

LOS CONTRATOS GOBIERNO A GOBIERNO

SUMARIO: 1. *Concepto*; 2. *Carácter contractual o normativo de los contratos gobierno a gobierno*; 3. *Estructura de los contratos gobierno a gobierno: relaciones horizontal y vertical*; 4. *La relación horizontal del contrato gobierno a gobierno*; 5. *La relación vertical del contrato gobierno a gobierno*; 6. *Calificación jurídica y contenido del contrato gobierno a gobierno*: A) *El contrato entre el Gobierno de España y el gobierno extranjero (relación horizontal)*; B) *Los contratos con las empresas nacionales (relación vertical)*. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN.

1. *Concepto*. Se denominan contratos gobierno a gobierno a los celebrados entre el Gobierno de España y un gobierno extranjero cuyo objeto sea: "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." (Ley 21/2011, artículo 7.g)¹.

Los contratos gobierno a gobierno son un remedo de los *Federal Military Sales* de los Estados Unidos, en los que se inspiran. No obstante ser un mero instrumento de fomento a la exportación de material de defensa, ha sido sustantivados como categoría independiente en el sistema contractual. En concreto, por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, como un mecanismo de "apoyo a la exportación de material de defensa por el Ministerio de defensa"². La norma legal está desarrollada y

¹ La expresión "Gobierno a Gobierno" empleada por la ley es incorrecta. Responde al concepto anglosajón de Gobierno. Debe entenderse hecha a "Estado a Estado". No obstante, en la presente nota, se utiliza la terminología legal.

² La exposición de motivos dice que el instrumento de contratación de Gobierno a Gobierno tiene por objeto "dotar al gobierno de instrumentos eficaces, duraderos, flexibles y adaptables a las necesidades de la demanda internacional" incorporando "al ordenamiento

completada por el Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, y por la Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo, por la que se dictan normas para su aplicación. La radical diferencia de concepción del sistema contractual americano y su auténtica naturaleza –una técnica de fomento- comporta que su concepto y régimen jurídico presente dificultades de inserción y engarce en el sistema contractual español. Además la deficiente regulación contenida en las normas citadas hace que no constituya un corpus coherente y unitario. Algunos han pretendido superarlas calificándolos como instrumentos de colaboración público-privada.

No procede examinar ni los trámites precisos para que un gobierno de un estado Miembro de la Unión Europea pueda hacer uso de este instrumento, ni del procedimiento de articulación previsto en la legislación. Resulta pertinente abordar algunas cuestiones polémicas de su régimen.

2. *Carácter contractual o normativo de los contratos gobierno a gobierno.* Tras grandes dudas –que perviven en una minoría doctrinal-, hoy mayoritariamente se afirma que los contratos gobierno a gobierno son contratos internacionales y no tratados puesto que no se sujetan al derecho internacional.

Por otra parte, están excluidos tanto de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como de la Ley 24/2011 (artículo 7.g). La exclusión está en consonancia con lo establecido en 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 defensa y seguridad. El indicado precepto – el artículo 7.g- es transcripción casi literal del apartado f) del artículo 13 de la norma europea.

jurídico español instituciones tradicionales en el derecho comparado relativas a la gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación”

Ahora bien, el alcance de la exclusión no ha dejado de suscitar también dudas. En efecto, el citado artículo 13, f) de la Directiva ha sido interpretado por no pocos muy restrictivamente; en concreto, se ha dicho que la noción de contrato gobierno a gobierno se ciñe a los casos de suministros o venta de material de defensa entre ellos; esto es, a los casos en los que quien vende y quien compra son los respectivos gobiernos, quedando excluidos los supuestos en los que la venta o suministro se produce directamente por las empresas fabricantes o suministradores a uno de aquellos³.

3. *Estructura de los contratos gobierno a gobierno: relaciones horizontal y vertical.* El esquema definido legalmente de los contratos gobierno a gobierno se articula en dos momentos sucesivos y en, al menos, dos relaciones contractuales, que el preámbulo de la Ley 12/2012 denomina relaciones horizontal y vertical: en el primero, el Gobierno de España celebra un contrato con el correspondiente gobierno extranjero⁴; y en el segundo, el

³ Sobre la interpretación de la exclusión, puede verse la abstrusa *Nota orientativa sobre la adjudicación de contratos Gobierno a Gobierno en los ámbitos de la defensa y la seguridad (artículo 13, letra f), de la directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 30 de noviembre de 2016.*

⁴ El contenido del contrato viene determinado en el artículo 2 del Real Decreto 33/2014, que dispone que "los contratos entre Gobiernos podrán 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 su objeto, el foro judicial o arbitral, su régimen jurídico y la financiación, garantías y calendario. Además, 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.

