



ACADEMIA DE LAS CIENCIAS
Y LAS ARTES MILITARES

Serie de monografías y ensayos
Número 12

Contratos del sector público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad y los contratos Gobierno a Gobierno

Leandro Martínez-Cardos Ruiz

Noviembre de 2024



ACADEMIA DE LAS CIENCIAS
Y LAS ARTES MILITARES

Serie de monografías y ensayos
Número 12

Contratos del sector público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad y los contratos Gobierno a Gobierno

Leandro Martínez-Cardos Ruiz
Academia de las Ciencias y las Artes Militares

Índice de contenido

Resumen	i
<i>Abstract</i>	i
Sobre el autor	iii
Contratos del sector público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad: exclusiones, supletoriedad e interpretación	1
<i>El artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea</i>	1
<i>La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad</i>	2
<i>Ámbito de aplicación de la Ley 24/2011</i>	3
<i>Especialidades de la regulación en el ámbito de los contratos en los ámbitos de la defensa y de la seguridad</i>	5
<i>Negocios jurídicos excluidos de la Ley 24/2011</i>	6
<i>Integración de la Ley 24/2011. Supletoriedad de la legislación de contratos del sector público</i>	12
<i>Criterios de interpretación de la Ley 24/2011</i>	14
<i>Negocios jurídicos excluidos y su régimen jurídico supletorio</i>	16
<i>El arbitraje y la Ley 24/2011</i>	16
Los contratos gobierno a gobierno.....	17
<i>Concepto</i>	17
<i>Carácter contractual o normativo de los contratos gobierno a gobierno</i>	19
<i>Estructura de los contratos Gobierno a Gobierno: relaciones horizontal y vertical</i>	19
<i>La relación horizontal del contrato Gobierno a Gobierno</i>	20
<i>La relación vertical del contrato Gobierno a Gobierno</i>	21
<i>Calificación jurídica y contenido del contrato gobierno a gobierno</i>	22
Referencias bibliográficas:	32

Nota: Las ideas y opiniones contenidas en este documento son de responsabilidad de los autores, sin que reflejen, necesariamente, el pensamiento de la Academia de las Ciencias y las Artes Militares.

Contratos del sector público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad y los contratos Gobierno a Gobierno

Leandro Martínez-Cardos Ruiz
Academia de las Ciencias y las Artes Militares

Resumen

La Ley 24/2011, relativa a los contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad, se integra en un grupo normativo autónomo, distinto del de la contratación pública, de manera que sólo es suplida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en caso de insuficiencia del grupo y no de la citada Ley 24/2011. Los contratos Gobierno a Gobierno se articulan en dos relaciones: una, horizontal y otra, vertical. Ambas ligan en su propio nombre al Ministerio de Defensa: con el gobierno extranjero en aquella y con las empresas nacionales en esta última.

Palabras clave

Contratos, defensa, seguridad, interpretación, supletoriedad, gobierno.

Abstract

Act 24/2011, relating to public contracts on defence and security, is part of an autonomous regulatory group -distinct from that of public procurement-, so that it is only completed by Act 9/2017, of 8 November, in the event of the group's insufficiency. Contracts between Public Administrations are articulated in two

relationships: one horizontal and the other vertical. Both bind the Ministry of Defence in its own name: with the foreign government in the first case, and with the companies.

Key words

Contracts, defense, defence, security, interpretation, subsidiarity, government.

Sobre el autor

Leandro Martínez-Cardos Ruiz

Doctor en Derecho. Licenciado en Geografía e Historia. Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología. Oficial de carrera del Cuerpo Jurídico Militar. Letrado Mayor del Consejo de Estado. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación. Abogado en ejercicio.

Ha sido profesor titular (EU), Secretario Técnico y Director de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid.

Contratos del sector público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad y los contratos Gobierno a Gobierno

Contratos del sector público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad: exclusiones, supletoriedad e interpretación

El artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

El derecho europeo ha contemplado desde siempre la posibilidad de que los Estados miembros establezcan las medidas precisas para la protección de los intereses de su seguridad; en concreto, medidas referidas a la producción del comercio de armas, municiones y material de guerra. Las medidas adoptadas no pueden alterar las condiciones de competencia en el mercado común de los productos no destinados a fines específicamente militares (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 346 –antes artículo 296 del Tratado constitutivo-).

Con base en esta previsión, que constituye una excepción a los principios generales informadores de los tratados, los Estados miembros entendieron que los contratos cuyo objeto versaba sobre las indicadas materias quedaban fuera del ámbito de las normas reguladoras de la contratación pública. Y así lo siguen haciendo. Baste como botón de muestra en este sentido, el artículo 5.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que dispone que quedan excluidos de su ámbito de aplicación los convenios incluidos en el ámbito del citado artículo 346 del Tratado de Funcionamiento concluidos en el sector de la defensa y seguridad.

La Unión Europea ha aspirado, por otra parte, y desde hace ya años, a crear un mercado europeo de material de defensa con la finalidad de dotar y fortalecer la capacidad militar de los Estados miembros precisa para la ejecución de la Política Europea de Seguridad y Defensa¹. A tal fin, la Comisión Europea y la Agencia

¹ La creación de un mercado europeo de la contratación de defensa y seguridad –al igual de que contratación pública- es uno de los mayores fracasos de la Unión Europea. Al igual que la iniciativa

Europea de la Defensa pusieron en marcha diversas iniciativas para su consecución², uno de cuyos frutos –el principal- fue la aprobación 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, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. Con ella, se pretendió instituir un régimen común de contratación en la materia, paralelo –no subsidiario o especial- al común de la contratación pública, que acotara el ámbito de aplicación del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento, tuviera en cuenta la especial relevancia que tiene la seguridad de la información manejada en los procedimientos de licitación y los flexibilizara.

La directiva fue incorporada al derecho patrio mediante la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad³.

La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad

La Ley 24/2011 es una norma especialmente imprecisa. Contiene numerosos incisos y declaraciones que ni constituyen ni incorporan auténticas normas jurídicas. Priva en ella lo tradicionalmente rechazado para los textos normativos: esto es, el estilo suasorio (*lex iubet, non suadet*), el estilo de la convicción y didáctico (*lex iubet, non docet*) y, en fin, el estilo descriptivo (*lex iubet, non tollit*). Es

de promover el protagonismo de la pequeña y mediana empresa. Las actuaciones de la Unión se han concretado en una acusada tendencia hacia el oligopolio.

² Entre dichas iniciativas pueden mencionarse la Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 2003 “Hacia una política de la Unión Europea en materia de equipos de Defensa”, el *Libro Verde* “Los contratos públicos de defensa” (COM, 2004, 608), la Comunicación interpretativa sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa de 7 de diciembre de 2006 y el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión Adjunto a esta Comunicación (2006).

