

## LOS CONTRATOS GOBIERNO A GOBIERNO EN MATERIA DE DEFENSA

### Los contratos Gobierno a Gobierno en materia de defensa

*La Ley 12/2012, de 26 de diciembre, recientemente desarrollada por el Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico un mecanismo de contratación de Gobierno a Gobierno en el sector de la defensa. Se trata de un sistema en virtud del cual un Gobierno extranjero puede encomendar al Gobierno español, a través del Ministerio de Defensa, la realización de las actuaciones o medidas que resulten necesarias para que una empresa del sector de la defensa con domicilio en territorio español le suministre o proporcione un determinado material o tecnología de defensa.*

### Contracts entered into and between Governments in the field of defence

*Law 12/2012, of 26 December, recently implemented by Royal Decree 33/2014, of 24 January, has included in the Spanish legal system a contracting mechanism between Governments in the field of defence. It is a mechanism by which a foreign Government can entrust the Spanish Government, through the Ministry of Defence, to carry out all the necessary actions or measures in order to be supplied or provided with certain equipment or technology of defence by enterprises with Spanish basis.*

## INTRODUCCIÓN

La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad («LCSPDyS»), publicada en el BOE el 2 de agosto de 2011, incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, suministros y servicios por entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (en lo sucesivo, la «Directiva 2009/81/CE» o la «Directiva»). El objetivo de la Directiva era dotar de una regulación específica y armonizada a la contratación pública en unos sectores singulares y especialmente sensibles para los Estados miembros, como son la defensa nacional y la seguridad pública, adecuando en estos sectores las normas generales de obligado cumplimiento en el conjunto de la Unión Europea (recogidas, en aquel momento, en la Directiva 2004/18/CE, recientemente derogada por la Directiva 2014/24/UE).

La LCSPDyS es una norma que se limita a transponer la Directiva 2009/81/CE. No disciplina, por tanto, la totalidad de la «vida» de los contratos públicos incluidos en su ámbito de aplicación como lo hace el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre —«TRL CSP»—). Se circunscribe, por tanto, 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 ciertos aspectos considera-

dos 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 actos en los procedimientos de adjudicación y la subcontratación de la ejecución de los contratos).

Una de las cuestiones que ha suscitado mayor problemática, tanto en la aplicación de la Directiva como de la LCSPDyS (y, que previsiblemente, continuará haciéndolo), ha sido la de la correcta determinación de su ámbito de aplicación objetivo. Este problema se plantea, además, desde diversas perspectivas, de entre las que destaca especialmente la articulación de esta regulación normativa con la extensión general en la aplicación de los principios y normas del Derecho de la Unión Europea contemplada, en materia de defensa y de seguridad, en el apartado primero del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (a tenor del cual «todo Estado miembro podrá 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 militares»).

Los contratos Gobierno a Gobierno (o, si se prefiere, Estado a Estado) en materia de defensa constituyen una de las particulares dimensiones que presenta el problemático ámbito de aplicación de la LCSPDyS. Como se verá a continuación, el legislador español ha decidido dotar a estos negocios jurídicos de una regulación legal específica, recientemente desarrollada de forma reglamentaria.

### **LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EL GOBIERNO DE ESPAÑA Y UN GOBIERNO EXTRANJERO COMO NEGOCIOS JURÍDICOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LCSPDyS**

El artículo 7.1 de la LCSPDyS, transponiendo de forma prácticamente literal el artículo 13 de la Directiva 2009/81/CE, enumera una serie de negocios jurídicos expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la ley aun en el supuesto de que pudieran quedar objetiva y subjetivamente incluidos en él de acuerdo con lo dispuesto en sus artículos 2 y 3 (que regulan, respectivamente, los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de la LCSPDyS). Se trata de un conjunto de «categorías» negociales o contractuales que, por motivos diversos, quedan al margen no sólo de las normas especiales en materia de contratación pública de la LCSPDyS, sino también de las normas generales recogidas en el TRLCSP de conformidad con lo previsto en su disposición adicional vigésima primera.

Entre los negocios jurídicos excluidos de su ámbito de aplicación, el apartado g) del referido artículo 7.1 de la LCSPDyS recoge, en concreto, «los contratos a celebrar entre el Gobierno de España y otro Gobierno a que tengan por objeto alguna de las prestaciones que se indican a continuación». Estas prestaciones son las siguientes:

- 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».*

La exclusión recogida en la LCSPDyS vuelve a ser, de nuevo, una transposición prácticamente literal de la que se recoge, a su vez, en el apartado f) del artículo 13 de la Directiva. Sería largo de explicar los motivos a los que se debe. Baste señalar en este momento que responde primordialmente al interés mostrado en su exclusión 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).