Gobierno de España celebra otro u otros con contratistas españoles para cumplir la prestación objeto de aquel. Lo hace “en nombre y representación, y por cuenta y riesgo” del gobierno extranjero⁵.

4. *La relación horizontal del contrato gobierno a gobierno.* El contrato gobierno a gobierno en sentido estricto, la denominada relación horizontal, se rige por las normas que las partes convengan, que no será el derecho internacional. Si fuera este el aplicable, el contrato perdería su calificación de tal y se incardinaría en los tratados internacionales, con independencia de que se suscriban por los gobiernos –pues es insostenible decir que no son tratados por el hecho de ser suscritos por los gobiernos y no propiamente por los Estados-. Las partes pueden sujetar el contrato –tanto en su relación horizontal como vertical- no sólo a las convenciones pactadas sino también a un determinado derecho interno –bien el propio de una de las partes, bien el de un Estado tercero- o, como es frecuente, a los principios comunes a la regulación propia de los firmantes.

En lo tocante a su contenido y ejecución, la regulación legal establece que el Ministerio de Defensa “podrá 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 entrada al mismo de un determinado material de defensa” (artículo 6), actividades que se detallan pormenorizadamente (artículo 8.1). En particular, entre estas, debe destacarse la posibilidad de contratar en nombre y representación de un gobierno extranjero, supervisar su ejecución y cumplimiento y recibir el objeto del suministro (artículo 8.1.a). Su ejecución y cumplimiento debe ser económicamente neutra para el Ministerio de Defensa⁶. A tal fin, los costes y las responsabilidades asumidas por este Departamento en virtud del contrato celebrado con el gobierno extranjero deben estar suficientemente garantizadas por éste⁷. Para ello, se prevé que el gobierno extranjero proceda a abrir unas *cuentas de situación*

⁵ Real Decreto 33/2014, artículo 8.

⁶ “En ningún caso supondrá coste o beneficio económico para el Ministerio de Defensa” (Ley 12/2012, art. 8.2)

⁷ Ley 12/2012, artículo 7.

de fondos destinados a financiar la adquisición del material de defensa y a garantizar las eventuales responsabilidades en que pudiera incurrir el Ministerio de Defensa. Su apertura, gestión y administración corresponde a este Departamento⁸. La transferencia de propiedad de los bienes y servicios pactados se realiza directamente desde el contratista al gobierno extranjero⁹.

5. *La relación vertical del contrato gobierno a gobierno.* Los contratos celebrados con las empresas nacionales, por su parte, se rigen en primer término por las disposiciones del contrato suscrito entre el Gobierno de España y el extranjero; en segundo lugar, por lo establecido en la Ley 12/2012, y, en tercer lugar, por la regulación vigente en materia de contratos del sector público (Ley 12/2012, artículo 11.1). En particular, habida cuenta el contratante –el Ministerio de Defensa–, las reglas aplicables serán las establecidas para los contratos administrativos.

6. *Calificación jurídica y contenido del contrato gobierno a gobierno:* A) *El contrato entre el Gobierno de España y el gobierno extranjero (relación horizontal);* B) *Los contratos con las empresas nacionales (relación vertical).* A los efectos de su calificación jurídica, es preciso distinguir entre:

A) *El contrato entre el Gobierno de España y el gobierno extranjero (relación horizontal).*

El contrato celebrado entre el Gobierno de España y el gobierno extranjero se califica de negocio jurídico de mandato en el preámbulo de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre. Algún autor¹⁰ ha dicho que se inspira en él, aunque con modificaciones relevantes.

⁸ Ley 12/2012, artículo 12 y Real Decreto 33/2014, artículo 5.

⁹ Ley 12/2012, artículo 9

¹⁰ SANTOS SÁNCHEZ, D.; “El contrato Gobierno a Gobierno ¿una regulación eficaz?” en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 109 y 110, enero-diciembre 2018, pág. 164.

La citada calificación resulta insuficiente. No se trata de un mandato. Es un contrato con un régimen jurídico especial, singular, con perfiles propios, en el que se imbrican de manera inescindible elementos del mandato, del contrato fiduciario y del apoderamiento.

