institucional a la internacionalización de la industria española de defensa, coordinar la promoción internacional de la enajenación de bienes muebles y productos de defensa y, en coordinación con la Dirección General de Política de Defensa, dirigir las actuaciones de los agregados y consejeros de defensa.

ponible en la cuenta de situación de fondos permita hacer frente: a) a las indemnizaciones de todo tipo a asumir, incluidos los costes asociados a una posible resolución del contrato por causas no imputables a las empresas y demás riesgos identificados; b) los pagos a realizar a las empresas suministradoras; c) el pago anticipado de los costes a incurrir por el Ministerio de Defensa.

Y se preparará el borrador del contrato entre Gobiernos, asegurando, en su caso, la conformidad y de todos los organismos del Ministerio de Defensa implicados en su posterior ejecución.

En virtud del contrato celebrado entre el Gobierno de España y un Gobierno extranjero, el Ministerio de Defensa podrá llevar a cabo las siguientes actuaciones:

- a) Contratar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.1 de la Ley 12/2012, 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.
- 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 el buen fin de las mismas.

La realización por el Ministerio de Defensa de las actividades descritas no alterará la condición de exportador del contratista. Y en ningún caso el material de defensa, cuyo suministro fuere contratado por el Ministerio de Defensa pasará a formar parte del patrimonio de las Administraciones públicas. La existencia de los fondos necesarios para financiar la adquisición de material de defensa por un Gobierno extranjero será condición necesaria para la ejecución de los correspondientes contratos con las empresas domiciliadas en territorio nacional.

Las actuaciones conducentes a celebrar los contratos entre Gobiernos, tal como hemos visto anteriormente, serán responsabilidad de la Secretaría de

Estado de Defensa. Los contratos serán suscritos por el Ministro de Defensa o por la persona en quien éste delegue, en representación del Gobierno de España. Si en el contrato entre Gobiernos se pacta la creación de una Comisión de Seguimiento, los miembros correspondientes a la parte gubernamental española se nombrarán por el Secretario de Estado de Defensa.

El contenido del contrato podrá recoger, entre otros, los siguientes extremos:

- a) Objeto del contrato entre Gobiernos. Prestaciones que se solicitan del Ministerio de Defensa.
- b) Foro judicial o arbitral competente para resolver las discrepancias entre las partes contratantes.
- c) Régimen jurídico al que quedará sometido el contrato.
- d) Financiación, garantías y calendario de situación de fondos.
- e) Medidas de control y seguimiento del contrato entre Gobiernos. Creación de una Comisión de Seguimiento y establecimiento de sus funciones.
- f) Vigencia del contrato.
- g) Causas de resolución del contrato.
- h) Creación de un Programa de Armamento y Material, en su caso.
- i) Creación de Oficina de Programa, si procede, su funcionamiento y liquidación.
- j) Creación de una Oficina de Apoyo a lo suministrado al país cliente, si procede, su funcionamiento y liquidación
- k) Reembolso de gastos ocasionados al Ministerio de Defensa.
- l) Aspectos financieros y tributarios, de conformidad con la normativa vigente.
- m) Todas las condiciones sobre los transportes.
- n) Modificaciones del contrato.
- o) Propiedad intelectual.
- p) Aportaciones de los Gobiernos.
- q) Aspectos de seguridad aplicables.

En todo caso el contrato deberá recoger necesariamente como contenido mínimo las disposiciones previstas en las letras a), b), c) y d). Y el Gobierno de España podrá hacer constar que se reserva la facultad de resolución total o parcial del contrato entre Gobiernos por razones de interés público.

Además de dichos extremos el contrato entre Gobiernos podrá incluir el estatuto del personal intercambiado entre ambos gobiernos, y el régimen de responsabilidades. En todo caso el clausulado del contrato deberá recoger el reembolso de gastos ocasionados al Ministerio de Defensa y las causas de resolución del contrato.