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 (o no) su regulación. Finalmente, el Gobierno de España decidió disciplinarlos siguiendo una opción regulatoria que iba en línea con las recomendaciones proporcionadas por la Comisión Europea en relación con la transposición de la Directiva por los Estados miembros.

### **EL MECANISMO DE CONTRATACIÓN GOBIERNO A GOBIERNO CONFIGURADO POR LA LEY 12/2012**

El 27 de diciembre de 2012 se publicó en el BOE la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios («Ley 12/2012»), con entrada en vigor el 28 de diciembre de 2012. El título II de esta ley (artículos 6 a 15) contiene una regulación, ciertamente escueta, de un mecanismo de «apoyo a la exportación de material de defensa por el Ministerio de Defensa» que, en realidad, versa sobre los contratos Gobierno a Gobierno en el sector de la defensa de los que estamos hablando.

Según la exposición de motivos de la ley, nos encontramos ante un «nuevo mecanismo de apoyo a la exportación a los ya existentes en el ordenamiento jurídico español» cuyo principal objetivo es suplir «la inexistencia, hasta este momento, 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». La medida se justifica, en última instancia, por el «interés declarado y actual, por parte de las [potencias emergentes], en que sea el Gobierno español su único interlocutor en procesos de adquisición de material de defensa».

Los objetivos perseguidos con la introducción de este mecanismo son ciertamente loables. Al margen

de consideraciones de otro tipo, la exportación de armamento y material de defensa constituye uno de los sectores más dinámicos de la economía internacional. De acuerdo nuevamente con la exposición de motivos de la Ley 12/2012, el mecanismo de contratación Gobierno a Gobierno persigue «*dotar al gobierno español de instrumentos eficaces, duraderos, flexibles y adaptables a las necesidades de la demanda internacional*» mediante la adaptación «*al ordenamiento jurídico español [de] instituciones tradicionales en el derecho comparado relativas a la gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación*» (entre las que destacan los mecanismos de ayuda y fomento de la exportación de material de defensa existentes en Francia, quizás unos de los más conocidos en el sector).

El mecanismo de contratación Gobierno a Gobierno descansa sobre la configuración de una doble relación jurídico-contractual: (i) una relación «*horizontal*», que se establece entre el Gobierno español y el Gobierno extranjero; y (ii) una relación «*vertical*», en cierta medida instrumental de la anterior, que se establecería entre el Gobierno español (por quien actuaría el Ministerio de Defensa) y una o varias empresas suministradoras con domicilio en territorio español. Las principales características de cada una de estas relaciones se pueden sintetizar de la siguiente manera:

(i) La relación horizontal se sustancia y concreta en un contrato (o convenio) celebrado entre el Gobierno de España y un Gobierno extranjero que se beneficiaría de la exclusión prevista en el artículo 7.1 apartado g) de la LCSPDyS. Aunque la ley sólo habla expresamente de contratos bilaterales, celebrados entre el Gobierno de España y un Gobierno extranjero, nada parece impedir que la contratación pudiera ser multilateral con varios Gobiernos extranjeros.

En virtud de este contrato, calificado en ocasiones como «*mandato*» por la ley, el Gobierno extranjero encomienda al Gobierno español la realización de «*todas las actividades de gestión precisas para que un determinado material o tecnología de defensa le sean transmitidos por un contratista español*» (artículos 6, 8.1 y 11 de la Ley 12/2012). 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 (artículos 8.2 y 13 de la ley).

(ii) La relación vertical, por su parte, vendría integrada por el conjunto de actuaciones que resulta necesario que el Gobierno de España desarrolle con los contratistas españoles para dar satisfacción y cumplimiento al mandato o encomienda recibido del Gobierno extranjero en virtud del anterior contrato (artículos 8 y 11 de la Ley 12/2012).

