

## **EL CONTRATO GOBIERNO A GOBIERNO ¿UNA REGULACIÓN EFICAZ?**

David Javier Santos Sánchez

### *Resumen*

Desde la aprobación del Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la figura del contrato Gobierno a Gobierno, no se ha procedido a la firma de ningún contrato de este tipo. El presente trabajo tiene por finalidad analizar las causas y la regulación del contrato Gobierno a Gobierno así como su relación con la normativa de otros países de nuestro entorno para valorar si se trata de una normativa eficaz, de modo que la falta de suscripción de este tipo de contratos responda exclusivamente a la complejidad que caracteriza a las transacciones relacionadas con el material de defensa (por razones políticas, económicas o tecnológicas) o si dicha normativa puede mejorarse con la finalidad de facilitar la suscripción de este tipo de contratos.

Para la realización del presente trabajo se han estudiado los modelos que ofrece el derecho comparado, especialmente el modelo Foreign Military Sales (en adelante o en lo sucesivo FMS) norteamericano, la naturaleza jurídica del contrato Gobierno a Gobierno y su encuadramiento dentro de la normativa comunitaria y los principales aspectos de su régimen jurídico, para concluir que se trata de una normativa necesaria para garantizar el mantenimiento de las capacidades industriales

estratégicas para la Defensa Nacional pero que admite posibilidades de mejora en cuanto a su regulación.

*Palabras Clave:* Contrato Gobierno a Gobierno, FMS, mandato, capacidades industriales estratégicas, industria de defensa española, Comisión Europea, apoyo a la internacionalización.

*Abstract*

Since the approval of Royal Decree-Law 19/2012, of 25 May, on urgent measures to liberalise trade and certain services, which introduced in our legal system the figure of the Government to Government contract, no contract of this type has been signed. The purpose of this paper is to analyse the causes and regulation of the government-to-government contract as well as its relationship with the regulations of other surrounding countries to assess whether it is an effective regulation, so that the lack of subscription of this type of contract responds exclusively to the complexity that characterises transactions related to defence material (for political, economic or technological reasons) or whether this regulation can be improved in order to facilitate the subscription of this type of contract.

In order to carry out this work, the models offered by comparative law have been studied, especially the North American FMS model, the legal nature of the government-to-government contract and its framing within the Community regulations and the main aspects of its legal system, in order to conclude that it is a necessary regulation to guarantee the maintenance of strategic industrial capabilities for the National Defence but that it admits possibilities of improvement as regards its regulation.

*Keywords:* Contract Government to Government, FMS, mandate, strategic industrial capabilities, Spanish defence industry, European Commission, internationalisation support.

## SUMARIO

1. Razones de la Reforma. 1.1. Necesidad, acierto y oportunidad. 1.2. Importancia del apoyo a la internacionalización de la industria de defensa. 2. Antecedentes de Contratos entre Gobiernos. 2.1. En España. 2.2. En el Derecho comparado. 2.2.1. Estados Unidos: Sistema FMS. 2.2.1.1. Finalidad. 2.2.1.2. Contenido. 2.2.1.3. Proceso de gestión. 2.2.1.4. Offsets. 2.2.2. Otros países. Especial referencia a Francia. 3. Naturaleza Jurídica. 3.1. El acuerdo comercial internacional o contrato internacional. 3.2. El contrato de mandato. 4. Aplicación de la Normativa de Contratación Pública y Contrato Gobierno a Gobierno. 4.1. El contrato Gobierno a Gobierno. 4.1.1. Comisión europea: interpretación de la exclusión del 13 f de la directiva. 4.1.1.1. Criterios de la Comisión. 4.1.1.2. Procedimiento. 4.2. El contrato a suscribir entre el Ministerio de Defensa y la Industria española de Defensa. 5. Relación Horizontal: El Contrato entre Gobiernos. 5.1. Objeto. 5.2. Régimen jurídico. 5.2.1. Cuestiones que era necesario regular. 5.2.1.1. Especialidades derivadas el mandato representativo. 5.2.1.2. Principio de no coste/no beneficio. 5.2.2. Actuaciones preparatorias del contrato Gobierno a Gobierno. 5.2.3. Contenido. 5.2.4. Extinción del contrato entre Gobiernos. 6. Relación Vertical: El Contrato entre el Ministerio de Defensa y la Industria de Defensa. 6.1. Especialidades de su régimen jurídico. 6.1.1. Tramitación del expediente de contratación. 6.1.2. Garantías financieras. 6.1.3. Imposición de penalidades por demora del contratista. 6.2. Especial referencia al régimen de responsabilidades. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía

## 1. RAZONES DE LA REFORMA

### 1.1. NECESIDAD, ACIERTO Y OPORTUNIDAD

El estudio del denominado «*contrato Gobierno a Gobierno*» ha de partir necesariamente de un somero análisis de las causas que motivaron la regulación jurídica de esta figura inexistente en nuestro ordenamiento jurídico pese a que es de frecuente utilización por otros países de nuestro entorno, y a las que no resultan ajenas la grave crisis económica que se inició en el año 2007. Dicha crisis económica supuso una contracción del gasto público y afectó notablemente al presupuesto del Ministerio de Defensa (que pasó de 10.826,2 millones de euros en 2008 a 8.296,4 millones de euros en 2011<sup>1</sup>), reducción que afectaba notablemente a la capacidad del Ministerio de Defensa de impulsar nuevos programas de adquisición

---

<sup>1</sup> PÉREZ MUINELO, F., JIMÉNEZ BASTIDA, J.L. y MARTÍN CASARES, G. *Análisis de los Presupuestos en Defensa y Seguridad de España en 2017*. Madrid, IDS, mayo de 2017, p.22. <http://www.uma.es/foroparalapazenelmediterraneo/wp-content/uploads/2017/10/171013-Informe-Presupuestos-defensa-y-Seguridad-2017.pdf>. Consultado el 11 de noviembre de 2017.

de armamento a medio plazo. Dicha reducción de la demanda interna obligaba a las empresas que forman parte de la industria de defensa a centrar sus esfuerzos en el mercado exterior, y hacía aún más acuciante el atender a una demanda que se venía reiterando en el tiempo con el fin de dotar a la misma de un apoyo gubernamental con el que sí contaban otras industrias competidoras, para al menos poder competir en los mercados internacionales en igualdad de condiciones. Por otro lado, la complejidad que caracteriza a la mayoría de los programas de armamento ha llevado a que muchos Gobiernos extranjeros y potenciales demandantes de dichos productos prefieran proceder a su adquisición a través de otro Gobierno y no mediante su adquisición directa a las empresas, especialmente en el caso de países que carecen de una industria de defensa relevante, e interesados por asegurar a sus ejércitos el suministro de materiales y equipo de defensa de calidad apoyados en complejos programas de mantenimiento, formación, entrenamiento operacional conjunto con otros ejércitos, etc.

## 1.2. IMPORTANCIA DEL APOYO A LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA INDUSTRIA DE DEFENSA

La industria de defensa constituye una capacidad asociada a la defensa en cuanto que suministra el material utilizado por nuestras Fuerzas Armadas, por lo que afecta en términos de soberanía al ejercicio de la Defensa Nacional. En estos momentos, vivimos una situación en la que, por un lado, está próximo a concluir el importante ciclo de adquisiciones iniciado por el Gobierno español en los años 80 y 90 y que ha servido para consolidar una importante industria de defensa; y por otro lado, la situación de crisis económica ha retrasado el lanzamiento de nuevos programas de adquisiciones que permitan mantener el nivel de actividad necesario para retener las capacidades tecnológicas con las que cuenta España, a lo que hay que añadir la escasez de nuevos programas internacionales de cooperación.

Dichas circunstancias se pusieron de manifiesto en la Comparecencia del Ministro de Defensa en el Congreso de los Diputados el 26 de enero de 2012,<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> En la que se recogía el compromiso de dar un apoyo institucional a la industria y su necesaria internacionalización y fomentar los acuerdos y soluciones multinacionales «para obtener el máximo rendimiento de nuestras capacidades industriales en un contexto globalizado como el actual» [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28CDC201201260028.CODI.%29#\(Página2\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28CDC201201260028.CODI.%29#(Página2)). Consultado el 14 de octubre de 2017.

y se recogieron en la Directiva de Defensa Nacional 2012<sup>3</sup>, lo que inició un importante proceso de reformas normativas para apoyar a la internacionalización de la industria de defensa modificando las competencias de la Dirección General de Armamento y Material<sup>4</sup>, regulando la figura del contrato Gobierno a Gobierno<sup>5</sup> y revitalizando la Oficina de Apoyo Exterior que había sido creada por la Directiva 78/93, de 27 de julio, del Ministro de Defensa para el Apoyo a la presencia en el exterior de las empresas españolas de Defensa, entre cuyos cometidos se va a incluir el de *«prestar apoyo en la preparación de contratos entre Gobiernos, en coordinación con el órgano competente de la Dirección General de Asuntos Económicos»*<sup>6</sup>. Además, la internacionalización de las empresas relacionadas con el armamento ocupa un lugar destacado dentro de la estrategia industrial de Defensa, *«definiendo acciones que persiguen impulsar la presencia oficial en foros internacionales, la exportación o la atracción de actividades y financiación del exterior»*<sup>7</sup>

No obstante, el apoyo a la internacionalización de la industria de defensa interesa también desde el punto de vista de la economía nacional al tener incidencia en términos de empleo y de producto interior bruto.