El contrato participa de algunas características del mandato, pero no puede incardinarse en él. En su virtud, el Gobierno de España se obliga frente al gobierno extranjero a realizar unas labores y, entre ellas, la de concertar con las empresas españolas, “en nombre y representación, y por cuenta y riesgo” de dicho gobierno foráneo, los contratos necesarios para la ejecución de la prestación debida. En otros términos, está obligado, como mandatario, a dirigirse a terceros.

En los términos definidos, el contrato rebosa el marco estricto de mandato, que ciñe las relaciones a una situación interna entre el mandante y mandatario. Del simple mandato no pueden derivarse relaciones jurídicas entre el mandante, como dueño del negocio, y los terceros extraños. Si lo hacen, estas nacen del apoderamiento y de la representación, jurídicamente distintas de aquél, dando lugar al negocio mixto de mandato representativo directo.

En el caso examinado, las citadas relaciones externas surgen, se dan. La Administración actúa en relación con terceros –las empresas españolas-, generando, modificando y extinguiendo relaciones jurídicas. Lo hace en nombre y representación (*representación directa*) del gobierno extranjero, según la disposición reglamentaria de desarrollo (Real Decreto 33/2014, artículo 8.2), aunque tal manifestación tampoco es tan absoluta como ésta quiere.

Cuestión aneja a lo señalado es la atinente si la representación directa asumida por el Ministerio opera *ipso iure* en virtud de una previsión legal, de la previsión reglamentaria que así lo afirma o si debe ser expresamente conferida por el gobierno extranjero. La respuesta adecuada es esta última. A la vista de la regulación aplicable, el apoderamiento debe estar expresamente conferido por parte del gobierno extranjero, bien en el

propio contrato como cláusula representativa, bien en virtud de un acto de apoderamiento expreso. No opera en virtud de disposición legal por cuanto la Ley 12/2012 no establece que los contratos suscritos por el Gobierno de España con las empresas españolas lo son en nombre y representación de otro extranjero. No hay una atribución legal de dicha representación. Ni su artículo 11 ni ningún otro lo hace. Es cierto que el precepto citado lleva por rúbrica "Contratos en nombre y representación de un Gobierno extranjero" pero de ello no se puede deducir la atribución. Las rúbricas legales, ni son normas jurídicas, ni tienen fuerza de ley.

Es el artículo 8.2 del Real Decreto 33/2014 el que dispone que el Ministerio de Defensa suscribe los contratos en nombre y representación del gobierno extranjero. Ahora bien, este precepto tampoco previene una atribución expresa de dicho apoderamiento a favor del Departamento. A ello ha de sumarse que una norma reglamentaria no es instrumento adecuado para hacerlo.

Así las cosas, el simple contrato –sin atribución expresa de apoderamiento- no habilita a la Administración para celebrar los contratos con las empresas españolas como representante directo del gobierno extranjero. Si lo hace, la Administración asume la condición plena de contratante en nombre propio.

Por otra parte, el contrato no se agota en la categoría de mandato representativo directo. Hay otros rasgos que lo perfilan.

El Ministerio de Defensa se obliga a celebrar contratos –que son públicos- con empresas españolas para el cumplimiento de la entrega del material de defensa. Y, como se ha dicho, lo hace en nombre y representación del gobierno extranjero y por su cuenta y riesgo según la previsión reglamentaria. Sin embargo, tal manifestación es una mera manifestación voluntarista que no refleja la realidad.

En puridad, los contratos concertados con las citadas empresas lo son, al tiempo, por el Departamento citado como Administración contratante y al tiempo, en nombre y representación de un gobierno

extranjero. La condición de Administración contratante del Ministerio se acredita por el hecho de ejercer, además de los derechos y facultades reconocidos al gobierno extranjero, las potestades y prerrogativas inherentes a la contratación pública. Estas potestades son intransferibles y sólo se pueden ejercer en nombre propio por la Administración. Si la relación entre los gobiernos fuera exclusivamente incardinable en un contrato de mandato representativo directo, los suscritos por el Ministerio con las empresas españolas lo serían en realidad con el gobierno extranjero. Y ello, de un lado, configuraría como poder adjudicador conforme con la legislación de contratos del sector público a un gobierno extranjero, situación a todas luces anómala y, de otra parte, impediría al Ministerio de Defensa el ejercicio de las potestades y prerrogativas reconocidas a la Administración pues no intervendría en la relación contractual con tal carácter.