Otras iniciativas se concretaron en diversos instrumentos no normativos encaminados a delimitar la aplicación del entonces artículo 296 del Tratado y establecer un régimen intergubernamental para promover la competencia en el mercado europeo de los equipos de defensa: en concreto, en el Código de Conducta para la adquisición de material de defensa, de noviembre de 2005; el Código de Buenas Prácticas en la cadena de suministros de 15 de junio de 2006 y los acuerdos marco relativos a la seguridad en los suministros y la información de 20 de septiembre de 2006, aprobados todos ellos por la Agencia Europea de defensa.

³ La regulación legal fue interpretada por la Orden de Servicio sobre contratación nº I/12, de 6 de febrero, del Director General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa y luego por la Instrucción comunicada 14/2015, de 13 de febrero de 2015, del Secretario de Estado de Defensa, que reguló el procedimiento de contratación en el Ministerio de Defensa, siendo esta última, a su vez, derogada por 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.

un texto prolijo, incluso, farragoso en ocasiones, excesivamente reglamentista. Regula cuestiones que podrían haberse deferido sin dificultad a disposiciones de rango inferior. No obstante esta circunstancia, incurre, al tiempo y en demasía, en remisiones a conceptos imprecisos. Conserva la oscura y, en ocasiones, inadecuada terminología introducida por la Ley 30/2007, de contratos del sector público, vigente al momento de aprobarse, proveniente de las directivas europeas, sin hacer un mínimo esfuerzo de acomodación a nuestra tradición jurídica, con menoscabo de su claridad.

Es de resaltar la falta de interés del prelegislador y del legislador en verter en nuestras categorías, conceptos y términos jurídicos las previsiones europeas. Incorporar una directiva no es simplemente reproducirla –por más que la Comisión Europea lo defienda-. La directiva europea es una norma que obliga a un resultado, pero que no impone su simple transcripción.

El resultado final es que la Ley presenta una estructura artificiosa y compleja cuyo manejo y comprensión resulta ardua para el avezado en las materias de contratación y extraordinariamente difícil para quien no lo está. Todo ello en detrimento de la seguridad jurídica. Y tal esquema se concreta en especiales dificultades a la hora de integrarla e interpretarla.

Ámbito de aplicación de la Ley 24/2011

La regulación legal se aplica a la preparación y adjudicación de los contratos de obras, suministro, servicios y colaboración entre el sector público y privado cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Ser contratos celebrados en el ámbito de la defensa y la seguridad y tener por objeto prestaciones vinculadas a ellas.

Por Defensa se entiende el conjunto de actividades reguladas en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional; esto es, las encaminadas a garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional y a contribuir militarmente a la seguridad y defensa de España y sus aliados en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forma parte, así como al mantenimiento de la paz, la estabilidad y la ayuda humanitaria.

Por Seguridad Pública, por su parte, se entienden las actuaciones dirigidas a la protección de las personas y los bienes, la preservación y el mantenimiento del orden público dentro del territorio nacional.

Las prestaciones relacionadas con la defensa tienen por objeto el suministro de equipos militares –incluidas las piezas, componentes y sus subunidades–

y de equipos sensibles; las obras, suministros y servicios directamente relacionados con los equipos militares, esto es, las que les sirven de soporte o están íntimamente vinculadas con ellos y, finalmente, las obras y servicios con fines específicamente militares u obras y servicios sensibles (Ley 24/2011, artículo 2.1). Se entienden por éstas últimas las que, sin estar relacionadas de manera directa con el equipo militar, van destinadas y son adquiridos con fines específicamente militares.

Las prestaciones relacionadas con la seguridad pública son el suministro de armas y municiones destinadas al uso de las Fuerzas, Cuerpos y Autoridades con competencias en seguridad, las obras, suministros y servicios directamente relacionados con ellos, el suministro de equipos sensibles y las obras y servicios relacionados con ellos.

Se entiende por equipos militares los específicamente diseñados o adaptados para fines militares destinados a ser utilizados como armas, municiones o material de guerra (Ley 24/11, disposición adicional única)^{4 5}.

Y por equipos sensibles se entiende aquellos vinculados a fines de seguridad pública que exigen un nivel elevado de confidencialidad por implicar, requerir o contener información clasificada. Requiere la concurrencia de dos requisitos:

- 1) Una vinculación a fines de seguridad pública, que no es exclusiva de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sino que también se predica de las Fuerzas Armadas⁶.
- 2) Un elevado nivel de confidencialidad, circunstancia que comportará «implicar, requerir o contener información clasificada».

La delimitación del concepto obras y servicios con fines específicamente militares u obras y servicios sensibles se hace atendiendo a la calificación

⁴ La noción de fin militar se define en función de las operaciones militares desarrolladas por las Fuerzas Armadas: en concreto, la defensa del territorio nacional, la vigilancia de los espacios marítimos y aéreos y su control y la colaboración en operaciones de mantenimiento de paz y estabilización internacional.

⁵ El Consejo aprobó mediante la Decisión 55/1958, de 15 de abril, una lista de equipos militares. Dicha lista no se ha actualizado y no constituye un *numerus clausus*.

⁶ La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, encomienda a las Fuerzas Armadas funciones encaminadas a preservar la seguridad de los ciudadanos (artículo 15) y, en particular, a apoyar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (artículo 16, c), e) y f).

como zonas de seguridad de acceso restringido (ZAR) y administrativas de protección (ZAP)⁷ de las instalaciones⁸ y de los servicios.

- b) Ser contratos celebrados por entes que tengan la consideración de poderes adjudicadores.

Frente a la técnica de la directiva incorporada que se remite a la regulación de la contratación pública a la hora de determinar los poderes adjudicadores, la Ley crea un concepto propio⁹. Reproduce en gran parte el de la legislación de contratos, si bien lo modifica al incluir a las entidades públicas empresariales. Omite por otra parte toda referencia a las Entidades locales. Y llama la atención esta omisión. Las policías ejercen funciones de seguridad –muy alejadas de las simples funciones auxiliares atribuidas por el ordenamiento- y manejan información sensible y las citadas entidades adjudican contratos comprendidos materialmente en el objeto de los regulados por la Ley.

Especialidades de la regulación en el ámbito de los contratos en los ámbitos de la defensa y de la seguridad

La regulación legal de los contratos del sector público en el ámbito contiene una serie de especialidades relativas a:

- a) La capacidad y solvencia del empresario. En concreto, las personas físicas o jurídicas de los Estados no miembros deben justificar mediante informe de la

⁷ En los términos definidos por la Norma de la Autoridad Nacional para la protección de la Información Clasificada N/S 03. Seguridad Física y en las Normas de Seguridad de la Información en las Instalaciones, aprobadas por Instrucción 95/2011, de 16 de diciembre, del Secretario de Estado de Defensa, en la que se determinan las zonas de seguridad en las que se permite el manejo de información clasificada.

⁸ Son instalaciones autorizadas para manejar, conservar y tratar informaciones clasificadas. Requieren especiales condiciones de seguridad.