---

<sup>3</sup> *«Por una defensa necesaria, por una defensa responsable»*, Madrid, julio de 2012, Presidencia del Gobierno. <http://www.lamoncloa.gob.es/documents/directivadedefensanaional2012.pdf>. Consultado el 14 de octubre de 2017:

*«la crisis económica, que actúa también como una amenaza a la seguridad, obliga a tomar determinaciones, y proceder con toda cautela en el mantenimiento de las capacidades que se precisan para la defensa».*

*«Por fin, la defensa de España exige el impulso de la industria nacional del sector, suministrador idóneo de las necesidades de nuestras Fuerzas Armadas. En los tiempos actuales, la permanencia y desarrollo de la misma hace precisa la asistencia a esta en su presencia internacional, especialmente en la penetración en mercados que por su especificidad observan garantías mayores con el respaldo de Estado a Estado».*

<sup>4</sup> Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa. Atribuye entre las competencias de la Dirección General de Armamento y Material de la Secretaría de Estado de Defensa la de *«impulsar el apoyo institucional a la internacionalización de la industria española de defensa...»* que asume la Subdirección General de Relaciones Internacionales.

<sup>5</sup> Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios

<sup>6</sup> Instrucción 25/2013, de 22 de abril, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se desarrolla el impulso del apoyo institucional a la internacionalización de la industria española de defensa: *«La industria española de defensa es un sector estratégico para la economía y constituye un elemento esencial en el proceso de obtención de capacidades militares para nuestras Fuerzas Armadas, por lo que el desarrollo y fortalecimiento de una base tecnológica e industrial competitiva y capaz es un objetivo primordial de la política española en este campo»* *«Las especificidades del sector de la defensa hacen que el apoyo y el respaldo institucional del Departamento sean, en muchos casos, imprescindibles para el acceso de la industria nacional a los mercados internacionales».*

<sup>7</sup> Estrategia Industrial de Defensa EID-2015, p.44. <http://www.defensa.gob.es/Galerias/dgamdocs/estrategia-industrial-defensa-2015.pdf>. Consultado el 24 de septiembre de 2017.

De ahí que el primer Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Española<sup>8</sup>, después de reconocer la importancia del sector exterior para la salida de la crisis económica (en 2011 y 2012, el sector exterior español aportó 2,2 y 2,5 puntos al crecimiento, respectivamente), introdujo como medida número 13 el «*Impulso a la internacionalización de la industria española de defensa mediante los acuerdos Gobierno a Gobierno*».

Son las razones expuestas las que han llevado a que la figura del contrato Gobierno a Gobierno se haya configurado en nuestro país como un «*mecanismo de apoyo a la exportación*», introduciéndose su regulación en una norma de carácter comercial, el Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. Precisamente, las razones expuestas son las que sirven para fundamentar en su Exposición de Motivos la urgencia y la necesidad de la norma, al tratarse de medidas que:

*[...] tienen como objetivo fundamental afrontar las carencias advertidas en esta etapa crucial para el sector español industrial de la defensa, caracterizada por la contracción del gasto español en este sector esencial de la actividad económica del país, el aumento de la demanda internacional de material de defensa, la creciente competencia internacional en los procesos de adjudicación de grandes programas por ciertas potencias emergentes, y la existencia de un interés declarado y actual, por parte de las mismas, en que sea el Gobierno español su único interlocutor en procesos de adquisición de material de defensa que, teniendo en cuenta su envergadura, no admiten demora.*

## 2. ANTECEDENTES DE CONTRATOS ENTRE GOBIERNOS

### 2.1. EN ESPAÑA

La normativa española solo contemplaba la intervención del Gobierno (Ministerio de Defensa) como parte vendedora en la enajenación de mate-

---

<sup>8</sup> Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Española 2014-2015. [http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comercio/140228\\_Plan\\_Internacionalizacion.pdf](http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comercio/140228_Plan_Internacionalizacion.pdf). Consultado el 24 de septiembre de 2017.

rial militar en los supuestos en que se tratara de material empleado por las Fuerzas Armadas y que por lo tanto había estado previamente afectado a la defensa nacional (material *Surplus*)<sup>9</sup>. Por el contrario, sí que se regulaba la intervención del Gobierno español en un contrato con otro Gobierno u Organismo público extranjero como parte compradora. En este sentido, ya el Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación de material militar en el extranjero regula:

*[...] los contratos de adquisición, suministros, conservación y reparación de material e instalaciones, así como los de prestación de servicios y asistencia técnica, destinados a cubrir las necesidades de la Defensa Nacional, que se formalicen entre la Administración Militar y un Gobierno u Organismo público extranjeros*<sup>10</sup>.

No obstante, el Ministerio de Defensa ha venido prestando apoyo a las exportaciones directas de material de defensa mediante la suscripción de los correspondientes Memorandos de Entendimiento con los Gobiernos adquirentes (*Memorandum of Understanding*). Entre dichas actividades de apoyo se incluyen:

- Aseguramiento oficial de la calidad.
- Ensayos y pruebas de recepción.
- Adiestramiento.
- Apoyo logístico.
- Apoyo a la transferencia de tecnología.
- Creación de Oficinas de Programas encargadas de ejercer el control y seguimiento de todos los aspectos del programa.

---

<sup>9</sup> Conforme a la Disposición adicional séptima de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, se rige por su normativa especial, constituida por el Real Decreto 1638/1999, de 22 de octubre, por el que se regula la enajenación de bienes muebles y productos de defensa en el Ministerio de Defensa y la Orden 370/2000, de 20 de diciembre, modificada por la Orden DEF/2134/2011, de 27 de julio, que desarrolla el citado Real Decreto..

<sup>10</sup> Desarrollado por la Orden de 14 de abril de 1980, por la que se aprueban las normas de procedimiento de las Juntas de Enajenaciones y Liquidadoras de Material del Ministerio de Defensa y la Orden 56/1982, de 18 de marzo, sobre la aprobación de normas para el reconocimiento, clasificación y posterior destino del material inútil o no apto para el servicio en el Ministerio de Defensa.

## 2.2. EN EL DERECHO COMPARADO

### 2.2.1. Estados Unidos: Sistema FMS

Son muchos los países que vienen participando en el suministro de material de Defensa mediante la figura del Contrato Gobierno a Gobierno (Reino Unido, Francia, Alemania, Suecia, Canadá, etc.)<sup>11</sup> siguiendo la pautas del sistema FMS (*Foreign Military Sales*) del Gobierno de los Estados Unidos, en cuya configuración se ha basado el legislador español al introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico<sup>12</sup>.

En los EEUU existen dos procedimientos diferenciados (aunque compatibles) para la compra de productos y servicios de carácter militar: el «*U.S. Government's Foreign Military Sales Program*» (FMS) y el «*Direct Commercial Sales*» (DCS).

#### 2.2.1.1. Finalidad

EL FMS es un programa del Gobierno de los EEUU para transferir artículos, servicios y entrenamiento de defensa a los países aliados y a las organizaciones internacionales, que se rige fundamentalmente por la *Foreign Assistance Act of 1961* (FAA)<sup>13</sup> y *The Arms Export Control Act* (AECA)<sup>14</sup> y que se impulsa por el Gobierno de EEUU como una herramienta de su política exterior y de seguridad nacional, con el fin de facilitar la «defensa

---

<sup>11</sup> HUERTA BARAJAS, J.A., El Artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa en AA.VV. *La contratación y el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, CESEDEN, marzo de 2017 p.54. «La mayoría de los países, a diferencia de España, no tienen normativa específica que regulen los contratos «Gobierno a Gobierno» y ejecutan los mismos basándose en los principios generales regulados en su contratación nacional, acorde con la transposición de la Directiva 2009/81/CE».