La posición del Ministerio de Defensa en estos contratos no es la del mandatario representativo directo. El Departamento es quien contrata con las empresas españolas. Cuestión distinta es que lo haga por cuenta y riesgo del gobierno extranjero; incluso que lo haga en nombre de éste. Ahora bien esta titularidad no agota la propia, pues no es exclusiva.

Con arreglo a la legislación de contratos públicos, el Ministerio de Defensa es el poder adjudicador-Administración pública que se erige en parte en la relación contractual y ejerce las prerrogativas, derechos y facultades que se derivan de esa condición. Es una parte instrumental, materialmente fiduciaria, pues actúa por cuenta del gobierno extranjero y aún en su representación. Pero su condición instrumental no orilla su titularidad respecto de las relaciones integradas en el acervo contractual. No de todas, pero sí de muchas. Baste un botón de muestra: el artículo 11.5 de la Ley 12/2012 establece que, en los casos en los que, "conforme al ordenamiento jurídico español, en el ejercicio de las actuaciones (objeto del contrato), el Ministerio de Defensa sea responsable de los daños y perjuicios ocasionados por el contratista a terceros como consecuencia directa de una orden dada o como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por aquél para el suministro de fabricación, las indemnizaciones por daños y perjuicios se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno

extranjero". En otros términos, reconoce la responsabilidad del Departamento, como auténtica Administración contratante –y no la gobierno extranjero- por los daños irrogados a terceros, situación esta inadmisibles si fuera un mero representante directo del gobierno extranjero. La posición del Ministerio no puede explicarse diciendo que la responsabilidad del mandante se atribuye al mandatario. La del Ministerio es propia, directa, según las previsiones legales. Y estas previsiones no pueden quedar orilladas por acuerdo convencional. Sólo se produciría el desplazamiento de las normas que la establecen si el contrato gobierno a gobierno fuera un tratado internacional. Pero ya se ha dicho que no lo es. Así las cosas, la relación contractual horizontal –gobierno a gobierno- no puede incardinarse en el mandato; ni aún en el mandato representativo directo. Al formalizar un contrato gobierno a gobierno, las partes buscan una finalidad distinta de la propia del mandato. La relación tiene tintes diversos, propios, singulares, que permiten calificarla de negocio parcialmente fiduciario (*fiducia cum amico*), en los términos clásicos del concepto.

De lo dicho se debe concluir que la posición del Ministerio de Defensa en el contrato no es la de un mandatario del gobierno extranjero que actúa en su nombre y representación y por su cuenta y riesgo. El Departamento es parte en una relación contractual bifronte o dual. Es auténtica parte en el contrato celebrado con el gobierno extranjero pero lo es también, en unos términos que exceden la posición jurídica propia del mandatario representativo directo y del apoderamiento, en los suscritos con las empresas españolas. En estos es auténtica parte contratante –y no el gobierno extranjero-; auténtico poder adjudicador por emplear la terminología de la legislación pública de contratos. Se trata de una titularidad con acentuados tintes formales respecto de algunas de las facultades propias del acervo contractual; de una titularidad instrumental en relación con otras y, en fin, de una titularidad plena en lo tocante a un tercer grupo de ellas.

El carácter complejo de la relación contractual gobierno a gobierno se hace patente en la cuestión relativa a la propiedad del material de defensa objeto del contrato.

La regulación dice que la Administración española no asume la posición de vendedora o suministradora del materia de defensa que constituye su objeto. Son las empresas las que venden o suministran. Y lo hacen directamente. Esta condición se ve afirmada tajantemente al disponer que dicho material no pasa a formar parte en ningún momento del patrimonio de las Administraciones Públicas y que la condición de exportador sólo se predica de las empresas españolas. Ahora bien, la rotunda afirmación legal se ve modulada por la asunción de la responsabilidad por el Ministerio antes señalada –que es fruto de actos propios y no del mandante– y por el hecho de ser éste quien recibe del suministro y ulteriormente la entrega al gobierno extranjero (Ley 12/2012, artículo 8.1.a) *in fine*). Es precisamente esta última entrega (*traditio*) la que transfiere la propiedad al adquirente último. Hay en la actuación del Ministerio de Defensa una actuación que excede la propia del mandato y la incardina –no sin matices– en la figura del indicado negocio fiduciario.

