



Informe 46/14, de 26 de febrero de 2015.” Proyecto de Orden Ministerial por la que se dictan normas para la aplicación del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes de Liberalización del Comercio y de Determinados Servicios”.

Clasificación de Informes. 31. Proyectos de disposiciones.

ANTECEDENTES

La Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa se dirige a esta Junta Consultiva para solicitar informe respecto al borrador de Proyecto de Orden Ministerial siguiente:

“Adjunto se remite el proyecto de disposición del “asunto”, con el fin de que por ese órgano consultivo se emita el informe preceptivo, de acuerdo con la disposición adicional primera del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Orden DEF//2014, de 26 de febrero, por la que se dictan normas para la aplicación del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

El Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, relativo al apoyo a la exportación de material de defensa por el Ministerio de Defensa, añade un nuevo mecanismo de apoyo a la exportación a los ya existentes en el ordenamiento jurídico español, desarrollando las capacidades del Ministerio de Defensa en materia de gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación.

Esta ley habilita al Ministerio de Defensa, en cumplimiento de los términos establecidos en un contrato celebrado entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, para llevar a cabo las actuaciones de contratación en nombre y representación de dicho Gobierno extranjero, supervisión, apoyo logístico y transferencia de tecnología necesarias para la entrega al mismo de un determinado material de defensa, en los términos que se contienen en el artículo 8 de la citada Ley.

El título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, ha sido desarrollado por Real Decreto 33/2014, de 24 de enero.

Por su parte, el Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, modificado por el Real Decreto 524/2014, de 20 de junio, asigna a la Subdirección General de Relaciones Internacionales de la Dirección General de Armamento y Material, entre otras, la función 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”.

El proceso de suministro de material de defensa mediante un contrato entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero es complejo y dilatado en el tiempo, por lo que es necesario abordar los mecanismos de dirección, seguimiento, ejecución y control de los programas que, en su caso, se deben establecer para estas actividades.

La contratación con las empresas españolas del sector de la defensa consecuencia del contrato entre gobiernos queda excluida tanto de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, como de la Ley 24/2011, de 1 de agosto,



de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, por lo que, sin perjuicio de lo que se establece en el contrato suscrito entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero y en todo lo no previsto en el título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, la celebración de contratos con dichas empresas se regirá por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Finalmente, la disposición final tercera del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, faculta al Ministro de Defensa, en el ámbito de su competencia, para dictar normas de desarrollo y aplicación de dicho real decreto.

En su virtud,

DISPONGO:

Artículo 1. Objeto.

Esta orden ministerial tiene por objeto desarrollar el Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios, estableciendo las normas para la celebración de un contrato entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, en adelante contrato entre Gobiernos.

Artículo 2. Actuaciones conducentes a celebrar un contrato entre Gobiernos.

1. Con arreglo a lo establecido en el artículo 2 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, las actuaciones conducentes a celebrar los contratos entre Gobiernos, previstos en el artículo 6 de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, serán responsabilidad de la Secretaría de Estado de Defensa.

2. En el ejercicio de esta competencia, la Secretaria de Estado de Defensa podrá llevar a cabo las siguientes acciones:

a) Contactos preliminares necesarios con el Gobierno extranjero, a los niveles de interlocución adecuados en cada momento, en aplicación de las atribuciones conferidas a la Dirección General de Armamento y Material en el Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, modificado por el Real Decreto 524/2014, de 20 de junio. En coordinación con la Dirección General de Política de Defensa, dirigirá la actuación de los agregados y consejeros de defensa conducentes a asegurar el éxito de las negociaciones para la firma de un contrato gobierno a gobierno.

b) Análisis de la solicitud inicial que haga el Gobierno extranjero, desde el punto de vista técnico, financiero y de gestión de riesgos. Se evaluará especialmente 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.