<sup>12</sup> Como señala la memoria de análisis de impacto normativo del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, la normativa española parte del estudio de los modelos de contratos Gobierno a Gobierno del derecho comparado continental y anglosajón, entre los que destacan el FMS (*Foreign Military Sales*) de los Estados Unidos de Norteamérica (y el MIDS, basado en la cooperación conjunta para el desarrollo y explotación de cierto material y su posterior comercialización, en el que participan varios países, incluido España)

<sup>13</sup> <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title22/html/USCODE-2010-title22-chap32-subchapII.htm>. Consultado el 16 de septiembre de 2017.

<sup>14</sup> <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title22/html/USCODE-2010-title22-chap39.htm>. Consultado el 16 de septiembre de 2017.



*común*». Como recuerda Derek Gilman (*General Counsel Defense Security Cooperation Agency*) en su artículo «*Foreign Military Sales*»<sup>15</sup>, la existencia del programa FMS no responde necesariamente al propósito de proveer de un mercado a los contratistas americanos, sino al de construir relaciones internacionales con países extranjeros, y cuya importancia se ha incrementado en los últimos años como consecuencia de la necesidad de aliados en la lucha antiterrorista y de las operaciones en Afganistán e Irak.

Por consiguiente, la contratación vía FMS presenta un marcado carácter político que se pone de manifiesto en una serie de factores, entre los que destacan:

a) Para poder acudir al sistema del FMS se establecen una serie de condicionantes que parten de la necesaria inclusión del país o la organización internacional correspondiente en la lista de «*elegibles*» que aprueba el Presidente de los EEUU atendiendo a determinados factores, como pueden ser que refuercen la seguridad de los EEUU o que promuevan la paz mundial (en la actualidad hay 223 países y organizaciones internacionales<sup>16</sup>). Además, existen una serie de circunstancias que pueden suspender o suprimir la condición de elegible de un país (y cuya apreciación corresponde al Departamento de Estado) y que se detallan en la normativa citada, relacionadas con una inversión excesiva en Defensa, apoyo al terrorismo, tráfico de drogas, tráfico de seres humanos, países comunistas, golpes de estado, violaciones de derechos humanos, graves incumplimientos comerciales, ruptura de relaciones diplomáticas, etc.

b) En cuanto a los diferentes órganos que intervienen en un FMS, además del Presidente de los EEUU (como hemos visto), intervienen el Departamento de Estado (le corresponde la autorización, supervisión continua y la dirección general de todas las ventas), el Departamento de Defensa (a quien corresponde determinar los requerimientos militares e implementar los programas para transferir equipo y servicios militares en estrecha coordinación con el Departamento de Estado, para lo que cuenta con diferentes organismos, entre los que destacan la *Defense Security Cooperation Agency* (DSCA) y *The Defense Technology Security Administration* (DTSA), los MILDEP's (los correspondientes Departamentos Militares (*Army, Navy, Air Force*) y *las Security Cooperation Organizations* que el Departamento de Defensa tiene en la mayoría de las Embajadas americanas, así

---

<sup>15</sup> [https://www.dscamilitary.com/sites/default/files/final-fms-dcs\\_30\\_sep.pdf](https://www.dscamilitary.com/sites/default/files/final-fms-dcs_30_sep.pdf). Consultado el 16 de septiembre de 2017.

<sup>16</sup> <http://www.dscamilitary.com>. Consultado el 16 de septiembre de 2017.

como la *Defense Contract Audit Agency* y el *Defense Finance and Accounting Service*) y el Departamento de Comercio en su función de promover la venta del material americano. También puede intervenir el Congreso de los Estados Unidos, quien debe aprobar aquellas operaciones que exceden de una determinada cuantía, que varía en función de si se trata de *Major Defense Equipment* y de si se realiza a países que pertenecen a la OTAN o no.

c) Discrecionalmente puede determinarse qué artículos militares deben venderse necesariamente a través del canal FMS sobre la base de un contrato Gobierno a Gobierno (FMS List). Dicha relación la fija el Departamento de Estado atendiendo a las restricciones legislativas o presidenciales, a la política del Departamento de Defensa y de los Departamentos Militares, los requisitos regulatorios, la política de protección de la información clasificada y los requerimientos de interoperabilidad y seguridad de las Fuerzas Armadas Americanas (en esta lista se incluyen: radares, misiles aire-aire, helicópteros de ataque, sistemas de armas autónomos, misiles balísticos, aviones de combate, defensa antiaérea, contramedidas por infrarrojos, sistemas de defensa aérea portátil, armas nucleares, propulsión nuclear, sistemas de mando y control, etc.).

#### 2.2.1.2. Contenido

En cuanto al contenido del FMS, interesa destacar:

a) A través del FMS pueden comprarse artículos y servicios de defensa. Pueden ser artículos o servicios que tengan en stock en las Fuerzas Armadas o se puede celebrar un contrato en representación del Gobierno extranjero para obtenerlos. Pueden ser artículos nuevos o no usados, o que se hayan renovado o restaurado y vuelto a su apariencia inicial y que cumplan los requisitos de uso de las Fuerzas Armadas Americanas. En todo caso, debe garantizarse que la venta no afecta al stock de seguridad ni a las entregas de elementos críticos que estén en producción para los EEUU.

b) Siempre deben ofrecerse al comprador otros servicios que garanticen que a través del FMS pueda obtener artículos y servicios de soporte, incluida la construcción de instalaciones, para el uso y mantenimiento del equipo, así como adiestramiento, asistencia técnica, apoyo inicial, munición, apoyo continuado, etc. (*Total Package Approach*).

c) En el supuesto de que ante la solicitud presentada por un país extranjero hubiera varias empresas interesadas, el Gobierno de EEUU debe mantener una posición de imparcialidad y neutralidad, sin tomar partido

por ninguna de ellas y favoreciendo la participación de todos los interesados. Solo cuando quede un único contratista (bien porque se retiren los demás o porque sean descartados por el país extranjero) se convertirá en la propuesta formal del Gobierno de los EEUU.

d) Cuando se adquiere para un Gobierno extranjero, hay que aplicar las mismas cláusulas contractuales y la misma administración contractual que cuando adquiere para sí mismo, salvo que se hayan autorizado en el contrato Gobierno a Gobierno variaciones.

### *2.2.1.3. Proceso de gestión*

Desde el punto de vista del proceso de gestión del FMS, y que es objeto de una regulación detallada, son relevantes los siguientes aspectos:

a) El proceso se inicia con una solicitud formal «*Letter of Request*», que puede realizarse por cualquier medio, incluso verbalmente, por un representante oficial del Gobierno extranjero o de la organización internacional, y que debe contener toda la información que permita preparar la respuesta adecuada por el Gobierno de EEUU.

b) En el caso de que no existan impedimentos a la transmisión de la tecnología solicitada, la respuesta puede ser de dos tipos, según lo solicitado por el comprador:

- *Letter of Price and Availability*: si lo que se ha solicitado es información básica para analizar la viabilidad de la compra. Se trata de una estimación aproximada del coste de los bienes o servicios y del tiempo de entrega, y que no supone un compromiso del Gobierno de EEUU.
- *Letter of Offer and Acceptance (LOA)*: constituye la oferta formal de un contrato Gobierno a Gobierno en la que se identifican los bienes y servicios a suministrar conforme a los requerimientos recibidos y debe incluir el coste de los bienes y servicios y un calendario de pagos.

Partiendo del principio de no coste/no beneficio, entre el precio a pagar debe incluirse el recargo administrativo (que se fija en un 3,5% para cubrir todos los costes de administración del programa FMS) y los servicios de administración del contrato que se fija en un 1,5% adicional, sin perjuicio de otros costes que puedan repercutirse en función de las características del programa.

En todo caso, el precio es una estimación y cualquier incremento en el mismo deberá ser asumido por el país extranjero conforme al citado principio de no coste/no beneficio.

Desde el punto de vista financiero, la LOA debe incluir:

- El depósito inicial: para hacer frente a los costes anticipados en que se incurra hasta que se realice el primer pago trimestral. Si es en la modalidad «*cash with acceptance*» (pago en efectivo) será por el valor total del FMS.
- Estimación de las cantidades que deben pagarse trimestralmente, para lo que se tendrá en cuenta:
  - El progreso de los trabajos.
  - Pagos a cuenta a retener a los contratistas y proveedores para garantizar la finalización del contrato.
  - La responsabilidad en que se pueda incurrir para el caso de que el Gobierno extranjero decida finalizar el contrato antes de que haya concluido («*Termination Liability*»).