No es óbice a lo dicho, es decir para afirmar la condición fiduciaria de la Administración española, que el material vendido no se integre en el patrimonio de las Administraciones públicas. Tal afirmación lo único que quiere significar es que no se integra en el patrimonio general de éstas; que constituye un patrimonio separado, finalista, cuyo destino es ser transmitido al gobierno extranjero como destinatario último.

De cualquier manera, la peculiar posición de la Administración tiene consecuencias jurídicas. Frente a los esfuerzos del reglamento de garantizar su indemnidad, la Administración queda vinculada a los efectos de responsabilidad por incumplimientos defectuosos de la prestación –por no reunir las cualidades pactadas, por no alcanzar los montantes convenidos, etc.–, por los vicios ocultos o incluso por evicción del material entregado. Y queda por cuanto no es un tercero ajeno al contrato de compraventa o suministro del material. Su intervención la hace corresponsable frente gobierno extranjero, pues, además de su posición fiduciaria en la relación contractual, se erige en el sistema como garante del cumplimiento de las obligaciones contractuales (Ley 12/2012, artículo 8.1.b).

La naturaleza internacional del contrato permite establecer libremente a las partes tanto el derecho aplicable como el mecanismo para la resolución de conflictos –jurisdicción o arbitraje-.

El derecho aplicable al contrato gobierno a gobierno en sentido estricto –relación horizontal- será el concertado por ambas partes de común acuerdo. Puede ser el de un tercer Estado –como ocurrió en el caso de la adquisición de once aviones Mirage en 1994 a Catar-; el derecho interno de uno de los contratantes, bien el que adquiere el material de defensa, bien el que promueve su exportación¹¹.

En lo tocante al derecho aplicable, resta por examinar una cuestión: el efecto obligatorio de las previsiones contenidas en la Ley 12/2012 y en el Real Decreto 33/2014 respecto de las partes. Dejando a un lado el caso de que estas las incorporen o llamen expresamente como acervo regulador del contrato, su efecto obligatorio o vinculante opera sólo para la Administración española. Las normas citadas –tal y como están concebidas- se configuran como obligatorias, de derecho cogente, para el Ministerio de Defensa, pero no para el gobierno extranjero. El Gobierno español ha de tratar de observarlas e imponerlas a la hora de convenir. Sin embargo, es desconocer la realidad pensar que dicha observancia o imposición va a operar en todos los casos. El Legislador español ha aprobado la regulación constriñendo el margen de maniobra de la Administración, frente a lo observado por otros Estados en donde no existe una disciplina de los contratos gobierno a gobierno para poder adaptarse más fácilmente a las diferentes situaciones y cambiantes circunstancias.

No obstante, en el caso patológico de que el contrato gobierno a gobierno suscrito –relación horizontal- no se acomode a la regulación española, sería válido frente al sujeto extranjero. La infracción de esa regulación no será oponible, ni frente al gobierno foráneo, ni eventualmente

¹¹ Este es el generalmente impuesto por los Estados Unidos, hasta el punto de ser un elemento esencial y cuasinormativo. *Vid.*, sentencia de 10 de julio de 2008, del Tribunal Federal de Distrito de Columbia, *caso Heroth v. Arabia Saudi*.

frente terceros; en especial, no lo será la vulneración de las reglas que disciplinan el expediente de contratación.

Las partes pueden determinar libremente el foro judicial o arbitral competente para resolver las disputas que pudieren surgir. También aquí podrá ser el foro de uno de los Estados contratantes o de un tercero, sin que su elección predetermine el derecho aplicable al fondo de tal suerte que puede existir una desligazón entre uno y otro. Y, respecto del arbitraje, nada impide ni establecerlo como instrumento de resolución de conflictos ni convenir su administración a una Corte o a uno *ad hoc*.

El arbitraje tiene plena operatividad en este tipo de contratos. El convenio arbitral incorporado se regirá por sus propias determinaciones y el derecho que las partes hayan convenido a los efectos de determinar su validez y extensión. En el caso de afectar a derechos económicos de la Administración –incluso en el caso expuesto de patrimonio separado-, no resulta de aplicación el artículo 7.3 de la Ley General Presupuestaria, que exige la autorización del Consejo de Ministros –acordada mediante Real Decreto- y el previo dictamen del Consejo de Estado. La razón está en la índole internacional del contrato.