Las garantías a prestar por el Gobierno extranjero se realizarán por los siguientes medios: a) depósito inicial; b) aval bancario; c) seguro de caución. Se utilizará preferentemente el pago de un depósito inicial que cubra los riesgos potenciales de incumplimiento total o parcial del contrato y todas las obligaciones que se deriven del mismo. Este depósito inicial podrá reducirse a lo largo de la vida del contrato en función de cómo disminuyan las obligaciones asumidas por el Gobierno extranjero en el mismo

Para cada contrato entre Gobiernos se abrirá una cuenta que se utilizará exclusivamente para el contrato de que se trate. Este mismo régimen se aplicará a cualquier otra cuenta cuya apertura resulte necesaria para la ejecución del contrato. La cuenta será abierta en la entidad financiera contratada según lo previsto 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. Realizada la adjudicación y formalizado el contrato de la cuenta de situación de fondos destinada a financiar la adquisición de material de defensa por un Gobierno extranjero, se comunicarán tales extremos al Gobierno extranjero con expresión de la fecha a partir de la cual comience la ejecución del mismo, a fin de que pueda empezar a cumplir el calendario pactado (17). 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.

Las actividades que impliquen actos de contratación por el Ministerio de Defensa por cuenta de un Gobierno extranjero, en ningún caso supondrán coste o beneficio económico para el Ministerio de Defensa. Y cuando exijan la celebración de contratos entre el Gobierno de España y otros Gobiernos de Estados miembros de la Unión Europea, se ajustarán a lo previsto en la normativa comunitaria. En ningún caso el material de defensa, cuyo suministro fuere contratado por el Ministerio de Defensa, pasará a formar parte del patrimonio de las Administraciones públicas. Y a los efectos de la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa, la realización por el Ministerio de Defensa de las actividades relativas a la gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación, no alterará la condición de exportador del contratista.

La Intervención General de la Defensa llevará a cabo el control de la gestión económico-financiera mediante la aplicación analógica de lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, sobre la

(17) El Ministerio de Defensa podrá suscribir convenios con las entidades de crédito, tendentes a determinar el régimen de funcionamiento de las cuentas abiertas en que se encuentren situados los fondos de Gobiernos extranjeros y, en especial, el tipo de interés al que serán retribuidas, las comisiones a pagar, en su caso, los medios de pago asociados a las mismas y las obligaciones de información asumidas por las entidades de crédito.

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.

Los contratos entre Gobiernos finalizarán por alguna de las siguientes causas:

a) Por su cumplimiento, que dará lugar a la liquidación final del contrato y al cierre de las cuentas abiertas. La Subdirección General de Contabilidad determinará el importe de los costes incurridos por el Ministerio de Defensa que junto con el precio del contrato con las empresas constituirá el precio final. Una vez resarcido el Gobierno de España y las empresas de los gastos y costes incurridos, se realizará el cierre definitivo de las cuentas de situación de fondos que haya abierto el Ministerio de Defensa o dará su conformidad al cierre de aquéllas abiertas por el Gobierno extranjero.

b) Por acuerdo entre las partes, en cuyo caso se estará a lo establecido en el contrato entre Gobiernos.

c) Por incumplimiento de alguna de las dos partes, en cuyo caso se estará a lo establecido en el contrato entre Gobiernos. En este contrato se podrá hacer constar que el Gobierno de España se reserva la facultad de resolución total o parcial por razones de interés público. En el documento contractual se definirán las causas de interés público y los efectos de la resolución del contrato

d) Por resolución del contrato con las empresas españolas, cuyos efectos serán los establecidos en el contrato entre Gobiernos.

Si en el contrato entre Gobiernos se pacta la creación de una Comisión de Seguimiento, los miembros correspondientes a la parte gubernamental española se nombrarán por el Secretario de Estado de Defensa. La composición, funciones, régimen de funcionamiento y de toma de decisiones será la que se establezca en el contrato entre Gobiernos. En todo caso, por parte del Ministerio de Defensa, se constituirá una Comisión de seguimiento del contrato (18).