Por otro lado, y conforme al principio no coste/no beneficio, el Gobierno extranjero debe comprometerse a indemnizar y asumir todos los daños y responsabilidades que, en la ejecución del contrato pueda ocasionar el Gobierno de Estados Unidos, sus agentes y empleados, así como a relevar a los contratistas y subcontratistas por los daños que puedan ocasionar a los bienes del país extranjeros en los mismos términos en los que se les exonera cuando se trata de bienes de los EEUU. A estos efectos, el Gobierno de EEUU puede exigir las correspondientes garantías al Gobierno extranjero, cuyo coste deberá incluirse en la LOA.

La constitución del depósito inicial es parte integral de la aceptación y deberá ponerse a disposición de la DFAS dentro del plazo señalado.

Para la gestión de los fondos del país extranjero debe crearse una cuenta en el FMS *Trust Fund* (que gestiona la DSCA). También es posible, siempre que medie el correspondiente acuerdo entre el país extranjero y la DSCA, que los fondos se sitúen en el Banco de la Reserva Federal de Nueva York o en un banco comercial.

c) Una vez firmada la LOA y constituido el depósito inicial se inicia la ejecución del contrato Gobierno a Gobierno y durante su ejecución podrán introducirse modificaciones (bien por errores, bien para modificar cantidades o incluir nuevos objetos) que en función de su importancia requerirán

de la aceptación por el Gobierno extranjero mediante la correspondiente Enmienda que requerirá de un nuevo depósito inicial. Otras modificaciones menores o requeridas por el desarrollo de los trabajos se podrán realizar unilateralmente por el Gobierno de los EEUU.

En el supuesto de cancelación del pedido, conforme al principio no coste/no beneficio, el Gobierno extranjero tendrá que asumir todos los costes en que haya incurrido el contratista en la producción o pre-producción de los suministros y todos los costes administrativos en que haya incurrido el Gobierno de los EEUU.

Una vez entregado los bienes o servicios y transcurridos los correspondientes periodos de garantía («*Supply and Services Complete*») se procederá a la devolución de los fondos sobrantes.

d) Finalizado el suministro, se entra en la última fase de control del mismo («*End Use Monitoring*») para verificar que se cumplen los compromisos asumidos de no transmitir a terceros ni usar para fines diferentes a los pactados los bienes, servicios y adiestramiento transmitidos, sin el previo consentimiento de los EEUU.

#### *2.2.1.4. Offsets*

Una de las principales características del comercio internacional de material de defensa es la exigencia por el país comprador de compensaciones «*Offsets*». En el caso de los bienes adquiridos por FMS, el Gobierno de EEUU es completamente ajeno a los Offsets, por lo que no puede proponer, comprometerse o formar parte de un acuerdo de compensaciones, que en su caso únicamente podrán pactarse directamente con el contratista. En el supuesto de que el contratista decida ofrecer compensaciones, su coste deberá incluirse en el precio de la oferta FMS.

### **2.2.2. Otros países. Especial referencia a Francia**

Tal y como se indicaba anteriormente, la práctica totalidad de los países de nuestro entorno utilizan el sistema Gobierno a Gobierno siguiendo las pautas del FMS, como ocurre con el Reino Unido, Francia, Alemania, Suecia, Canadá, Noruega, etc. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con España en la que existe una normativa detallada publicada en el Boletín Oficial del Estado, la mayoría de dichos países carecen de una normativa específica, articulándose dichos contratos atendiendo al caso

concreto y a los principios generales de su ordenamiento jurídico. En este punto, en ocasiones se publican en los medios de comunicación la celebración de dichos contratos, especialmente cuando se trata de transacciones de importancia, como la venta de los Cazas *Rafale* a India por parte de Francia<sup>17</sup>. Sin embargo, el acceso a la información respecto a la normativa aplicable y al procedimiento establecido es mucho más limitado a través de fuentes públicas, siendo escasas las referencias al respecto en Internet.

Así, por ejemplo, en Francia, destaca la creación de una entidad de derecho privado pero controlada en un 51% por el Gobierno francés para la celebración de los contratos Gobierno a Gobierno. Esta empresa, ODAS, creada en el año 2008, está integrada tanto por el Gobierno francés como por las principales empresas de la industria de defensa francesa. Tal y como se destaca en su página web<sup>18</sup>, la compañía gestiona tanto contratos Gobierno a Gobierno como contratos comerciales, lo que permite disponer de las ventajas del sistema FMS pero sin las desventajas, especialmente presupuestarias, derivadas de los Tratados Comunitarios. De este modo combina la flexibilidad que ofrecen los procedimientos contractuales de la empresa privada con las ventajas del «Gobierno a Gobierno», incluido el apoyo de las Fuerzas Armadas y el Ministerio de Defensa francés.

En cuanto al procedimiento, sigue las pautas del FMS, actuando ODAS como director del programa y controlando su ejecución, firmando el contrato Gobierno a Gobierno con el Gobierno extranjero así como los correspondientes contratos con los fabricantes y proveedores de servicios, gestionando, asimismo, el apoyo de las Fuerzas Armadas francesas o de la Dirección General de Armamento cuando sea necesario, y encargándose igualmente de las cuestiones relativas a las autorizaciones de exportación, transporte y despacho de aduanas. Tal y como se resume en la web anteriormente citada, «*ODAS has the flexibility and the reactivity of a private company as well as the warranty and trust of a state owned company*».

Por consiguiente, el procedimiento, aunque no se detalla, se basa en el FMS ya estudiado, siendo lo novedoso del modelo francés la creación de una empresa privada pero controlada por el Estado, lo que sin duda

---

<sup>17</sup> <https://www.ndtv.com/india-news/any-future-rafale-jet-purchases-will-be-government-to-government-says-india-754615>. Consultada el 9 de diciembre de 2017.

<sup>18</sup> <https://thediplomat.com/2016/09/its-official-india-and-france-sign-8-7-billion-deal-for-36-rafale-fighters/>. Consultado el 4 de febrero de 2018.

<sup>18</sup> <http://www.odas.fr/en/our-dna>. Consultado el 4 de febrero de 2018.

pueda aportar numerosas ventajas desde el punto de vista contractual. Esta opción no ha sido asumida por el legislador español, quizás por los problemas que este tipo de empresas han planteado en España<sup>19</sup>, pero podría valorarse en una futura reforma del sistema, dadas las innegables ventajas que de la misma se derivan.

### 3. NATURALEZA JURÍDICA

Tal y como destaca la Exposición de Motivos de la Ley 12/2012:

*[...] la puesta en marcha de este mecanismo oscila sobre dos relaciones jurídicas; una horizontal, de Gobierno a Gobierno, entre el Gobierno solicitante y el Gobierno español, y una vertical, entre el Gobierno español (por medio del Ministerio de Defensa) y una o más empresas suministradoras.[...]*

La cuestión de la naturaleza jurídica del contrato Gobierno a Gobierno fue objeto de un detallado análisis por el Consejo de Estado<sup>20</sup>, conforme al cual:

*[...] se impone la conclusión de que el «contrato entre Gobiernos» regulado por el proyecto de real decreto que se consulta es un verdadero contrato, dado que es cuestión pacífica que no está sujeto al Derecho internacional. Además, y como se ha visto, la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, no tiene dudas sobre la naturaleza contractual del acuerdo de que se trata, al que llama «negocio jurídico de mandato». Por supuesto, se trata de un contrato con un régimen jurídico especial, pero ese es un problema distinto que se abordará en su momento [...]*

Partiendo de lo anterior, para analizar la naturaleza jurídica del contrato Gobierno a Gobierno debemos diferenciar los siguientes aspectos:

---

<sup>19</sup> <http://www.europapress.es/nacional/noticia-autorizada-disolucion-liquidacion-defex-empresa-publica-investigada-corrupcion-20170922162224.html>. Consultado el 4 de febrero de 2018.

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO Dictamen de 9 de enero de 2014, sobre el «proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios».