⁹ Tienen la consideración de tales la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo se prevea en sus respectivos Estatutos de Autonomía en el ámbito de la seguridad pública, los entes, organismos o entidades con personalidad jurídica, pública o privada, vinculados a las Administraciones anteriores, que ejerzan competencias en el ámbito de la defensa o seguridad y que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que los poderes adjudicadores citados financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia y las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores (Ley 24/2011, artículo 3).

respectiva misión diplomática española que en ellos se permite la participación de empresas españolas en los procesos de licitación (artículo 10). Se puede exigir a las personas jurídicas licitadoras de contratos de obras o suministros que indiquen en la oferta los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de la prestación (artículo 11). Se amplían las prohibiciones para contratar, incluyendo entre ellas la falta de fiabilidad necesaria del empresario para excluir los riesgos para la seguridad del Estado (artículo 12) y, en relación con la solvencia técnica y profesional, se puede exigir la aportación de documentación adicional (artículos 14 y 15).

- b) En materia de preparación del contrato, es de resaltar la obligación del órgano de contratación de especificar en el anuncio de licitación y en la documentación del contrato las medidas y exigencias necesarias para garantizar la seguridad de la información al nivel requerido y la posibilidad de exigir a los licitadores las correspondientes habilitaciones en materia de seguridad (artículo 21), existiendo también reglas encaminadas a asegurar la seguridad del suministro (artículo 22).
- c) En lo que se refiere a los procedimientos de adjudicación, la ley establece el procedimiento negociado con publicidad como el ordinario, sin necesidad de que concurren las causas justificativas previstas en la legislación de contratos públicos para su aplicación (artículo 43), pudiendo tener carácter restringido o incluso prescindirse de la publicidad en determinados casos (artículo 44). Además, se amplía el plazo máximo de los acuerdos marco –hasta los siete años-, salvo que concurren circunstancias excepcionales debidamente justificadas en razón de la vida útil de los equipos o instalaciones a entregar, en cuyos casos se podrá ampliar (artículo 53).
- d) En materia de subcontratación, se previene, de una parte, que, al superarse los umbrales determinantes de la condición de contratos sujetos a regulación armonizada, el adjudicatario deberá cumplir determinadas reglas de publicidad y, de otro lado, que el órgano de contratación podrá asumir la potestad de excluir a un subcontratista elegido por el contratista (artículo 62).

Negocios jurídicos excluidos de la Ley 24/2011

Cuestión de perfiles difusos es la relativa a los negocios jurídicos excluidos de la aplicación de la Ley 24/2011. El artículo 7 relaciona una serie de ellos. Son:

- a) «Los contratos que tengan un procedimiento de adjudicación específico regulado en normas internacionales». En concreto, en alguno de los siguientes cuerpos normativos:
 - 1) Acuerdos, convenios o tratados internacionales celebrados entre España y uno o varios terceros Estados. También aquellos acuerdos,

convenios o tratados internacionales celebrados entre España y otro u otros Estados miembros de la Unión Europea, por una parte, y por otro u otros terceros Estados por otra.

- 2) Acuerdos, convenios o tratados internacionales ya celebrados, relacionados con el estacionamiento de tropas.
- 3) Las normas de una organización internacional, cuando ésta adjudique contratos encaminados a dar cumplimiento a sus fines estatutarios, o se trate de contratos que España o un Estado miembro de la Unión Europea deba adjudicar de conformidad con dichas normas” (artículo 7.1. a).

El hecho excluyente es la existencia un procedimiento específico en alguno de los instrumentos normativos citados y no la regulación sustantiva aplicable a los contratos.

La referencia a «acuerdos, convenios o tratados internacionales» hecha en los apartados anteriores denota que el procedimiento de adjudicación puede estar contenido en cualquier instrumento normativo internacional, con independencia de su denominación –tratado, canje de notas, memorando de entendimiento, convenio, etc.-. Ello plantea la cuestión de si, admitida la distinción entre tratados-norma y tratados contrato, estos últimos son medio adecuado para establecer un procedimiento de adjudicación. La conclusión debe ser afirmativa por cuanto, no obstante su carácter singular, los denominados tratados contrato se insertan en el ordenamiento como auténticas normas.

Por otra parte, en la expresión legal quedan comprendidos los tratados internacionales y los acuerdos internacionales administrativos, pero no los acuerdos internacionales no normativos –al limitarse a contener declaraciones de intenciones- (Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y Acuerdos internacionales).

Los citados instrumentos han de prever un procedimiento de adjudicación específico, una reglamentación precisa. No basta la simple previsión de que se puede contratar. Es necesaria una regulación concreta.

En el caso del supuesto 2º de este apartado 1, los acuerdos deben referirse al estacionamiento de tropas, con independencia de quienes sean los Estados participantes. La noción de estacionamiento de tropas requiere el establecimiento de fuerzas de una manera estable, no meramente pasajera.

Se ha llamado la atención, por otra parte, sobre el hecho de que el supuesto 3º previsto no se acomoda a la interpretación de la Directiva hecha por la Comisión Europea. Esta considera que la adjudicación de un contrato por una organización internacional a un Estado miembro no está excluida de la

directiva, salvo que el contrato esté financiado íntegramente por la organización internacional.

- b) Los contratos que, de regirse por la Ley, «resultaría necesario revelar información contraria a los intereses esenciales de la Seguridad, o bien conforme al artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pudieran resultar perjudicados los intereses esenciales de la Defensa o la Seguridad Nacional» (artículo 7, apartado 1. b).

Estos contratos han tener como objeto armas, municiones y material de guerra; en particular, las contenidas en la lista aprobada por el Consejo el 15 de abril de 1959, en interpretación del antiguo artículo 296 del Tratado Constitutivo y hoy 346 del Tratado de Funcionamiento.

El alcance del concepto indeterminado «intereses esenciales de la defensa y de la seguridad nacional» ha sido acotado con carácter general por el Gobierno¹⁰ mediante acuerdo.

No obstante, su apreciación y declaración específica en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, a los efectos de la exclusión del contrato de la Ley 24/2011, corresponde al Ministro de Defensa. La declaración debe estar motivada objetivamente pues la Comisión Europea puede requerir su justificación. A fin de asegurar su concurrencia y constancia, todos los contratos que se pretenda excluir de la Ley 24/2011 por aplicación de esta categoría están sujetos a un procedimiento especial¹¹. En él, se ha de verificarse un test de comprobación que se concreta en tres preguntas: ¿Qué interés de seguridad esencial está en juego?; ¿Cuál es la relación entre el interés de seguridad y la decisión específica de contratación?; y, ¿Por qué la inaplicación de las directivas de los contratos es necesaria en este caso específico? A través de este test se persigue comprobar el denominado análisis de proporcionalidad, esto es, examinar si el objetivo perseguido no se puede alcanzar mediante otras medidas menos restrictivas u otras alternativas. Si se puede hacer, la exclusión decae.

Algún autor (Huerta Baralás) ha cuestionado la opción de acotar el concepto llevada a cabo con carácter general por el Gobierno -en virtud de lo ordenado la disposición adicional novena de la Ley- y se ha planteado si hacerlo no

¹⁰ En concreto, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015 que, en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional novena de la Ley 24/2011, determinó las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa nacional y seguridad nacional.

¹¹ El procedimiento está contenido en la Instrucción 27/2018 antes citada. Requieren lo que se denomina “orden de proceder” y deben ir acompañadas de una memoria.

comporta revelar nuestros intereses nacionales frente a terceros con aviesas intenciones.