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.

c) Ordenar el inicio de un expediente de contrato con el Gobierno extranjero. Dicho expediente contará con los informes preceptivos de la Asesoría Jurídica general de la Defensa y de la Intervención General de la Defensa.

d) Establecer las bases para la firma de un contrato que propondrá a dicho gobierno.

e) Definir los requisitos del suministro y el servicio a ofrecer, proponiendo la solución operativa o funcional más adecuada a la necesidad planteada.



f) Estimar los costes a incurrir por el Ministerio de Defensa que, en su caso, serán revisados para evitar que supongan coste o beneficio económico para el Departamento.

g) En su caso, solicitar y evaluar las ofertas vinculantes a las empresas interesadas.

h) Elaborar un calendario de pagos del futuro contrato entre Gobiernos que deberá asegurar que, en todo momento, el saldo disponible en la cuenta de situación de fondos permitirá hacer frente a:

1.º 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.

2.º Los pagos a realizar a las empresas en los seis meses siguientes.

3.º El pago anticipado de los costes a incurrir por el Ministerio de Defensa, en los tres meses siguientes.

i) Preparar el borrador del contrato entre Gobiernos, asegurando, en su caso, la conformidad de la empresa y de todos los organismos del Ministerio de Defensa implicados en su posterior ejecución.

Artículo 3. Contenido del contrato con el Gobierno extranjero.

1. Los contratos entre Gobiernos, además de los extremos que puedan recoger con arreglo al artículo 3 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, podrán incluir los siguientes apartados:

- a) Estatuto del personal intercambiado entre ambos gobiernos.
- b) Régimen de responsabilidades de ambos gobiernos

2. En todo caso el clausulado del contrato deberá recoger, además de los extremos establecidos en el artículo 3.2 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, los siguientes:

- a) Reembolso de gastos ocasionados al Ministerio de Defensa.
- b) Causas de resolución del contrato.

3. Con arreglo a lo establecido en el artículo 3.3 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, en los contratos entre gobiernos se podrá hacer constar que el Gobierno de España se reserva la facultad de resolución total o parcial del contrato entre gobiernos por razones de interés público. En el documento contractual se definirán las causas de interés público y los efectos de la resolución del contrato.

Artículo 4. Garantías a prestar por el Gobierno extranjero.

Con arreglo a lo establecido en el artículo 11.3 de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, las garantías a prestar por el Gobierno extranjero se realizarán por cualquiera de 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.

Artículo 5. Medidas de control y seguimiento del contrato entre Gobiernos.



1. Con arreglo a lo establecido en el artículo 4 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, si en el contrato entre Gobiernos se establece la creación de un órgano colegiado de control y seguimiento, los miembros correspondientes a la parte española se nombrarán por el Secretario de Estado de Defensa.

2. La composición, funciones, régimen de funcionamiento y de toma de decisiones será la que se establezca en el contrato entre Gobiernos.

3. En todo caso, por parte del Ministerio de Defensa, se constituirá una Comisión de seguimiento del contrato 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.

4. 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.

Artículo 6. Cuentas de situación de fondos.

1. La contratación y apertura de las cuentas de situación de fondos, contempladas en el artículo 12 de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, y en el artículo 5 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, 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.

2. Cada contrato entre Gobiernos establecerá su propio calendario de situación de fondos, así como el depósito inicial exigible al Gobierno extranjero. El documento para solicitar a éste los abonos correspondientes será la llamada de fondos efectuada por el CEGEPEX, una vez recibida la documentación que acredite el motivo y el importe de la misma desde la Subdirección General de Adquisiciones de Armamento y Material.

3. 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.

Artículo 7. Contratación con empresas españolas del sector de la defensa.

1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, 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, los contratos que celebre el Ministerio de Defensa con empresas españolas del sector de la defensa en aplicación de lo dispuesto en el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, serán suscritos por el Subdirector General de Adquisiciones de Armamento y Material.

2. Dichos contratos serán celebrados en nombre y representación, y por cuenta y riesgo del Gobierno extranjero.



3. El Ministerio de Defensa, en los términos pactados en el contrato entre Gobiernos, se reservará la facultad de resolver los contratos con las empresas por razones de interés público, con la indemnización que en su caso pudiera corresponder de acuerdo con lo estipulado en los mismos. Dicha indemnización correrá a cargo del Gobierno extranjero.

4. Si el objeto del contrato implica un suministro, la transferencia de la propiedad se realizará directamente desde el contratista al Gobierno extranjero.

Artículo 8. Extinción del contrato entre Gobiernos.

Además de la causa prevista en el artículo 3.3, 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, el CEGEPEX 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.

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

Disposición final primera. Habilitación dispositiva.