### 3.1. EL ACUERDO COMERCIAL INTERNACIONAL O CONTRATO INTERNACIONAL

Como hemos visto, la naturaleza jurídico internacional del contrato entre Gobiernos ha planteado serias dudas durante la tramitación del expediente, concluyendo el Consejo de Estado que se trata de un verdadero contrato que no se rige por el Derecho Internacional, lo que exige diferenciarlo de otras figuras afines y por las que podía haber optado el legislador para configurar la relación entre los dos países que intervienen en el denominado contrato Gobierno a Gobierno. Para ello, partiremos de la tipología de acuerdos internacionales más frecuentemente utilizados en España y que ha sido recogida normativamente en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, diferenciando en su artículo 2 entre:

a) «tratado internacional»: acuerdo celebrado por escrito entre España y otro u otros sujetos de Derecho Internacional, y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación.<sup>21</sup>

b) «acuerdo internacional administrativo»: acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado que se celebra por órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho Internacional competentes por razón de la materia, cuya celebración está prevista en el tratado que ejecuta o concreta, cuyo contenido habitual es de naturaleza técnica cualquiera que sea su denominación y que se rige por el Derecho Internacional. No constituye acuerdo internacional administrativo el celebrado por esos mismos órganos, organismos o entes cuando se rige por un ordenamiento jurídico interno.

c) «acuerdo internacional no normativo»: acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional administrativo que se celebra por el Estado, el Gobierno, los órganos, organismos y entes de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, las Entidades Locales, las Universidades públicas y cualesquiera otros sujetos de derecho público con competencia para ello, que contiene declaraciones de intenciones o establece compromisos de actuación de contenido político, técnico o logís-

---

<sup>21</sup> Definición basada en la del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969: se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.



tico, y no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho Internacional.

Partiendo de lo anterior, queda claro que el Contrato Gobierno a Gobierno no es un tratado ni un acuerdo administrativo (que requeriría de un tratado anterior) al no celebrarse por sujetos de Derecho Internacional<sup>22</sup> (que son los Estados, no los Gobiernos, como reconoce la propia Ley de Tratados que define el sujeto de Derecho Internacional como «*un Estado, una organización internacional u otro ente internacional que goce de capacidad jurídica para celebrar tratados internacionales*») ni regirse por el Derecho internacional.

Tampoco sería un acuerdo internacional no normativo, debido a su contenido obligatorio, puesto que como veremos se derivan derechos y obligaciones exigibles por las partes contratantes (lo que no obsta a que previamente a la suscripción del contrato Gobierno a Gobierno pueda haberse firmado un Memorando de Entendimiento tendente a la posterior firma de dicho contrato, como prevé el Anexo 3 de la Guía para el Apoyo a la Exportación de Material de Defensa<sup>23</sup>).

Por lo tanto, nos encontramos ante otra forma de acuerdo internacional a las que se refiere la propia Exposición de Motivos de la Ley de Tratados al decir que dicha clasificación tripartita «*no impide en modo alguno que coexistan categorías diferentes a las tres reguladas por esta Ley, que se rigen, todas ellas, por el Derecho Interno de los Estados*», y entre las que se encuentra el Contrato Gobierno a Gobierno, tal y como reconoce expresamente la Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley.<sup>24</sup>

Por consiguiente, el contrato Gobierno a Gobierno se caracteriza, desde la perspectiva internacional por:

- Ser un verdadero contrato (entendido como «*todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*»<sup>25</sup>) con obligaciones jurídicamente exigibles, como veremos posteriormente.

---

<sup>22</sup> Díez de VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Editorial Tecnos 14ª edición, 2003, p.240. Entendiendo por sujeto de Derecho Internacional: «*el titular de derechos y obligaciones conferidos por normas jurídicas internacionales*».

<sup>23</sup> Resolución 330/00737/2016, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba y se hace pública la Guía para el Apoyo a la Exportación de Material de Defensa (Boletín Oficial del Ministerio de Defensa del 22 de enero de 2016).

<sup>24</sup> Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley. (página 16).

<sup>25</sup> Díez-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato*, Quinta Edición. Madrid, Editorial Civitas, 1996.

- No ser suscrito por sujetos de Derecho Internacional (que serían los Estados como hemos visto) sino por Gobiernos. Esta circunstancia se subraya en el artículo 2.2. del Real Decreto 33/2004, al destacar que la firma del contrato será «*en representación del Gobierno de España*».
- No regirse por el Derecho Internacional sino por el Derecho interno, siendo de especial relevancia determinar dicho Derecho interno como ha destacado el Consejo de Estado. En este punto, hay que recordar que para determinar el Derecho interno aplicable al contrato debe prevalecer la voluntad de las partes, como reconoce el artículo 10.5 del Código Civil<sup>26</sup> y más extensamente el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en sus artículos 3 y 4 (en la línea de otros acuerdos internacionales como la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales<sup>27</sup>). Dicho Derecho interno podrá ser tanto el de uno de los dos Estados contratantes como el de un tercer Estado.

### 3.2. EL CONTRATO DE MANDATO

Como hemos visto, la regulación del contrato Gobierno a Gobierno se inspira en el negocio jurídico del mandato, lo que requiere hacer un somero análisis de dicha figura, ya que como se analizará posteriormente, pese a su intención inicial, el legislador se ha apartado del régimen jurídico de dicho contrato en aspectos especialmente relevantes, como es en lo relativo a la responsabilidad del mandatario.

El contrato de mandato se basa en la confianza existente entre las partes intervinientes en el contrato<sup>28</sup> y su régimen jurídico se contiene en Tí-

---

<sup>26</sup> CODIGO CIVIL Art.5. *Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior; a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen.*

<sup>27</sup> Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V)

<sup>28</sup> Como destaca Castán, la palabra mandato tendría su origen etimológico en el término romano «*manus datio*», lo que pondría de manifiesto que «este contrato tuvo su origen

tulo IX del Libro IV del Código Civil, señalando el artículo 1709 que «*por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra*». En cuanto a sus caracteres, es un contrato consensual, naturalmente gratuito (habiendo perdido la gratuidad el carácter esencial que se le atribuía en el Derecho Romano) y unilateral o bilateral en función de que se haya pactado retribución.

Por otro lado, atendiendo a sus relaciones con el poder de representación, podemos diferenciar dos tipos de mandato: el mandato ostensible o representativo, en el que el mandatario obra en nombre y representación del mandante, y el mandato simple o in proprio domine, en el que el mandatario obra en nombre propio pero por cuenta de su mandante.

La configuración del mandato va a tener especial trascendencia en las relaciones con terceros:

- En el mandato representativo, en virtud de la *contemplatio domini* «*el mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata*» (art.1725), por lo que es directamente el mandante quien queda obligado con los terceros, con dos excepciones:
  - Que se obligue a ello expresamente (de modo que voluntariamente garantice la obligación contraída por el mandante).
  - Que traspase los límites de su mandato sin dar conocimiento de sus poderes (salvo que el mandante ratifique, expresa o tácitamente, los actos del mandatario, art.1727).
- En el mandato simple, al actuar el mandatario en su propio nombre, «*es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo*» salvo que se trate de cosas propias del mandante. Por lo tanto, en este caso el mandato no produce efectos frente a terceros, «*sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario*» (art.1717).

Relaciones mandante-mandatario:

El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato (art.1718) conforme a las siguientes reglas:

- No puede traspasar los límites del mandato (art.1714) si bien no se consideran éstos traspasados cuando el mandato es cumplido

---

en la amistad y se simboliza por el hecho de darse la mano mandante y mandatario». CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Tomo IV: Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*. Madrid, Editorial Reus, 1995, p. 533.

de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste (artículo 1715).

- Ha de arreglarse a las instrucciones del mandante, y a falta de ellas hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia.

En caso de incumplimiento, el mandatario será responsable no solamente del dolo, sino también de la culpa, *«que deberá estimarse con más o menos rigor según que el mandato haya sido o no retribuido»* (art.1726).

En este punto interesa destacar, como señala el profesor Díez Picazo, que en virtud del contrato el mandatario se obliga a desplegar una actividad pero no garantiza el buen resultado de la misma<sup>29</sup>, lo que tendrá especial incidencia a la hora de apreciar un posible incumplimiento<sup>30</sup>.

A la terminación del mandato, el mandatario queda obligado a:

- Dar al mandante cuenta de sus operaciones (artículo 1720), admitiendo doctrina y jurisprudencia la validez del pacto en contrario.
- Abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiere al segundo (art.1720).
- Deber intereses de las cantidades que aplicó a usos propios, desde el día en que lo hizo, y de las que quede debiendo después de fenecido el mandato, desde que se haya constituido en mora.

En cuanto al mandante, queda obligado a pagar la remuneración convenida, en el caso de ser el mandato retribuido, y a hacer que el mandatario quede indemne y sin perjuicio por consecuencia del mandato, lo que supone:

- Anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato (artículo 1728).

---

<sup>29</sup> DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV: Las particulares relaciones obligatorias*. Pamplona, Civitas 2010, p. 477. *«La obligación de acometer la gestión es simplemente una obligación de actividad y obligación de medios y no es, por lo menos en línea de principio, una obligación de resultado. El representante compromete un despliegue de energía, pero no la consecución de un resultado, especialmente en aquellos casos en que el resultado no depende sólo de su voluntad, sino de la voluntad de terceras personas (v.gr., concertar un contrato). El incumplimiento de la obligación que analizamos consiste, pues, siempre en una omisión. Se incumple por no hacer o por abandonar en un momento sucesivo la actividad que se había iniciado»*.