La exención definida en este apartado no comprende las denominadas contrapartidas indirectas no militares (*offsets*) que se suelen conceder a los compradores de equipos militares por parte de los Estados vendedores¹².

- c) «Los contratos destinados a actividades de inteligencia, incluidas las actividades de contrainteligencia»¹³.

Las nociones de inteligencia y contrainteligencia han de interpretarse de manera estricta; en concreto, en el sentido empleado por la Estrategia de Seguridad Nacional. Por tanto, comprende las actividades encaminadas a detectar grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población.

La exclusión sólo opera respecto de contratos vinculados con las áreas de defensa y seguridad, cualquiera que sea el poder adjudicador, tanto civil como militar. Por consiguiente, los demás contratos destinados a actividades de inteligencia concertados por los poderes adjudicadores definidos en la ley pero no vinculados con dichas áreas se someten al régimen general de contratación. En todo caso, las agencias y organismos que lleven a cabo estas actividades nunca pueden utilizar la excepción legal de manera genérica.

- d) «Los contratos incardinados en programas de cooperación basados en I+D (investigación y desarrollo); en concreto, los adjudicados en el marco de un programa de cooperación basado en la investigación y el desarrollo de un nuevo producto y, en su caso, también relacionados con el ciclo de vida del mismo o partes de dicho ciclo, siempre que participen en el programa al menos dos Estados miembros de la Unión Europea».

¹² La Comunicación interpretativa COM (2006) 779, de 7 de diciembre de 2006 dice que las “contrapartidas (*offsets*) son compensaciones que muchos gobiernos exigen a los proveedores de material de defensa no nacionales como condición para la adquisición de equipos militares. Estas compensaciones pueden abarcar una amplia gama de actividades: las contrapartidas directas están directamente relacionadas con el objeto del contrato público; las indirectas no lo están y pueden ser de carácter civil o militar.

¹³ Por inteligencia debe entenderse inteligencia militar, esto es, la obtención, evaluación e interpretación de información con valor, presente o futuro, para las operaciones de planeamiento y ejecución de las operaciones militares en cualquiera de los dominios –terrestre, marítimo, aéreo, espacial, cibernético, magnético o cognitivo-.

La aplicación de esta excepción requiere la concurrencia de, al menos, dos Estados miembros de la Unión, sin perjuicio de la participación de otros terceros ajenos a ella.

El programa de cooperación puede ser gestionado por uno de los Estados miembros –Nación líder- o por una organización internacional, pero no por el tercer Estado.

Al interpretar este supuesto, el Ministerio de Defensa ha señalado en la Instrucción 27/2018 que «no es lo mismo I+D que nuevo producto». Según la Comisión, es requisito necesario que exista una fase I+D, pero lo relevante es el desarrollo de un nuevo producto. Esto significa que las compras de equipos que ya existen en el mercado no podrían ser objeto de esta exclusión, aunque se realicen adaptaciones técnicas a los mismos”.

Esta interpretación es acorde con el concepto I+D+i (investigación, desarrollo e innovación) contenido en la Directiva 2014/24/UE –considerando 47- y que comprende la investigación fundamental, la investigación aplicada y el desarrollo experimental.

- e) «Los contratos hechos en zonas de operaciones de un tercer Estado; esto es, los adjudicados en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea para efectuar compras, incluidas las de carácter civil, cuando las Fuerzas Armadas estén desplegadas fuera del territorio de la Unión y las necesidades operativas hagan necesario que estos contratos se concluyan con empresarios situados en la zona de operaciones. A los efectos de la Ley, se entienden incluidos en la zona de operaciones los territorios de influencia de ésta y las bases logísticas avanzadas» ¹⁴.

Esta excepción resulta de aplicación a toda clase de contratos –civiles o públicos- cuando el territorio fuera de la Unión en el que se celebran es el de un tercer Estado no miembro de ésta y en él se despliegan las Fuerzas Armadas.

La excepción no ampara los contratos hechos en territorios de Estados miembros que no forman parte del territorio de la Unión.

Hay que resaltar que el texto legal se refiere a territorios en los que las Fuerzas Armadas estén desplegadas, frente al supuesto antes considerado que hablaba de estacionamiento de tropas. Si respecto de este último se requería una cierta estabilidad en la ocupación, no es precisa en el caso del despliegue.

¹⁴ Estos contratos se tramitan conforme con lo establecido en la disposición final primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público.

- f) «Los contratos que tengan por objeto la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes», ya que se rigen por la legislación de patrimonio de las Administraciones públicas y, en particular, por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre.
- g) «Los contratos de servicios de arbitraje y de conciliación», que versen sobre los propios contratos de defensa.
- h) «Los servicios financieros, exceptuando los servicios de seguro».
- j) «Los contratos de trabajo» del personal al servicio de las Administraciones Públicas y, por supuesto, los contratos de función pública del personal funcionario.
- k) «Los servicios de investigación y desarrollo en ciertas circunstancias; en concreto, los que son distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al órgano de contratación para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que el órgano de contratación remunere totalmente la prestación del servicio».

Esta exclusión se ha justificado en que no son en puridad contratos sino convenios, distinción extraordinariamente lábil si no confusa. La justificación dicha debe ser rechazada, pues siendo los servicios retribuidos han de calificarse necesariamente como contrato.

La aplicación de la excepción requiere la concurrencia de dos requisitos: que los beneficios no pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad (beneficios y riesgos compartidos) y que el servicio prestado no sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador, sino que sea cofinanciado.

El Ministerio de Defensa afirma, por otra parte, y sin mayores fundamentos, que «a diferencia de los programas de cooperación basados en I+D con otros estados miembros, esta exclusión de servicios de I+D se limita únicamente a servicios de I+D en esta fase de investigación. Si hubiera otras fases posteriores de producción, adquisición u otras relacionadas con su ciclo de vida, se deberá (sic) aplicar las normas comunes contenidas en la ley 9/2017 o 24/2011, en su caso atendiendo al objeto y finalidad del contrato»¹⁵.

El indicado parecer no se considera correcto. La diferencia entre estos servicios y los contratos derivados de programas de cooperación de I+D antes señalados está en los distintos requisitos exigidos en cada caso. No existe

¹⁵ Así se dice en la Instrucción 27/2018, anexo I.15.

además fundamento alguno para limitar la aplicación de la exención a la fase de investigación.

- h) «Los contratos a celebrar entre el Gobierno de España y otro Gobierno y que tengan por objeto ciertas prestaciones», que se examinan con posterioridad.

Integración de la Ley 24/2011. Supletoriedad de la legislación de contratos del sector público

En lo no previsto en la Ley 24/2011, a los contratos comprendidos en su ámbito se les aplican las reglas de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Así lo dice la norma. Se configura pues un régimen jurídico especial referido exclusivamente a la preparación y adjudicación de los contratos, pues las previsiones de la primera norma citada se ciñen primordialmente a estas cuestiones.