Se faculta al Secretario de Estado de Defensa a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación de esta orden ministerial.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

La presente orden ministerial entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Este informe tiene por finalidad dar cumplimiento a lo establecido en la disposición adicional primera del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que dispone que los proyectos de disposiciones que se tramiten por los departamentos ministeriales que tengan por objeto la regulación de materia de contratación administrativa deberán ser informadas previamente a su aprobación por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. La disposición que se desea promulgar por el Ministerio de Defensa tiene como finalidad regular por medio de Orden Ministerial la aplicación del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se



desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes de Liberalización del Comercio y de Determinados Servicios (en adelante Real Decreto 33/2014).

El referido Real Decreto 33/2014 ya fue objeto de informe por esta Junta Consultiva con fecha de 10 diciembre de 2013, evacuado en sentido favorable.

3. En cuanto se refiere al alcance de este informe, como en anteriores ocasiones, hemos de advertir que sobre las cuestiones de carácter organizativo considera esta Junta Consultiva que no debe pronunciarse, por no ser de su competencia. Sin embargo, sí le corresponde informar sobre los aspectos relacionados con la contratación pública que requieran su adecuación a las disposiciones reguladoras de esta materia.

Desde este punto de vista, resulta necesario subrayar la especialidad que reviste el contenido de la disposición analizada por cuanto regula las condiciones en las que el Gobierno de España actúa como intermediario en un contrato cuyas partes son una empresa española del sector de la defensa y seguridad y un Gobierno extranjero. Así, el propio preámbulo del Proyecto de Orden indica que:

“El proceso de suministro de material de defensa mediante un contrato entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero es complejo y dilatado en el tiempo, por lo que es necesario abordar los mecanismos de dirección, seguimiento, ejecución y control de los programas que, en su caso, se deben establecer para estas actividades.”

Como consecuencia de esta marcada especialidad, el preámbulo del Proyecto de Orden también diferencia entre las disposiciones normativas nacionales y extranjeras que no resultan de aplicación y las que sí:

“La contratación con las empresas españolas del sector de la defensa consecuencia del contrato entre gobiernos queda excluida tanto de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, como de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, por lo que, sin perjuicio de lo que se establezca en el contrato suscrito entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero y en todo lo no previsto en el título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, la celebración de contratos con dichas empresas se regirá por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.”

Es decir, el Proyecto de Orden limita la aplicación que sobre el mismo tiene el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) a todo aquello no previsto en el contrato entre el Gobierno de España y el Gobierno extranjero o en el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (en adelante Ley 12/2012).

Igualmente, también la mencionada Ley 12/2012, en su artículo 11.1 se refiere al régimen jurídico aplicable a este tipo de contratos al indicar:

“Sin perjuicio de lo que se establezca en el contrato suscrito entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, y en todo lo no previsto en este Título, la celebración de contratos para la ejecución de las actuaciones previstas en el artículo 8.1 se regirá por la normativa vigente en materia de contratos del sector público.”



Por su parte, el Real Decreto 33/2014, también se refiere al régimen jurídico cuando determina en su artículo 8.1:

“Sin perjuicio de lo que se establezca en el contrato entre Gobiernos, y en todo lo no previsto en el título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, la celebración, ejecución y resolución de los contratos para la ejecución de las actuaciones previstas en su artículo 8.1 se regirá por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.”

4. Una vez determinado el complejo régimen jurídico derivado a su vez de la especialidad en cuanto negocio jurídico de la propia Ley 12/2012, del Real Decreto 33/2014 y del Proyecto de Orden que desarrolla a ambos y que es objeto de análisis, podemos determinar que el objeto de este informe solamente puede referirse a la aplicación del TRLCSP y a aquellas partes del Proyecto de Orden que puedan estar sometidas a él.

En este sentido, debemos indicar que del análisis jurídico realizado se aprecia, en general, que se ajusta a los preceptos contenidos en el TRLCSP por lo que no se realizan observaciones al respecto.

CONCLUSIÓN

Desde la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y en el ámbito de sus competencias, no se formulan observaciones al Proyecto de Orden Ministerial por la que se dictan normas para la aplicación del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes de Liberalización del Comercio y de Determinados Servicios.