<sup>30</sup> *Ibidem* *«Además del supuesto de total omisión de la gestión, existe responsabilidad por el cumplimiento defectuoso o incorrecto, que se producirá en todos aquellos casos en que el mandatario despliegue su actividad, pero de suerte tal que la actividad realmente desarrollada no coincida plenamente con la que le había sido encomendada o con la que, según la naturaleza del caso, debía razonablemente esperarse»*. p. 493.

- Reembolsar las que el mandatario hubiere anticipado, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario, y abonar los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo la anticipación (art.1728).
- Indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario (art.1729).

El artículo 1730 concede al mandatario el derecho de retener en prenda las cosas que son objeto del mandato, hasta que el mandante realice la indemnización y reembolsos indicados.

Extinción del mandato (art.1732). El mandato se acaba:

a) Por su revocación, a voluntad del mandante, al ser un contrato fundado en la confianza, admitiendo la doctrina el pacto de irrevocabilidad del mandato. La revocación debe ponerse en conocimiento del mandatario (art.1735) y es importante el artículo 1734, conforme al cual *«cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber»*.

b) Por renuncia del mandatario: de nuevo al basarse en la confianza y ser naturalmente gratuito, lo que requiere:

- Que la renuncia se ponga en conocimiento del mandante (art.1736).
- Que si el mandante sufre perjuicios por la renuncia deberá indemnizarle el mandatario, a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo (art.1736)
- Que aunque renuncie con justa causa, debe el mandatario continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta (art.1737)

c) Muerte del mandante. Lo hecho por el mandatario ignorando esta circunstancia es válido y surte sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe (art.1738).

d) Muerte del mandatario. Deben sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste (art.1739).

En todo caso hay que tener en cuenta que *«lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe»* (art.1738).

#### 4. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CONTRATO GOBIERNO A GOBIERNO

En relación con la aplicación de la normativa de contratación pública a los contratos Gobierno a Gobierno es necesario diferenciar entre el propio contrato suscrito entre los Gobiernos y el contrato o contratos que, derivados de aquél, pueda suscribir el Ministerio de Defensa con las concretas empresas españolas.

##### 4.1. EL CONTRATO GOBIERNO A GOBIERNO

La figura jurídica del contrato que pueda suscribir el Gobierno de España, representado por el Ministerio de Defensa, con un Gobierno extranjero, aparece prevista con la finalidad de excluirla de la normativa de contratación pública en el artículo 13 («Exclusiones específicas»), letra f, 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. Dicho artículo ha sido traspuesto a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 7.1.g) de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, según el cual están excluidos del ámbito de aplicación de la citada ley los siguientes negocios jurídicos:

*«g) Los contratos a celebrar entre el Gobierno de España y otro Gobierno y que tengan por objeto alguna de las prestaciones que se indican a continuación:*

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

Conforme al apartado 3 del citado artículo 7:

*«Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado 1 del presente artículo se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.»*

Por consiguiente, dicho contrato queda excluido de la normativa sobre contratación pública y de los principios que la rigen en el seno de la Unión Europea, por lo que los Gobiernos tienen un amplio margen para introducir todas aquellas cláusulas que estimen necesarias para la adecuada satisfacción de sus necesidades. Por eso, como indicaremos posteriormente, tiene una gran importancia que en dicho contrato se recoja detalladamente el procedimiento de adjudicación que se debe seguir para el contrato derivado a suscribir con la industria de defensa española, incluyendo, si así procede, la adjudicación directa a empresas concretas y determinadas.

#### **4.1.1. Comisión europea: interpretación de la exclusión del 13 f de la directiva**

No obstante, teniendo en cuenta la incidencia que dichos contratos pueden tener en el mercado interior, dicha exclusión ha sido objeto de interpretación restrictiva por la Comisión Europea en un documento específico dedicado exclusivamente a los contratos Gobierno a Gobierno de fecha 30 de noviembre de 2016: *Nota orientativa sobre la adjudicación de contratos de 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 del Consejo]*<sup>31</sup> y que ha sustituido a los criterios que anteriormente había adelantado en su documento «*Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security- Guidance Note: Defence-and security- specific exclusions*».<sup>32</sup>

En este documento, la Comisión destaca la importancia que las transacciones Gobierno a Gobierno tienen en el mercado interior de defensa, ya que en el periodo comprendido entre 2005 y 2012 el valor de las compras realizadas por los Estados Miembros a otros Gobiernos suponen aproximadamente 22,8 billones de euros (un 9% del gasto total en la Unión Europea en equipamiento de defensa).

En dicho documento, la Comisión sigue admitiendo el amplio ámbito de aplicación de la excepción, que comprende el suministro de equipo militar, servicio y trabajos, entre los que se pueden incluir, entre otros, el apoyo logístico, mantenimiento, adiestramiento o construcción de infraestructuras.

<sup>31</sup> [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1202\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1202(01)&from=EN). Consultado el 14 de enero de 2018.

<sup>32</sup> <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15408/attachments/1/translations/>. Consultado el 14 de enero de 2018.

No obstante, la Comisión sigue limitando su aplicación a aquellos bienes que o forman parte del stock de un Estado Miembro o que han sido adquiridos para su venta a otro Gobierno.

En cuanto a las razones por las que se puede celebrar un contrato Gobierno a Gobierno, destaca las siguientes:

- Para el Estado Miembro vendedor supone una oportunidad para disponer de material excedente, mientras que para el Estado Miembro comprador implica una oportunidad de adquirir capacidades de defensa a precios asequibles.
- Puede ser una herramienta útil para afrontar las restricciones presupuestarias y la reestructuración de las Fuerzas Armadas.
- Puede ser el procedimiento más adecuado (o incluso el único) para cumplir con los requerimientos de capacidades militares específicas necesarios para asegurar la interoperabilidad o la «*ventaja operacional*» de las Fuerzas Armadas de los Estados Miembros.
- Puede ser un medio rápido para atender a necesidades operativas urgentes.
- Puede ser un instrumento de cooperación entre Estados Miembros, en que un Estado Miembro actúa en nombre de otros Estados Miembros adquiriendo material o servicios y transmitiéndoles parte de los mismos a cada uno de los participantes.

Por otro lado, la Comisión pone de manifiesto que el Gobierno a Gobierno puede tener un importante efecto sobre el mercado interior, ya que puede suponer una discriminación frente a uno o más operadores económicos dentro de la Unión Europea, puede suponer en algunos casos la elusión de la normativa aplicable y tener un impacto negativo en el buen funcionamiento del mercado interior.

#### 4.1.1.1. *Criterios de la Comisión*

*Ámbito subjetivo de aplicación:* Conforme al artículo 1.9) de la Directiva, por Gobierno se entiende «*Gobierno estatal, regional o local de un Estado miembro o tercer país*». Por lo que los contratos concluidos por, o en nombre de, otras autoridades o entidades, como organismos públicos o empresas públicas, no puede excluirse sobre la base del Artículo 13.f.

*Ámbito objetivo de aplicación:* la excepción solo incluye a los contratos adjudicados por un Gobierno a otro Gobierno, lo que en los supuestos de suministro debe entenderse como aquellos casos en los que se produce una transferencia de título del Gobierno vendedor al comprador, por lo que



no incluye aquellos casos en los que el Gobierno compromete garantía de buena ejecución u otras formas similares de apoyo al operador económico que compite por un contrato. Además, solo incluye el contrato entre Gobiernos, no los contratos derivados entre el Gobierno vendedor y el operador económico.

Por otro lado, al igual que cualquier otra excepción, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debe ser objeto de interpretación restrictiva y conforme al objetivo que la misma persigue.

#### *4.1.1.2. Procedimiento*

1) *Análisis del mercado*: La adjudicación de un contrato a otro Gobierno debe ir precedida por un análisis que determine que dicha opción es la única o al menos la mejor para satisfacer los requerimientos del Gobierno comprador, y en el que debe identificarse si no hay competencia en el mercado o si, por el contrario, la competencia puede ser posible. Para la realización de este análisis puede consultarse a los potenciales operadores económicos para que identifiquen soluciones alternativas mediante la publicación de un «*Request for Information*» en su página web para iniciar un diálogo técnico.