Ya se ha llamado la atención sobre la imprecisión terminológica y conceptual de la norma. Imprecisiones que suscitan cuestiones dificultades hermenéuticas cuya solución no es fácil, aunque la Ley las pretenda solventar con una invocación de la supletoriedad de la Ley 9/2017.

En efecto, el alcance de la supletoriedad de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, respecto de la Ley 24/2011, no es cuestión, ni fácil, ni pacífica.

Una visión simplista de la supletoriedad puede llevar a entender que las previsiones de la regulación de los contratos del sector público resultan de aplicación en todo caso y con carácter prevalente cuando la contenida en la Ley 24/2011, bien no existe, bien es insuficiente o incompleta.

Tal planteamiento no se considera correcto. La Ley 24/2011 es la cabecera de un grupo normativo autónomo del común de la contratación pública que la tiene en la Ley 9/2011. Y, en caso de ausencia de regulación o de insuficiencia en la mencionada Ley 24/2011, ese grupo normativo autónomo se integra en sí mismo. Sólo en caso de imposibilidad de dar respuesta a la cuestión planteada conforme con los principios rectores del propio grupo ha de acudir a la Ley 9/2011 y sus disposiciones de desarrollo. En definitiva, la supletoriedad de esta última norma es de segundo grado y sólo opera en el caso de insuficiencia del grupo normativo propio de la Ley 24/2011.

La base de lo dicho está en que las regulaciones de la contratación pública y de la defensa tienen fundamentos distintos en el derecho europeo. La Ley 24/2011 engarza –a través de la Directiva- con el artículo 346 del Tratado de

Funcionamiento y consagra una excepción a los principios generales que lo informan. Frente a ello, las directivas europeas de la contratación pública carecen de un título jurídico habilitante directo en los tratados europeos. Su construcción y articulación se ha hecho acudiendo a otros indirectos –la libre circulación de mercancías y servicios-. En otros términos, la regulación de los contratos en materia de seguridad y defensa cuenta con uno basamento específico, autónomo, de índole excepcional, contenido en el Tratado de Funcionamiento, frente a la regulación de los demás contratos públicos. Esta circunstancia hace que la regulación de los contratos de defensa y seguridad, cuya cabecera es la citada Ley 24/2011, constituya, como se ha dicho, un grupo normativo autónomo del de contratos públicos, cuya interpretación y aplicación ha de hacerse de manera distinta a la de estos y con base en sus basamentos propios.

La noción de grupo normativo hace referencia a la existencia de un entramado de normas, diversas y en apariencia dispersas, que constituyen un conjunto coherente y que reclama su actuación simultánea. Su coherencia deriva de su igualdad estructural o de la identidad de sus criterios inspiradores (*isomorfía*). El grupo normativo puede tener una estructura sencilla o articularse en distintos conjuntos, subconjuntos o subgrupos. En él o en sus subgrupos, no operan exclusivamente las relaciones de jerarquía sino otras, entre la que destaca la de coherencia. En virtud de esta relación, las normas auxiliares, interpretativas, integrativas, sustitutivas o dispositivas formalmente de menor rango se anteponen a otras de valor, fuerza o rango superior. Una disposición de rango legal se integra con otras de rango reglamentario o dispositivo con preferencia a otras –también de rango legal- que el ordenamiento llama supletoriamente.

Lo dicho es precisamente lo que ocurre en el caso de grupo normativo aplicable a los contratos en materia de defensa. Este tiene una estructura compleja en la que no operan, ni única, ni primordialmente las relaciones de jerarquía. Por el contrario, la intención del legislador es que, antes de aplicarse las normas generales de los contratos públicos, lo hagan las de desarrollo de la propia Ley y, en su defecto, se colmen sus vacíos con sus propios principios y reglas, integrando un corpus jurídico unitario y prevalente. Sólo en el caso de insuficiencia de este mecanismo, resulta llamado el grupo normativo de la contratación pública.

Así pues, las previsiones de la Ley 24/2011, se integran preferentemente con las eventuales reglamentarias dictadas en su desarrollo, con los pliegos de cláusulas generales –si existieren- y particulares de los contratos y con los principios extraíbles de todas ellas. Forman una agrupación normativa dotada de coherencia con base en la conexión existente entre sí por razón de destino. Sólo en lo no previsto en este entramado de normas –constitutivo de un auténtico subgrupo

normativo- y en lo que no se pueda integrar acudiendo a los principios propios del entramado normativo, entrarían en juego las propias de la legislación de los contratos del Estado. La consecuencia de lo expuesto es que no cabe afirmar, ni que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público tiene efecto prevalente o derogatorio, por ser posterior, de la Ley 24/2011, cuando existe discrepancia en la regulación, ni que juega un papel supletorio general y directo. Antes al contrario, el contenido de la Ley 34/2011 y el sistema conformado por los principios que la inspiran queda indemne frente a las disposiciones de la legislación de contratos.

Criterios de interpretación de la Ley 24/2011

Lo expuesto tiene consecuencias relevantes en el ámbito de la interpretación de los contratos comprendidos en la Ley 24/2011. Corresponde a los poderes adjudicadores con la condición de Administración llevarla a cabo como prerrogativa reconocida a su favor. En el caso del resto de poderes adjudicadores, sólo si los pliegos les atribuyen esta facultad; en este caso, es no dudosa su admisibilidad, pero sí la ejecutividad de los acuerdos interpretativos.

La potestad o facultad de interpretación –según la clase de contrato- se extiende a todo el grupo normativo aplicable. No se limita a las cláusulas contractuales. Abarca a todas las normas jurídicas aplicables a este tipo de contratos. Ello comporta que, al ejercerla, la Administración puede desenvolver su labor hermenéutica no sólo sobre las cláusulas contractuales sino también sobre las disposiciones legales y reglamentarias de aplicación a los contratos.

Por otra parte, el ejercicio de la mencionada potestad está sujeta *mutatis mutandis* a las reglas hermenéuticas generales establecidas en el Código Civil; en particular, en los artículos 1281 y siguientes. Ello comporta que el proceso de interpretación está encaminado a determinar la voluntad de las partes, esto es, su intención común. No tiene por finalidad, ni reconstruir, ni complementar la citada voluntad.

El hito inicial de toda interpretación está en el hecho de que el significado literal de los términos del contrato expresa la intención de las partes (Código Civil, artículo 1281, párrafo primero), sin que proceda «tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones» (Código de Comercio, artículo 57). Ese es el sentido del *brocardo in claris no fit interpretatio*.

Sólo en el caso de insuficiencia de la regla expuesta, resultan de aplicación las demás que previene el ordenamiento jurídico. Entran en juego cuando existe oscuridad. Y hay oscuridad cuando la literalidad de las cláusulas, bien no permite determinar el supuesto de hecho al que resulta aplicable, bien es incomprensible en todo sentido, bien genera una situación en la que no se sabe en qué forma serán operativas, bien no contempla directamente una regulación precisa para un supuesto de hecho concreto. No la hay por el mero hecho de que la cláusula sea difícil de leer, que pueda contradecir a otras, que presente lagunas, que se oponga a reglas de derecho dispositivo o que no se ajuste a previsiones legales nuevas.