Si del contrato se deriva la creación de un programa de armamento y material, éste se regirá por la normativa aplicable a los programas nacionales, con la salvedad de que el material cuyo suministro fuere contratado no pasará a formar parte del patrimonio de las Administraciones públicas. La creación de una Oficina de Programa o de una Oficina de Apoyo a lo suministrado al país

(18) De la que formarán parte: a) El Director General de Armamento y Material; b) El Director General de Asuntos Económicos; c) El Jefe del Estado Mayor Conjunto y el Jefe de Programas del Estado Mayor de la Defensa, cuando el contrato prevea la creación de un Programa que afecte al Estado Mayor de la Defensa; d) El Segundo Jefe del Estado Mayor y el Jefe del Mando o Jefatura de Apoyo Logístico respectivo cuando el contrato prevea la creación de un Programa que afecte a los Ejércitos; e) En su caso, el jefe de la Oficina de Programa.

Atendiendo a las circunstancias concurrentes, el Secretario de Estado de Defensa podrá decidir formar parte tanto de la representación española como de la comisión del Departamento

cliente sólo podrá acordarse bajo la condición de que el Gobierno extranjero corra con todos los gastos de las oficinas que se creen. La Oficina de Programa se establecerá a semejanza de las que reglamentariamente se regulan para los programas de armamento y material del Ministerio de Defensa. El Gobierno extranjero podrá crear una oficina de enlace en conexión permanente con la Oficina de Programa, correspondiéndole la comprobación de los hitos contractuales y su comunicación al órgano de contratación correspondiente, para su aprobación y pago en su caso.

IV. CONTRATO SUSCRITO POR EL MINISTERIO DE DEFENSA Y LAS EMPRESAS SUMINISTRADORAS DE MATERIAL DE DEFENSA PARA DAR CUMPLIMIENTO AL CONTRATOS CELEBRADO ENTRE GOBIERNOS

Las relaciones verticales desarrolladas mediante las actividades que, en virtud del encargo del Gobierno extranjero al Gobierno español, realizará el Ministerio de Defensa en el tráfico jurídico interno se llevarán a cabo 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. 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 a cargo del Ministerio de Defensa se regirán por el TRLCSP.

Puede sorprender que el contrato celebrado por el Ministerio de Defensa y la empresa suministradora haya quedado sujeto al TRLCSP y no a la LCSPDyS, como consecuencia de la flexibilidad procedimental que esta última norma aporta. Pero si analizamos la causa, el objeto y la finalidad de los contratos sujetos a la LCSPDyS (seguridad nacional, protección de los intereses de seguridad de la información y de la seguridad del suministro) y los objetivos que persigue la regulación del título II de la Ley 12/2012 (apoyo a la exportación de material de defensa por el Ministerio) nos daremos cuenta que son finalidades completamente distintas.

La Intervención General de la Defensa llevará a cabo el control de la gestión económico-financiera mediante la aplicación 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.

Por tanto, el conjunto de actividades internas que desplegará el Ministerio de Defensa, en nombre y representación del Gobierno extranjero, se desarrollarán aplicando las disposiciones del TRLCSP. Esta solución, conforme a la letra

y al espíritu de la normativa europea y española en materia de contratación pública, obliga al Gobierno de España a tramitar los expedientes contractuales mediante los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos previstos legalmente (procedimiento abierto, restringido o negociado con o sin publicidad previa). No obstante, dichos contratos podrán encontrar encaje en alguno de los supuestos de aplicación del procedimiento negociado que contempla el artículo 170 del TRLCSP, en particular cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d) del TRLCSP. La declaración de que concurre esta última circunstancia deberá hacerse, de forma expresa en cada caso, por el titular del Departamento ministerial del que dependa el órgano de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado. La competencia para efectuar esta declaración no será susceptible de delegación, salvo que una ley expresamente lo autorice.