La regulación dispone que la financiación precisa, depositada en la cuenta de situación, será condición necesaria para la ejecución de los contratos celebrados con las empresas españolas. Ahora bien, esta condición no es aplicable al el contrato gobierno a gobierno –relación horizontal-. Por consiguiente, la Administración está obligada a cumplir las prestaciones pactadas aunque no existan fondos con que afrontar sus costes si el contrato se ha suscrito y no hay condición expresa suspensiva de su eficacia hasta que se lleve a cabo la dotación financiera.

B) Los contratos con las empresas españolas (relación vertical)

Los contratos celebrados por el Ministerio de Defensa con las empresas españolas para el cumplimiento de la prestación pactada en el contrato con el gobierno extranjero no están comprendidos en el ámbito de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los

ámbitos de la defensa y la seguridad. Y ello porque no se trata de adquisiciones de material de defensa hechas por dicho Departamento para sí. Su adquisición es meramente instrumental como se ha señalado antes.

Estos contratos tienen por partes, de un lado, al Ministerio de Defensa, auténtico poder adjudicador contratante, con independencia de que lo haga por cuenta y riesgo del gobierno extranjero, en su nombre e incluso en su representación. Como se ha dicho, el Departamento no es un mero representante del gobierno foráneo. Por ello, quedan sujetos, *pars rationis*, a la regulación de los contratos públicos. En concreto, la Ley 12/2012 dispone 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 este Título, la celebración de contratos para la ejecución de las actuaciones previstas en el apartado 8.1, se regirá por la normativa vigente en materia de contratos del sector público".

La aplicación de la regulación en materia de contratos públicos procede en todos los contratos que suscriba el Ministerio de Defensa en ejecución de contratos gobierno español a gobierno extranjero; incluso, cuando el gobierno extranjero no lo es de un Estado miembro de la Unión Europea, pues la citada regulación obliga al Departamento. Y lo es –frente a lo expuesto anteriormente en relación con los negocios excluidos de la Ley 24/2011- por la previsión legal trascrita.

Pese al tenor literal del precepto, la aplicación obligada de la citada regulación en materia de contratos públicos es la relativa no sólo al procedimiento de selección del contratista y de celebración del contrato sino también a su modificación. Las normas reguladoras de ésta, que traen causa directa de las normas europeas, son de obligado cumplimiento para el Ministerio de Defensa. Por consiguiente, el margen de la autonomía de la voluntad de las partes para establecer previsiones en relación con estos contratos, está limitado a previsiones, bien ajenas a dichos ámbitos, bien complementarias –pero acordes- con ellas. No pueden orillar las previsiones legales. En otros términos, invocando la relación horizontal, el Ministerio no puede alterar las prescripciones de la legislación de contratos públicos, pues aquella no tiene el carácter de instrumento normativo apto para desplazarla.

Los contratos suscritos con las empresas nacionales serán, en principio, contratos administrativos, al ser la Administración contratante –el Ministerio de Defensa- un poder adjudicador que tiene la consideración de Administración pública conforme con las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Esta calificación es disponible para las partes en el contrato Gobierno español y gobierno extranjero.

Por otra parte, los contratos celebrados con las empresas nacionales están sujetos diversas especialidades de régimen jurídico, atinentes a la tramitación del expediente de contratación, a las garantías financieras, a la imposición de penalidades por demora y al régimen de responsabilidades, contenidas en la regulación aplicable tan citada a la que procede remitirse.

Los contratos celebrados por el Ministerio de Defensa con las empresas nacionales tienen el carácter conexos o dependientes del principal suscrito entre el Gobierno de España y el gobierno extranjero. Son independientes de éste, pero están en una relación de subordinación con él. Ello comporta que las eventuales ineficacias e invalideces referidas al principal puedan afectar a los dependientes, si bien su alcance debe determinarse en cada caso concreto. Y con independencia de las causas resolutorias o de invalidez que puedan predicarse de los contratos suscritos con las empresas. La situación de estos contratos es análoga, *mutatis mutandis*, a la existente entre un contrato de servicios de dirección de obras y el contrato de obras suscrito para su ejecución. En todo caso, la extinción del contrato gobierno a gobierno –relación horizontal- comportará la de los dependientes.

La regulación contempla que “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” (Real Decreto 33/2014, artículo 3.3), debiendo definirse en el documento contractual las causas y los efectos de dicha resolución (Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo, artículo 3.3).