Las reglas subsidiarias de interpretación de los contratos, contenidas en los artículos 1282 y siguientes del Código Civil, se han de aplicar conforme a los siguientes cánones hermenéuticos: el de totalidad, que obliga a hacer una interpretación sistemática de las cláusulas en relación con las otras del propio contrato (Código Civil, artículo 1285); el de finalidad, que comporta que la interpretación debe ser la más adecuada para que el contrato produzca efectos (Código Civil, artículo 1283); el de equivalencia, que implica que la duda debe ser resuelta, en el caso de los contratos onerosos, en favor de la mayor reciprocidad de intereses (Código Civil, artículo 1289) y, finalmente, el de coherencia o interpretación normativa, que exige que la interpretación sea internamente homogénea.

Todos estos cánones tienen un límite de aplicación en la regla *contra proferentem*, contenida en el artículo 1288 del Código Civil que previene que «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad».

La regla *contra proferentem* tiene no obstante su ámbito propio. Viene delimitado por la existencia de una oscuridad causada por una de las partes. Cuando no la hay –como en los casos antes citados-, no opera. Y no existe oscuridad causada por una de las partes cuando la eventualmente existente deriva de la aplicación de las cláusulas contenidas en los pliegos de contratación. Por tanto, no es un mecanismo que resulte aplicable cuando la eventual oscuridad de las cláusulas es consecuencia de su integración con las previsiones legales y reglamentarias. Por otra parte, tampoco es un mecanismo de retorsión contra quien la estableció, que pueda utilizarse como técnica encaminada a menoscabar su posición jurídica en beneficio de la contraparte. Es técnicamente neutra.

La interpretación de los contratos comprendidos en el ámbito propio de la Ley 24/2011 debe hacerse conforme con los criterios expuestos y no con los que presiden la de los demás contratos públicos.

Negocios jurídicos excluidos y su régimen jurídico supletorio

Cuestión también debatida es si a los contratos excluidos relacionados en el artículo 7 de la Ley 24/2011 les resulta de aplicación supletoria, bien la regulación contenida en ésta, bien la general de la contratación pública.

No puede darse una respuesta unitaria. Si son incardinables en la excepción contenida en la letra a) del apartado 1 del citado artículo, la conclusión debe ser negativa, pues, al fundarse en normas de derecho internacional, la integración ha de hacerse conforme con éstas, orillando las atinentes a la Ley 24/2011 y a la contratación pública.

Conclusión igual de tajante no puede alcanzarse respecto de los demás supuestos contemplados en el precepto. En atención a su regulación convencional específica y a las concretas circunstancias de cada uno, podrá determinarse si resulta procedente la aplicación supletoria, en primer término, del grupo normativo de los contratos de defensa y seguridad y, sólo en último caso y ante la insuficiencia de éste, de la regulación general de la contratación del sector público.

El arbitraje y la Ley 24/2011

La Ley 24/2011 excluye de su ámbito de aplicación a los «servicios de arbitraje y conciliación» (artículo 7.1.h). Esta mención suscita la cuestión de si el arbitraje es instrumento apto para resolver disputas relativas dimanantes de los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación.

La respuesta a esta cuestión está en función de la calificación atribuida a los contratos en el ámbito de la defensa y seguridad.

Si se los concibe como simples contratos públicos –primordialmente administrativos- sujetos a un régimen especial, la respuesta es negativa. Conforme con un criterio doctrinal y jurisprudencial mayoritario y ante el silencio de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público sobre la cuestión – frente al texto refundido de la Ley de 2011-, se dice que no es posible encomendar al arbitraje la resolución de disputas, salvo que verse sobre materias disponibles. Y la razón está en que la Administración está sujeta a los principios legalidad y actuación al servicio del interés general. Sólo cabría excepcionar los contratos celebrados con empresas extranjeras de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley 9/2017.

Sin embargo, como se ha dicho, los contratos de defensa y seguridad no son simples contratos públicos con un régimen especial. Tienen sustantividad propia. Su grupo normativo es autónomo del de la contratación pública. Y la supletoriedad de éste es de segundo grado. Sólo actúa cuando no es posible integrarlo mediante la aplicación de normas o principios propios. Así las cosas, el silencio de la Ley 9/2017 –que por otra parte no es prohibición sino silencio- no es un elemento impositivo para la admisión del arbitraje. Es más, la referencia contenida a los servicios de arbitraje en el artículo 7.1.h) de la Ley 24/2011 resulta anómala e injustificada si no fuera posible hacerlo. Cuando la norma excluye los servicios de arbitraje de su ámbito de aplicación está partiendo de la premisa de que el arbitraje es un instrumento adecuado para resolver disputas en relación con los contratos de seguridad y defensa. Si no fuera así, la mención contenida en la norma –especial y objeto acotado- carecería de sentido.

Cuestión distinta es la relativa al ámbito de aplicación de la institución arbitral. Parece ilimitada en el caso de contratos con empresas extranjeras –por ser criterio general de nuestro derecho- y más restringido en el de los contratos celebrados con las nacionales, pues queda ceñido a las materias que sean disponibles para la Administración.

La distinción apuntada tiene además consecuencias de procedimiento. En el primer caso, se puede orillar la aplicación de la Ley General Presupuestaria que exige el dictamen del pleno del Consejo de Estado y la aprobación del Consejo de Ministros mediante real decreto. No así en el segundo.

La admisibilidad del arbitraje en todo caso resulta plena si se trata de los contratos a que se refiere el artículo 7 de la Ley 24/2011.

Los contratos gobierno a gobierno

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 24/2011, de 24 de enero, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, artículo 7.g¹⁶).

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 carentes de entidad propia, ha sido sustantivados como categoría independiente en el sistema contractual patrio. En concreto, por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, tras calificarlos como un mecanismo de «apoyo a la exportación de material de defensa por el Ministerio de Defensa»¹⁷, los reconoce como figura independiente y los dota de un régimen singular. La citada norma legal está desarrollada y 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 el concepto y régimen jurídico de estos contratos presente dificultades de inserción y engarce en el sistema 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, aplicándoles supletoriamente las previsiones aplicables a éstos. Sin embargo, tal calificación es inadecuada y no resuelve las dificultades apreciadas.

No procede examinar ni los trámites precisos para que el gobierno de un Estado Miembro de la Unión Europea o de un tercer Estado pueda hacer uso de este instrumento, ni del procedimiento de articulación previsto en la legislación. Están contenidos en las normas antes citadas. Examinarlas sería una simple dación de cuenta. A ellas procede por tanto remitirse. Resulta pertinente sin embargo abordar algunas cuestiones polémicas de su régimen.

¹⁶ La expresión “Gobierno a Gobierno” empleada por la ley es incorrecta. Responde al concepto anglosajón de Gobierno. Debe entenderse hecha a “Estado a Estado”, que sería la correcta. No obstante, en la presente nota, se utiliza la terminología legal.

¹⁷ 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 jurídico español instituciones tradicionales en el derecho comparado relativas a la gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación”.