También contempla el artículo 170 del TRLCSP la posibilidad de que el contrato sea adjudicado por procedimiento negociado cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito del artículo 346 del TFUE, que faculta a los Estados miembros para adoptar las medidas que estimen necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra. No obstante, estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado interior respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares

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 Público. Atendiendo a que la contratación no se realiza con cargo a fondos públicos, se prevé la apertura de cuentas de situación de fondos del Gobierno extranjero de las que únicamente el Gobierno español está habilitado para extraer los mismos. Simultáneamente, se articulan disposiciones especiales para regular todas aquellas ocasiones en las que la normativa general de contratación del sector público contempla un flujo de fondos entre una Administración pública y un contratista, de modo que los flujos de fondos que operan en esta relación no se vinculen con la Hacienda Pública, sino con la cuenta de situación de fondos en la que se depositan las cantidades adelantadas por el Gobierno extranjero para costear los gastos del contrato (19).

(19) Siguiendo el ejemplo del derecho comparado, la normativa de este tipo de contratos prevé el reembolso de los costes en los que incurra el Ministerio de Defensa con cargo a la cuenta de situación de fondos del programa que se gestione con destino a la exportación, de tal modo que el apoyo prestado se realice sin coste ni beneficio para el Ministerio de Defensa.

Los contratos suscritos por el Ministerio de Defensa con las empresas suministradoras del sector de la defensa, consecuencia de un contrato entre Gobiernos, aunque quedan sometidos al TRLCSP, la Ley 12/2012, el Real Decreto 33/2014 y la Orden Ministerial DEF/503/2015 contemplan en su tramitación las siguientes singularidades:

— Serán suscritos por el Subdirector General de Adquisiciones de Armamento y Material del Ministerio de Defensa (20) y se celebrarán en nombre y representación, y por cuenta y riesgo del Gobierno extranjero.

— La transferencia de propiedad del material suministrado se realizará directamente desde el contratista al Gobierno extranjero.

— Al expediente contractual se incorporará 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 la 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, serán de aplicación las siguientes normas:

- 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 a la que hace referencia el artículo 12 de esta Ley.
- 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.

(20) Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.3.c) de la Orden DEF/244/2014, de 10 de febrero, por la que se delegan facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos en el ámbito del Ministerio de Defensa

— En los casos en los que, conforme al ordenamiento jurídico español, en el ejercicio de las actuaciones contractuales, 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 dicho Ministerio 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, demorese 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.

— 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. En caso de resolución del contrato por 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 los artículos 105 a 108 del TRLCSP, los intereses de demora e indemnizaciones que correspondan se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

— A los efectos de la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa, la realización por el Ministerio de Defensa de las actividades contractuales descritas en el artículo 8.1, de la Ley 12/2012 no alterará la condición de exportador del contratista. En particular será de aplicación el régimen de autorización y registro establecido en la Ley 53/2007. 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.

V. PAGO DEL PRECIO DEL CONTRATO. CUENTA DE SITUACIÓN DE FONDOS DESTINADOS A FINANCIAR LA ADQUISICIÓN DE MATERIAL DE DEFENSA POR UN GOBIERNO EXTRANJERO

Para la realización de las actuaciones a cargo del Ministerio de Defensa previstas en el artículo 8.1 de la Ley 12/2012, el Ministerio de Defensa podrá, actuando por cuenta de un Gobierno extranjero, en virtud de un contrato celebrado entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, administrar cuentas de situación de fondos abiertas por aquél en entidades de crédito con domicilio en territorio español, así como contratar su apertura. 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

La apertura de la cuenta de situación de fondos deberá contratarse de modo que únicamente el Ministerio de Defensa esté habilitado para extraer y retener fondos de la misma. 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. 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. Realizada la adjudicación y formalizado el contrato, se comunicarán tales extremos al Gobierno extranjero con expresión de la fecha a partir de la cual comience la ejecución del mismo.