2) *Supuestos en los que no exista competencia (Competition is absent or impracticable)*: Puede responder a varias razones (único operador por razones técnicas o derechos de exclusiva; razones de urgencia derivadas de una crisis o acontecimientos imprevisibles; suministros adicionales en los que no es posible el cambio de suministrador por motivos operacionales; repetición de trabajos o servicios). En estos casos, el Gobierno comprador debe documentar su análisis para demostrarlo siempre que sea requerido. En estos casos, la Comisión aconseja la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de un anuncio de transparencia previa voluntaria (Voluntary Ex Ante Transparency-VEAT)) para permitir a los operadores económicos presentar soluciones alternativas que puedan haber sido ignoradas. También aconseja, por razones de transparencia, la publicación ex post en la página web o en los medios de comunicación.

3) *Cuando la competencia puede ser posible (when competition appears to be possible)*. En estos casos debe publicarse un anuncio precontractual con el fin de determinar si, al menos, un operador económico de la Unión Europea puede satisfacer los requerimientos del Gobierno contratante. Dicha publicación puede realizarse el Diario Oficial de la Unión Europea, Diarios Oficiales nacionales, página web o portal de contratación y otros medios adicionales como los medios de comunicación. En el caso de que los potenciales

suministradores sean conocidos, la publicación puede ser sustituida mediante el envío de una solicitud de información (*Request for information*).

Al mismo tiempo, pueden contactar con otros Gobiernos para analizar si pueden atender a sus requerimientos vía Gobierno a Gobierno.

En el supuesto de que, una vez completado el estudio de mercado y atendiendo a la información suministrada tras el anuncio precontractual, el Gobierno adquirente concluya que el Gobierno a Gobierno es la única o la mejor opción para satisfacer sus requerimientos, podrá iniciar sus negociaciones con el Gobierno vendedor para adjudicar el contrato bajo la exclusión del artículo 13.f de la Directiva. En el supuesto de que existan ofertas de diferentes Gobiernos, el Gobierno comprador deberá actuar con imparcialidad, especialmente cuando el impacto en el mercado pueda ser significativo. La selección final debe basarse en criterios objetivos como la calidad, el precio, características técnicas, costes, asistencia técnica, fecha de entrega, seguridad del suministro, interoperabilidad, características operacionales...

Por el contrario, si del estudio resulta que más de un operador económico puede ofrecer una solución más ventajosa y no hay razones objetivas para adjudicar el Gobierno a Gobierno, deberá procederse a la adjudicación del objeto del contrato conforme a los procedimientos de la Directiva.

A la vista de lo expuesto, hay que concluir que la figura regulada por la normativa española, en cuanto que no existe transferencia de título por parte del Gobierno de España al Gobierno extranjero sino que la misma se produce directamente de la empresa a dicho Gobierno, no entraría dentro del concepto de contrato Gobierno a Gobierno del artículo 13.f de la Directiva, cuyas prescripciones quedarían limitadas a cuando vende directamente el Gobierno español, supuesto como hemos visto limitado al material *surplus* y regulado en el Real Decreto 1638/1999, de 22 de octubre, por el que se regula la enajenación de bienes muebles y productos de defensa en el Ministerio de Defensa, o a cuando el adquirente es el Gobierno de un Estado Miembro de la Unión Europea, ya que en este caso «*se ajustarán a lo previsto en la normativa comunitaria*» (artículo 8.3 Ley 12/2012). Por el contrario, si el adquirente es un tercer Estado, no resultaría de aplicación la normativa comunitaria.

#### 4.2. EL CONTRATO A SUSCRIBIR ENTRE EL MINISTERIO DE DEFENSA Y LA INDUSTRIA ESPAÑOLA DE DEFENSA

En este supuesto, la exclusión de la aplicación directa de la normativa europea sobre contratación pública derivaría de otros preceptos.

En primer lugar, hay que destacar que estos contratos no entrarían en ningún caso en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/81/CE, ya que como hemos visto no se trata de adquisiciones directas que realice el Gobierno español para atender a sus necesidades directas de defensa y seguridad. En este sentido, atendiendo a la *Comunicación Interpretativa sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado* (actual 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) *en el ámbito de los contratos públicos de defensa de 7 de diciembre de 2006*<sup>33</sup>, el objetivo que justifica la exención es únicamente la protección de los intereses de seguridad de un Estado miembro. Otros intereses, en especial industriales y económicos, aunque estén relacionados con la producción y el comercio de armas, municiones y material de guerra, no pueden justificar por si solos una exención con arreglo al artículo 296.

Por otro lado, aunque el Gobierno de España esté actuando en nombre y representación de un Gobierno extranjero, los contratos a suscribir con las empresas españolas son contratos públicos a adjudicar por una autoridad de un Estado miembro de la Unión Europea, por lo que debe tenerse en cuenta la normativa europea sobre contratación pública, traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico en el momento de la aprobación de la Ley 12/2012 por la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo, TRLCSP), y su exclusión se fundamentaría especialmente en el apartado m del artículo 4 que excluye del ámbito de aplicación de dicha ley «*los contratos por los que un ente, organismo o entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato*».

En estos casos, el apartado 2 del artículo 4 también dispone que «*Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse*».

Por ello, la Ley 12/2012 dispone en su artículo 11.1 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*

---

<sup>33</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0779&from=EN>. Consultado el 13 de enero de 2018.

*las actuaciones previstas en el artículo 8.1 se regirá por la normativa vigente en materia de contratos del sector público».*

Por consiguiente, el régimen jurídico del contrato a suscribir con la industria de defensa quedaría determinado, en primer lugar, por el propio contrato Gobierno a Gobierno. Como hemos visto, al tratarse de un instrumento internacional excluido del ámbito de aplicación de la normativa contractual europea, goza de un amplio margen para estipular la forma en que el mismo ha de ejecutarse. Por eso, y por ser la normativa contractual que se aplica con carácter supletorio más rígida en cuanto a la preparación, selección y adjudicación del contrato, debe preverse en el mismo todos aquellos aspectos que se aparten de la misma y que sean indispensables para asegurar al Gobierno comprador la entrega de los equipos y servicios en los que está interesado y no otros. Lo normal en estos casos es que atendiendo a los bienes a adquirir, los Gobiernos extranjeros estén interesados en un producto, equipo o material de defensa muy determinado que, en consecuencia, será fabricado o producido por empresas específicas y concretas del sector. De ahí que previo a la suscripción del contrato entre Gobiernos deban haberse entablado las relaciones necesarias con la industria de defensa con el fin de concretar el objeto del suministro o de los servicios correspondientes y poder establecer las reglas correspondientes en el contrato Gobierno a Gobierno que se aplicarán con preferencia a la normativa contractual pública. Por ello, cuando esa sea la intención del Gobierno extranjero, el contrato Gobierno a Gobierno deberá prever la adjudicación del objeto a contratar a favor de un determinado contratista, excluyendo el procedimiento de concurrencia.

## 5. RELACIÓN HORIZONTAL: EL CONTRATO ENTRE GOBIERNOS

### 5.1. OBJETO

Como hemos visto, el contrato Gobierno a Gobierno se configura como una relación jurídica inspirada en el contrato de mandato, en virtud de la cual el Gobierno de España *«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 entrega al mismo de un determinado material de defensa»* (artículo 6 de la Ley 12/2012).

Por consiguiente, el Gobierno español puede llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para que un determinado material de defensa o una determinada tecnología sean transmitidos al Gobierno extranjero, entre las que se encuentran las siguientes actuaciones que detalla el artículo 8 de la Ley 12/2012:

- Contratar, en nombre y representación de un Gobierno extranjero, el suministro de material de defensa que se solicite por el Gobierno extranjero, así como supervisar la ejecución y el cumplimiento del contrato y recibir el objeto de suministro.
- Planear y administrar programas de obtención de material de defensa en favor de Gobiernos extranjeros.
- Transmitir el conocimiento operativo y tecnológico sobre material de defensa a Gobiernos extranjeros, así como contratar su transmisión.
- Asimismo, pueden ser objeto del contrato otros servicios adicionales, como son:
- Prestar servicios de adiestramiento técnico y operativo u otros servicios necesarios para la ejecución de un programa de material de defensa y contratar su prestación.
- Supervisar el cumplimiento en tiempo y forma de otros contratos de suministro de material de defensa celebrados entre Gobiernos extranjeros y una empresa con domicilio en territorio español.
- Llevar a cabo actividades de aseguramiento de la calidad.
- Cualesquiera otras actividades complementarias a las anteriores o necesarias para el buen fin de las mismas, como puede ser la realización de ensayos y pruebas de recepción o prestar el apoyo logístico en los términos acordados.