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 y no tratados, pues no se sujetan al derecho internacional. Son además contratos parcialmente internacionales –por razón de los sujetos intervinientes-.

Están excluidos tanto de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como de la citada Ley 24/2011 (artículo 7.g), según sus previsiones específicas. 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. En concreto, el segundo precepto –el artículo 7.g- es transcripción casi literal del apartado f) del artículo 13 de la norma europea.

Ahora bien, el alcance de la exclusión en los términos legalmente previstos no ha dejado de suscitar también dudas. En efecto, el citado artículo 13, f) de la Directiva ha sido interpretado muy restrictivamente por no pocos; 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 de su ámbito los supuestos en los que la venta o suministro se produce directamente por las empresas fabricantes o suministradoras a uno de aquellos¹⁸. La regulación legal española ha orillado esta última interpretación, haciendo una interpretación amplia del concepto.

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

¹⁸ 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*, expedida por la Comisión Europea.

gobierno extranjero¹⁹. Y en el segundo, el 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 extranjero²⁰.

Los contratos de Gobierno a Gobierno se configuran técnicamente como un complejo contractual en los términos definidos por la doctrina germánica. Complejo en el que dos o más relaciones contractuales diferentes se imbrican de tal manera que, aun conservando sus sustantividades propias, deben desenvolverse conjuntamente. La vinculación entre ambas relaciones contractuales no es accesoria sino de vinculación. Los contratos celebrados entre el Ministerio de Defensa y las empresas nacionales de defensa no son accesorios del contrato perfeccionado entre el Gobierno español y el foráneo. Hay entre ellos una relación de vinculación –en ocasiones con ciertos tintes de dependencia-, pero no de accesoria. Ello tiene consecuencias tanto en lo tocante a sus causas de extinción como en lo atinente a las reglas de su interpretación, como se dirá.

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 serán de 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, como se ha afirmado, que no son tratados por el hecho de ser suscritos por los gobiernos y no propiamente por los Estados-.

¹⁹ 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.

²⁰ Real Decreto 33/2014, artículo 8.

Las partes pueden sujetar el contrato horizontal –en todos sus aspectos o relaciones- a las convenciones pactadas, o 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 de la regulación propia de los firmantes. La remisión a estos es fuente inagotable de controversias; especialmente, cuando los sistemas jurídicos de los contratantes están inspirados en criterios divergentes cuando no antagónicos.

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 Defensa²¹. 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 éste²². Para ello, se prevé que el gobierno extranjero proceda a abrir unas *cuentas de situación 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 Departamento²³. La transferencia de propiedad de los bienes y servicios pactados se realiza directamente desde el contratista al gobierno extranjero²⁴.

La relación vertical del contrato Gobierno a Gobierno

Los contratos celebrados con las empresas nacionales por el Ministerio de Defensa se rigen en primer término por las disposiciones del contrato suscrito entre 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.

²¹ “En ningún caso supondrá coste o beneficio económico para el Ministerio de Defensa” (Ley 12/2012, art. 8.2)

²² Ley 12/2012, artículo 7.

²³ Ley 12/2012, artículo 12 y Real Decreto 33/2014, artículo 5.

²⁴ Ley 12/2012, artículo 9

Calificación jurídica y contenido del contrato gobierno a gobierno

A los efectos de su calificación jurídica, es preciso distinguir entre:

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 autor²⁵ ha dicho que se inspira en él, aunque con modificaciones relevantes. Otros han afirmado que pudiere quizás tener encaje en determinadas concepciones de la figura de precontrato: en concreto, en aquellas que lo consideran no como una simple promesa sino como un contrato definitivo en el que las partes sientan unas líneas básicas contrayendo la obligación de desarrollarlas en el futuro mediante otros pactos²⁶.

Las citadas calificaciones resultan insuficientes. En especial, la que dice que es un mandato. El contrato entre gobiernos 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. Está obligado, como mandatario, a dirigirse a terceros.

En los términos definidos, el contrato rebosa el marco estricto de mandato. Este 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, dando lugar al negocio mixto de mandato representativo directo.

En el caso examinado, las 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

²⁵ 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.

²⁶ No sería incardinable en la concepción de precontrato defendida por F. DE CASTRO, o en la preconizada por S. MORO; sí, por el contrario, por la defendida por ROCA SASTRE.

(*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. Así las cosas, los contratos pudieren incardinarse en la categoría de mandatos representativos. Sin embargo, hacerlo suscita también dificultades.

La primera cuestión controvertida 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. Conforme con las determinaciones generales, el apoderamiento debe estar expresamente conferido bien en el propio contrato como cláusula representativa, bien en virtud de un acto de apoderamiento expreso. No cabe hacerlo mediante una disposición reglamentaria.

En el caso de los contratos de gobierno a gobierno, la representación del gobierno extranjero no se atribuye expresamente al Ministerio de Defensa en la Ley 12/2012. Tampoco esta norma 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 pues 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.

El artículo 8.2 del Real Decreto 33/2014 es el que dispone que el Ministerio de Defensa suscribe los contratos en nombre y representación del gobierno extranjero. Ahora bien, este precepto ni previene propiamente una atribución expresa de dicho apoderamiento a favor del Departamento, ni es instrumento normativo adecuado para hacerlo por razón de su rango. Se precisa bien una disposición legal, bien una declaración de voluntad, ambas expresas.

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, sin perjuicio de que lo haga en interés del Estado foráneo.

Y, si el contrato horizontal previene expresamente la atribución de representación a la Administración española, otras circunstancias y perfiles también hacen difícil incardinarlo en la categoría del mandato representativo.

En efecto, 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 afirmación 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 como fiduciario de un gobierno extranjero.

La condición de Administración contratante del Ministerio es palmaria. Se acredita por el hecho de ejercer, además de los derechos y facultades reconocidos al gobierno extranjero en el contrato de relación horizontal, las potestades y prerrogativas inherentes a la contratación pública. Estas potestades son intransferibles. Sólo se pueden ejercer en nombre propio por la Administración y respecto de los contratos propios. 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. La parte contratante sería la Administración foránea. 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 en la regulación aplicable, 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, dichas circunstancias y esta eventual titularidad no agotan u orillan 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. En los contratos gobierno a gobierno, el Ministerio de Defensa es una parte, instrumental y materialmente fiduciaria, pues actúa por cuenta del gobierno extranjero y aún –si se atribuye expresamente- en su representación. Pero su condición instrumental no excluye su titularidad respecto de las relaciones integradas en el acervo contractual.

Baste un botón de muestra de lo dicho: 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 del gobierno extranjero- por los daños irrogados a terceros, situación ésta inadmisibles si fuera un mero representante directo del gobierno extranjero. En relación con este punto, la posición del Ministerio no puede explicarse diciendo que la responsabilidad del mandante se atribuye al mandatario. La responsabilidad 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. La concurrencia de estos distintos tipos de titularidad define una posición singular del Ministerio de Defensa en el seno de la relación convencional, no reconducible a los tipos contractuales clásicos.