Los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado en los casos que contempla el artículo 170 del TRLCSP entre los que figura: cuando la ejecución del contrato deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado. Y como hemos visto anteriormente, la declaración de que concurre esta última circunstancia deberá hacerse, de forma expresa en cada caso, por el titular del Departamento ministerial del que dependa el órgano de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado. La competencia para efectuar esta declaración no será susceptible de delegación, salvo que una ley expresamente lo autorice.

También podrán adjudicarse por procedimiento negociado los contratos incluidos en el ámbito del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, donde se establece que ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad; y podrán adoptar las medidas que estime

necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado interior respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente

En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. Este procedimiento será objeto de publicidad previa en los casos previstos en el artículo 177 del TRLCSP, en los que será posible la presentación de ofertas en concurrencia por cualquier empresario interesado. En los restantes supuestos, no será necesario dar publicidad al procedimiento, asegurándose la concurrencia mediante el cumplimiento de efectuar consultas con varios candidatos. En el procedimiento negociado será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible. Durante la negociación, los órganos de contratación velarán porque todos los licitadores reciban igual trato. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. En el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas y de las razones para su aceptación o rechazo.

Se podrá articular el procedimiento negociado en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta facultad. El número de soluciones que lleguen hasta la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados. Los órganos de contratación negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa.

Para cada contrato entre Gobiernos se abrirá una cuenta de situación de fondos, que se utilizará exclusivamente para el contrato de que se trate. Este mismo régimen se aplicará a cualquier otra cuenta cuya apertura resulte necesaria para la ejecución del contrato. Cada contrato entre Gobiernos establecerá su propio calendario de situación de fondos, así como el depósito inicial exigible al Gobierno extranjero. En caso de cambio de entidad de crédito por nueva contratación, se traspasará la cuenta de situación de fondos de la antigua entidad a la nueva y se comunicará el cambio al Gobierno extranjero

y a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Competitividad.

El Ministerio de Defensa podrá suscribir convenios con las entidades de crédito, tendentes a determinar el régimen de funcionamiento de las cuentas abiertas en apoyo a la exportación de material de defensa, en que se encuentren situados los fondos de Gobiernos extranjeros y, en especial, el tipo de interés al que serán retribuidas, las comisiones a pagar, en su caso, los medios de pago asociados a las mismas y las obligaciones de información asumidas por las entidades de crédito (21).

El Ministerio de Defensa, en relación con las referidas cuentas, podrá recabar, del órgano administrativo gestor o de la correspondiente entidad de crédito, cualesquiera datos tendentes a comprobar el cumplimiento de las condiciones en que se autorizó la apertura de la cuenta y semestralmente se remitirá a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, información sobre la evolución y situación de las cuentas de situación de fondos.

Los costes derivados de las actuaciones del Ministerio de Defensa previstas en el artículo 8 de la Ley 12/2012 serán cargados directamente a la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero. Los gastos ocasionados por la prestación de servicios que se deriven de la celebración de los contratos serán reembolsados, con cargo a la citada cuenta, mediante ingreso a favor del Tesoro Público. La Intervención General de la Defensa llevará a cabo el control de la gestión económico-financiera 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 contratación y apertura de las cuentas de situación de fondos se realizará por la Subdirección General de Gestión Económica, correspondiendo al Centro de Gestión de Pagos en el Extranjero (CEGEPEX) la administración de las mismas. Cada contrato entre Gobiernos establecerá su propio calendario de situación de fondos, así como el depósito inicial exigible al Gobierno extranjero. El ingreso del depósito inicial será requisito necesario para el inicio de las actuaciones preparatorias de la contratación con las empresas domiciliadas en territorio nacional.

(21) Estos convenios podrían configurarse como acuerdos marcos singulares (artículos 196 a 198 del TRLCSP) para la posterior adjudicación del concreto contrato de apertura de cuenta de fondos del Gobierno extranjero.