La facultad de resolver atribuida al Ministerio de Defensa se predica de ambas relaciones, la horizontal y la vertical, si bien en el primer caso su validez y eficacia dependerá de estar incorporada, expresamente o por remisión, al contrato. En caso de faltar, la facultad de resolver del Departamento no es oponible frente al gobierno extranjero.

La obligación de especificar las causas en el documento contractual respecto de ambas relaciones establecida en la orden ministerial citada no resulta adecuada, pues constriñe innecesariamente el margen de actuación del Departamento. Y la determinación –contenida en el artículo 3.3. de la mencionada Orden ministerial- de que el citado documento fije los efectos de la resolución es *ultra vires* en relación con los contratos suscritos con las empresas nacionales si lo que pretende es establecer unos efectos distintos a los señalados en el contrato entre los gobiernos los determina o a los fijados en la ley. A falta de previsión específica en aquel y dado que ni la Ley 12/2012 ni tampoco el Real Decreto 33/2014 determinan el alcance de los efectos resolutorios, ha de estarse a las previsiones de la legislación de contratación pública; es decir, los efectos serán los fijados por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, para cada caso, sin que el Ministerio pueda modularlos o modificarlos convencionalmente. Una previsión del correspondiente pliego o contrato que así lo hiciere sería nula. Por otra parte, el contrato gobierno a gobierno –relación horizontal- tampoco puede modificar los efectos de la resolución de los contratos suscritos por el Ministerio de Defensa con las empresas nacionales –relación vertical-. En principio, dicho contrato –al no ser un tratado internacional- no está habilitado para modificar el contenido legal o reglamentario previsto.

La ejecución de los contratos con empresas españolas está supeditada, como condición necesaria, a la existencia de los fondos necesarios para financiar la adquisición de material de defensa (Real Decreto 33/2014, artículo 3.4). Conforme con esta previsión, en apariencia, los contratos podrían celebrarse y adjudicarse pese a la inexistencia de dichos fondos. La condición operaría simplemente respecto de su ejecución. En otros términos, la provisión de fondos no sería ni un presupuesto, ni un requisito del contrato. No sería necesaria su existencia ni para su licitación (*presupuesto*), ni para su adjudicación y formalización (*requisito*).

Sin embargo, no debe alcanzarse tal conclusión, a la vista de la regulación contenida en la Ley 12/2012 (artículo 11.2). Esta requiere la incorporar al expediente de contratación el documento acreditativo de 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. Sin él, los contratos no pueden celebrarse. En consecuencia, la previa existencia de fondos no es técnicamente una condición para la ejecución del contrato –como dice la disposición reglamentaria- sino un presupuesto para su concierto.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN. La bibliografía sobre los contratos gobierno a gobierno, es escasa. El examen más riguroso del encuadre de la cuestión está, de un lado, en *“La contratación y el artículo 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea”* que constituye el *Documento de trabajo 02/2017*, del Centro de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN), 2017; incluye los trabajos de ALFONSO MEIRIÑO, A., “Políticas alternativas de la UE a la exención del artículo 346 del TFUE”; HUERTA BARAJAS, J.A., “El artº 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa”; AVENTIN FONTANA, V., “Actualización del “test de aplicabilidad” del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el contexto normativo y jurisprudencial actual” y SANZ SANZ, A.L. y DIEZ DE ULZURRUN, E., “Capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa y seguridad”; y, de otra parte, en CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS, J.A., *Aclaraciones a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector público: enfoque científico práctico*, Madrid, 2022.

Sobre los contratos gobierno a gobierno en particular, puede verse, además de los ya citados de HUERTA BARAJAS, J.A. (2017) y CANALES GIL, A. y HUERTA BARARAS, J.A. (2022), ABRIL MARTINEZ, J. “Los contratos gobierno a gobierno en materia de defensa” en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 17, año 2014 y, especialmente para conocer la idea que informó al prelegislador –habida cuenta la condición a la sazón de Secretario General Técnico del Ministerio de Defensa del autor-, SANTOS

SÁNCHEZ, D.J., "El contrato gobierno a gobierno ¿una regulación eficaz?" en *Revista Española de Derecho Militar*, núms. 109 y 110. Madrid, 1998, pág. 147 y ss.

Es relevante la Instrucción 27/2018, de 18 de mayo, del Secretario de Estado de Defensa por la que se establecen directrices en materia de contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa, pues su contenido excede con mucho lo que es una Instrucción y contiene una interpretación completa del régimen jurídico aplicable a los contratos.

J. Leandro Martínez-Cardós Ruiz