El carácter complejo de la relación contractual gobierno a gobierno se hace patente también 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 material de defensa que constituye su objeto. Son las empresas las que venden o suministran. Y lo hacen directamente al gobierno extranjero. 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 o la del depósito y la incardina –no sin matices- en la figura del indicado negocio fiduciario de transmisión. La Administración recibe los bienes, los hace suyos instrumentalmente, pero asume su titularidad, aunque sea temporalmente.

No es óbice a lo dicho, esto es, para afirmar la condición fiduciaria de la Administración española, que el material vendido no se integre en el patrimonio de las Administraciones públicas como previene la regulación. Tal afirmación lo único que quiere significar es que no se incorpora su patrimonio general; 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 frente al Gobierno extranjero 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 lo hace por cuanto no es un tercero ajeno al contrato de compraventa o suministro del material. Su intervención la configura como 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). Y también frente a los contratistas nacionales.

En otro orden de cosas, la naturaleza internacional del contrato permite establecer libremente a las partes el derecho aplicable y 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, como se ha apuntado antes. 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 exportación²⁷ o el dimanante de los principios comunes a los ordenamientos de los Estados parte.

En lo tocante al derecho aplicable, resta por examinar una cuestión: cuál es 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 tan estricta de los contratos gobierno a gobierno para poder adaptarse más fácilmente a las diferentes situaciones y cambiantes circunstancias.

En el caso patológico de que el contrato Gobierno a Gobierno suscrito –relación horizontal- no se acomode a la regulación española, sus previsiones serían válidas y obligatorias para la Administración española. La infracción de esa regulación no será oponible, ni frente al gobierno foráneo, ni eventualmente frente terceros; en especial, no lo será la vulneración de las reglas que disciplinan el expediente de contratación. En definitiva, la regulación contenida por las normas patrias en este punto ni son acertadas, ni tienen asegurada su eficacia.

Las partes pueden asimismo determinar libremente el foro judicial o arbitral competente para resolver las disputas que pudieren surgir de la relación horizontal del contrato gobierno a gobierno. También aquí podrá ser el foro de uno de los

²⁷ 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*.

Estados contratantes o de un tercero, sin que su elección predetermine el derecho aplicable al fondo. 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*.

Antes al contrario, 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 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.

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 se trata de adquisiciones de material de defensa hechas por dicho Departamento con carácter 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 y, de otro, las empresas de defensa nacionales. 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 en todos los casos. 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 estas materias, 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 distintas en relación con estos contratos, está limitado a determinaciones, bien ajenas a dichos ámbitos, bien complementarias –pero acordes- con ellas. En otros términos, invocando la relación horizontal, el Ministerio no puede alterar las prescripciones de la legislación de contratos públicos a la hora de concertar los contratos con las empresas nacionales, salvo que estén previstas expresamente en la relación horizontal.

Los contratos suscritos con las empresas nacionales serán, en principio, administrativos, al ser la Administración contratante –el Ministerio de Defensa- un poder adjudicador que tiene tal consideración conforme con las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Esta calificación es dudosamente disponible 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 de vinculados del principal suscrito entre el Gobierno de España y el gobierno extranjero. Son independientes de éste, pero están en una relación de conexión con él. Ello comporta que las eventuales invalideces referidas al principal no les afectan. Cuestión distinta es la relativa a las ineficacias de la relación horizontal, pues pueden incidir en los conexos, si bien su alcance debe determinarse en cada caso concreto. Y ello con independencia de las causas resolutorias o de invalidez que puedan predicarse de los contratos suscritos con las

empresas que tienen plena aplicación. En otros términos, 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- por resolución comportará la de los dependientes.

La regulación contempla en otro orden de cosas 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. Ahora bien, en el caso de la primera, 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. Y respecto de los contratos propios de la relación vertical, la resolución se sujetará a las prescripciones materiales y formales de la legislación de contratos públicos.

En el artículo 3.3. de la Orden ministerial antes mencionada se dispone que el contrato podrá fijar los efectos de la resolución contractual. Esta previsión reglamentaria es *ultra vires* si lo que pretende es establecer unos efectos distintos a los establecidos en el contrato entre los gobiernos lo determina o a los fijados en la Ley de contratos del sector público. 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 en principio los efectos de la resolución de los contratos suscritos por el Ministerio de Defensa con las empresas nacionales –relación vertical-; en particular, en lo atinente al régimen de compensaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el contratista. 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. Por consiguiente, la celebración de unos contratos de esta índole sin la correspondiente provisión en la cuenta de situación determinaría su nulidad por aplicación analógica de la causa que la determina cuando no hay consignación presupuestaria.

En este punto puede observarse una falta de adecuación entre la obligatoriedad de la Administración de cumplir con el gobierno extranjero el contrato en su relación horizontal –que nace con independencia de la existencia de la cuenta de provisión- y la imposibilidad de formalizar los contratos de ejecución en el caso de que no se alleguen los fondos por el gobierno foráneo. En tal situación y para el obviar su responsabilidad respecto de éste, el Ministerio de Defensa deberá dotar las correspondientes partidas económicas para hacer posible la celebración de los contratos con las empresas nacionales. Ello sin perjuicio de exigir en su momento al extranjero el cumplimiento de su obligación de proveer fondos. ■

Referencias bibliográficas:

- ABRIL MARTINEZ, J. “Los contratos gobierno a gobierno en materia de defensa”, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 17, 2014.
- CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS, J.A. *Aclaraciones a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector público: enfoque científico práctico*, Madrid, 2022.
- CESEDEN. *La contratación y el artículo 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea*, Documento de trabajo 02/2017, del Centro de Estudios de la Defensa Nacional, 2017.
- DE CASTRO, F. “La promesa de contrato” en *Anuario de Derecho Civil*, 1950, pp. 1168 y ss.
- GONZÁLEZ BARRAL, J.C. “Artículo 223.i.b (296) del TC y Ley 53/1999, de Contratos de las Administraciones públicas”, en *Privatización de las empresas públicas en el ámbito de la Defensa y otros estudios jurídico-militares*. II Jornadas de Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la Defensa, Madrid, 2000.
- HAUPT, G. *Über faktische Vertragsverhältnisse*, 1941, pp. 10 y ss.
- LAZO VITORIA, X. “Los mercados públicos sobre defensa y seguridad en el mercado europeo”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 82, pp. 99 y ss.
- LAZO VITORIA, X. “La contratación pública en los ámbitos de la defensa y la seguridad”, en *Observatorio de la contratación pública*, 12 diciembre 2011.
- LOZANO CUTANDA, B. “Proyecto de ley de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad” y GÓMEZ-ACEBO y POMBO, *Análisis-Contratación pública*, abril, 2011
- MINISTERIO DE DEFENSA. 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.
- MORO, S. “El precontrato” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1934, pp. 109 y ss.
- ROCA SASTRE, R. “Contrato de promesa” en *Estudios de Derecho Privado*, I, 1948, pp. 323 y ss.
- 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.
- VILLAR PALASÍ, J.L. *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1968, pp. 433 y ss.
- ZOTO ALVARADO, J.L. *Los contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y seguridad. La creación de un nuevo sector excluido de las normas generales de contratación*, (texto completo no disponible).