El conjunto de actividades «*internas*» que debe desplegar el Ministerio de Defensa, en nombre y representación del Gobierno extranjero, se desarrollarían «*aplicando los mecanismos vigentes de contratación administrativa del sector público*». La solución por la que finalmente se ha optado, si bien es conforme con la letra y el espíritu de la normativa europea y española en materia de contratación pública, podría presentar no obstante, en nuestra opinión, algunas desventajas que se derivarían del hecho de que el Gobierno de España se vea obligado a tramitar alguno de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos previstos legalmente (procedimiento abierto, restringido o negociado en alguna de sus modalidades —esto es, con o sin publicidad previa—), lo que introduciría un elemento de mayor rigidez en un sistema que pretende ser eminentemente flexible.

Las anteriores disposiciones se complementan con dos previsiones legales que resultan de gran relevancia desde la perspectiva presupuestaria y de gestión y control del gasto público asociadas a la contratación pública, hasta el punto de que puede decirse que constituyen la piedra angular de la *flexibilidad* que se predica como principal característica de este mecanismo de contratación: (i) la previsión de que los suministros y material de defensa contratados por el Ministerio de Defensa, en cumplimiento del contrato celebrado con un Gobierno extranjero, en ningún caso pasarán a integrarse en el patrimonio de las Administraciones públicas (artículo 9 de la Ley 12/2012); y (ii) la apertura de las denominadas «*cuentas de situación de fondos*» por el Gobierno extranjero en entidades de crédito con domicilio en territorio español destinadas tanto a financiar la adquisición del material de defensa como a servir de garantía de las responsabilidades que deba asumir el Ministerio de Defensa en virtud del contrato celebrado con el Gobierno extranjero (artículos 7, 11.5 y 12 de la Ley).

Por lo que se refiere a este último aspecto, se establece que la apertura de estas cuentas se efectuará en unos términos que únicamente habiliten al Ministerio de Defensa a disponer de los fondos depositados en ellas. Asimismo se contempla que la selección de la entidad de crédito en la que se abrirá la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero se efectuará por el Ministerio de Defensa mediante un procedimiento negociado en el que se recabarán un mínimo de tres ofertas (apartado tercero del artículo 12 de la ley). El Ministerio de Defensa informará debidamente al Gobierno extranjero de los anteriores extremos una vez que haya adjudicado y formalizado el contrato con la entidad de crédito correspondiente.

Cabe señalar que, si bien del tenor de la ley se desprende que la selección de la entidad de crédito, en los términos a los que se acaba de hacer referencia, debe efectuarse cada vez que se celebra un contrato con un Gobierno extranjero, se prevé no obstante, de una forma un tanto confusa, que el Ministerio de Defensa podrá «suscribir convenios con las entidades de crédito» con el objeto de determinar los principales términos y condiciones de las cuentas de situación de fondos (apartado cuarto del artículo 12 de la ley). Aunque no se deduce con claridad de la escueta regulación legal (que tampoco ha sido objeto de desarrollo reglamentario, al que se hará referencia a continuación), parece que estos convenios se configurarían como una especie de «acuerdos marco» singulares (artículos 53 y 54 de la LCSPDyS y artículos 196 a 198 del TRLCSP) para la posterior adjudicación del concreto contrato de apertura de cuenta de fondos del Gobierno extranjero.

## **EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DEL TÍTULO II DE LA LEY 12/2012 APROBADO POR EL REAL DECRETO 33/2014**

Las concisas disposiciones del título II de la Ley 12/2012 han sido recientemente desarrolladas por medio del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, publicado en el BOE de 29 de enero de 2014 («RD 33/2014»), que entró en vigor el 30 de enero de este año. Se trata de una breve norma reglamentaria, de tan sólo nueve artículos, en la que se desarrollan determinados aspectos del mecanismo de contratación Gobierno a Gobierno. Las previsiones reglamentarias más relevantes son las relativas al contenido del contrato celebrado entre el Gobierno español y el Gobierno extranjero (artículo 3), y las relacionadas con los contratos que sean celebrados

entre el Ministerio de Defensa y las «empresas españolas» del sector de la defensa para dar cumplimiento a la encomienda o mandato contenida en el anterior contrato (artículo 8).

(i) Por lo que se refiere al contenido, términos y condiciones del contrato que sea celebrado entre el Gobierno español y el Gobierno extranjero, rige en primer lugar la autonomía de la voluntad de las partes (el apartado primero del artículo 3 del RD 33/2014 señala, en este sentido, que «los contratos entre Gobiernos podrán recoger, entre otros, los siguientes extremos [...]»). No obstante lo anterior, se establece de forma imperativa que el contrato deberá recoger necesariamente los siguientes extremos (apartado segundo del citado artículo 3):

- (a) El objeto del contrato y, en particular, las prestaciones que el Gobierno extranjero solicita o encomienda al Ministerio de Defensa.
- (b) El foro judicial o arbitral que resulte competente para resolver las posibles discrepancias entre las partes.
- (c) El «régimen jurídico» al que se someterá el contrato; y
- (d) La financiación, las garantías y el calendario de situación de los fondos proporcionados por el Gobierno extranjero.

Se prevé, asimismo, que la dotación de los fondos necesarios para financiar la adquisición del material de defensa por parte del Gobierno extranjero, a través de la correspondiente cuenta de situación de fondos, constituirá condición necesaria para la «ejecución» de los contratos que celebre el Ministerio de Defensa con las empresas suministradoras con domicilio en territorio español (apartado cuarto del artículo 3). Resulta significativo, en nuestra opinión, que el RD 33/2014 haga únicamente referencia a la ejecución del contrato y no a la selección del contratista o a su adjudicación. De ello parece deducirse que estas fases previas podrían llevarse a cabo, una vez celebrado el contrato con el Gobierno extranjero, incluso con anterioridad a que éste dote los fondos necesarios para la adquisición del material de defensa de que se trate.

(ii) Por lo que se refiere a los contratos que tengan que ser celebrados entre el Ministerio de Defensa y las empresas españolas del sector de

la defensa, se dispone, en buena medida de forma sorprendente, que su «*celebración, ejecución y resolución*» se regirá por lo dispuesto en el TRLCSP (artículo 8.1 del RD 33/2014).

Decimos que esta remisión en exclusiva al TRLCSP resulta sorprendente porque se omite cualquier tipo de referencia a que la celebración de tales contratos (esto es, la selección del contratista y la adjudicación del correspondiente contrato) pueda llevarse a cabo de conformidad con las disposiciones en la materia que se contienen en la LCSPDyS, que ofrece en principio un marco más flexible y adecuado para la adjudicación de este tipo de contratos del sector de la defensa y, por tanto, más coherente con las características del mecanismo de contratación en su conjunto.

(iii) Finalmente, los apartados segundo y tercero del artículo 8 del RD 33/2014 contienen dos previsiones relevantes y, en gran medida, singularmente novedosas en el ordenamiento jurídico-público. En primer lugar, que el Ministerio de Defensa actuará en todo momento, en la celebración de los anteriores contratos, «*en nombre y representación, y por cuenta y riesgo*», del Gobierno extranjero, por lo que en principio quedaría al margen de cualquier tipo de responsabilidad contractual que pudiera surgir.

En segundo lugar, se establece expresamente que «*la transferencia de propiedad se realizará directamente desde el contratista al Gobierno extranjero*», requisito imprescindible para que, en los términos previstos en el artículo 9 de la Ley 12/2012 al que se ha hecho referencia anteriormente, los suministros y material de defensa contratados por el Ministerio de Defensa no pasen a integrarse en el patrimonio de las Administraciones públicas.

Las disposiciones reglamentarias se completan, por último, con determinadas previsiones intraadministrativas sobre atribución de competencias a órganos concretos del Ministerio de Defensa (artículo 2), la creación de eventuales comisiones de seguimiento intergubernamentales (artículo 4) y el control económico-financiero de las cuentas de situación de fondos (artículo 7); una serie de previsiones secundarias sobre las cuentas de situación de fondos (artículo 5) y sobre la posibilidad de crear programas de armamento y material de defensa a colación de un contrato celebrado con un Gobierno extranjero (artículo 6), y determinadas disposiciones para adecuar el mecanismo de contratación Gobierno a Gobierno con la normativa vigente en materia de control de comercio exterior de material de defensa y doble uso contenida en la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, (artículo 9).

## CONCLUSIÓN

El mecanismo de contratación de Gobierno a Gobierno en materia de defensa introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 12/2012 (desarrollada por el RD 33/2014) constituye una medida que había sido reclamada de forma insistente por el sector de la defensa. 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. Por ello, aunque resulta sin duda perfectible, y aunque aún es pronto para evaluar sus resultados materiales, constituye una medida loable en sus objetivos y que ha sido bienvenida, en términos generales, por el sector de la defensa.

JAVIER ABRIL MARTÍNEZ\*

\* Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).