No obstante, hay que tener en cuenta que muchas de estas actividades (aseguramiento oficial de la calidad, ensayos y pruebas de recepción, adiestramiento, apoyo logístico, apoyo a la transferencia de tecnología, creación de Oficinas de Programa encargadas de ejercer el control y seguimiento de todos los aspectos del programa) ya se venían haciendo al amparo de los correspondientes instrumentos internacionales, especialmente los MOUS, por lo que lo esencialmente novedoso y que caracteriza al contrato Gobierno a Gobierno es la posibilidad de contratar en nombre y representación del Gobierno extranjero.

## 5.2. RÉGIMEN JURÍDICO

### 5.2.1. Cuestiones que era necesario regular

La regulación de la nueva figura del contrato Gobierno a Gobierno requería delimitar su objeto y su contenido, así como recoger aquellas especialidades que incidían en la normativa legal vigente en materia de contratación del sector público, patrimonio de las Administraciones Públicas, comercio exterior de material de defensa y control de la gestión económica financiera.

Para la regulación de dichas especialidades debía partirse de dos de los caracteres esenciales del contrato de mandato que se estaba regulando:

a) En primer lugar, el contrato Gobierno a Gobierno se articula jurídicamente sobre la base del mandato representativo, produciéndose los efectos jurídicos derivados de la intervención del mandatario en la esfera jurídica del mandante, que es quien queda directamente obligado con los terceros.

b) En segundo lugar, se mantiene la característica natural de la gratuidad del mandato, articulada sobre la base del principio de «*sin coste ni beneficio*».

#### 5.2.1.1. Especialidades derivadas el mandato representativo

a) No integración de los bienes suministrados en el Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Al actuar el Ministerio de Defensa en nombre y representación del Gobierno extranjero era preciso aclarar que las adquisiciones que pudieran realizarse de las empresas españolas en virtud del contrato Gobierno a Gobierno no se integrarían en el Patrimonio de las Administraciones públicas por lo que nunca serían objeto de afectación a la Defensa nacional.

Esta circunstancia se subraya en el artículo 9 de la Ley 12/2012, destacando que «*en ningún caso el material de defensa, cuyo suministro fuere contratado por el Ministerio de Defensa, al que hace referencia el artículo 8.1 pasará a formar parte del patrimonio de las administraciones públicas*», de modo que «*la transferencia de la propiedad se realizará directamente desde el contratista al Gobierno extranjero*» (Artículo 7 de la Orden DEF/503/2015).

b) En ningún caso figuraría el Ministerio de Defensa como exportador de los contratos.

La transmisión de responsabilidades y riesgos derivados se produciría de manera directa entre el Gobierno extranjero y los suministradores nacionales. De este modo no se produciría ninguna disfunción en relación con la normativa nacional e internacional de control de armas. Las empresas suministradoras deberán cumplir los trámites correspondientes ante la Junta Interministerial de Material de Defensa y de Doble Uso (JIMDDU) para obtener las licencias de exportación de los bienes objeto del programa. Esta circunstancia se ha recogido en el artículo 10 de la Ley 12/2012:

*[...] a los efectos de la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso, la realización por el Ministerio de Defensa de las actividades descritas en el artículo 8.1, no alterará la condición de exportador del contratista [...]*

Dicha previsión se desarrolla en el Real Decreto 33/2014 cuyo artículo 9 añade que:

*[...] en particular será de aplicación el régimen de autorización y registro establecido en el capítulo II de la Ley 53/2007, de 28 de diciembre. Sin perjuicio del previo registro, la autorización deberá solicitarse y obtenerse en el momento de procederse a la efectiva exportación en los términos objeto del contrato suscrito con el Ministerio de Defensa [...]*

Y su Disposición adicional única que: «los preceptos de este real decreto se aplicarán sin perjuicio de lo establecido en la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso».

c) Por último, era preciso prever la forma de llevar a cabo el control económico financiero de estos contratos en los que, al no actuar el Ministerio de Defensa en nombre propio, quedan excluidos de la normativa presupuestaria, a la que, no obstante, se acude por vía de la analogía, señalando el artículo 14 de la Ley 12/2012 que:

*[...] las funciones de control de la gestión económico-financiera previstas en el Título VI de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, se ejercerán por analogía sobre las actuaciones previstas en este Título y las cuentas de situación de fondos [...]*

Correspondiendo el ejercicio de dicho control sobre la administración de las cantidades situadas en las cuentas de situación de fondos y en todo aquello que corresponda respecto de la contratación con empresas españolas del sector de la defensa a la Intervención General de la Defensa (artículo 7 Real Decreto 33/2014).

Igualmente, «*el régimen de responsabilidades previsto en el Título VII de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, será de aplicación a las actuaciones señaladas en el artículo 8, en los términos establecidos por dicha Ley*» (Artículo 15 Ley 12/2012).

### 5.2.1.2. Principio de no coste/no beneficio

Es el principio básico en el que se basa la intervención del Ministerio de Defensa español, siguiendo las pautas del FMS, conforme al cual la realización de actividades «*que impliquen actos de contratación por el Ministerio de Defensa por cuenta de un Gobierno extranjero, en ningún caso supondrá coste o beneficio económico para el Ministerio de Defensa*» (artículo 8.2. Ley 12/2012), lo que requiere que todos los costes derivados de la ejecución de un contrato Gobierno a Gobierno, incluidos aquellos en los que incurra el Ministerio de Defensa, sean sufragados por el Gobierno extranjero, y que además quede garantizado en el procedimiento el mecanismo a través del cual se harán efectivos dichos cobros. En este caso, y siguiendo de nuevo el modelo FMS, se ha optado por la apertura de una cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero<sup>34</sup> y a la exigencia previa de fondos como condición para la ejecución del contrato Gobierno a Gobierno, con cargo a los cuales se reembolsarán los costes en que incurra el Gobierno de España y sin perjuicio de las garantías que resulten exigibles.

*Cuenta de situación de fondos destinada a financiar la adquisición de material de defensa por un Gobierno extranjero:* Como hemos visto, la cuenta de situación de fondos se configura como un elemento esencial para el correcto desarrollo de un contrato Gobierno a Gobierno y requería

---

<sup>34</sup> Así resulta de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 12/2012: «1. *Los costes derivados de las actividades previstas en el artículo 8 serán cargados directamente a la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.* 2. *Los gastos ocasionados al Ministerio de Defensa por la prestación de servicios que se deriven de la realización de las actividades descritas en el artículo 8 serán reembolsados, con cargo a la citada cuenta, mediante ingreso a favor del Tesoro Público.*».



de una normativa específica que fuera más allá de lo previsto en el artículo 109 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que únicamente prevé la apertura de cuentas de situación de fondos cuya titularidad corresponda a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o agencias estatales. En el presente caso, era necesario, para evitar toda confusión de dichos fondos con los fondos de titularidad pública (lo que podría determinar una responsabilidad para la Hacienda Pública, en contra del principio de no coste/no beneficio) que la titularidad de dicha cuenta fuera del Gobierno extranjero, aunque su administración deba corresponder, con carácter exclusivo (para garantizar el adecuado uso de los fondos y el abono de los costes en que incurra el Ministerio de Defensa) al Ministerio de Defensa. Por lo tanto, era preciso, en primer lugar, habilitar legalmente al Ministerio de Defensa para que pudiera abrir y administrar dicha cuenta.<sup>35</sup>

a) Apertura de la cuenta de situación de fondos.

La apertura de la cuenta de situación de fondos se puede contratar, indistintamente, por el Gobierno extranjero o por el Ministerio de Defensa.

En el caso de que la apertura de la cuenta se contrate por el Ministerio de Defensa, *«el expediente de contratación deberá ajustarse a lo dispuesto en la normativa sobre contratos del sector público, mediante procedimiento negociado con un mínimo de tres ofertas y sin necesidad de exigir prestación de garantía definitiva»* (artículo 12.3). La contratación y apertura de las cuentas de situación de fondos se realizará por la Subdirección General de Gestión Económica (artículo 6.1 Orden DEF/503/2015). La apertura de la cuenta será notificada al Gobierno extranjero, a fin de que pueda empezar a cumplir el calendario de situación de fondos que se pacte (artículo 5.1 Real Decreto 33/2014).

En todo caso, para la contratación de dicha cuenta deberá tenerse en cuenta:

- Solo podrá contratarse con *«entidades de crédito con domicilio en territorio español»* (artículo 12.1. Ley 12/2012).
- La apertura de la cuenta de situación de fondos deberá contratarse de modo que únicamente el Ministerio de Defensa esté habilitado para extraer y retener fondos de la misma.

---

<sup>35</sup> Habilitación que realiza el artículo 12 de la Ley 12/2012: *«1. Para la realización de las actividades previstas en el artículo 8.1 el Ministerio de Defensa podrá, actuando por cuenta de un Gobierno extranjero, en virtud de un contrato celebrado entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, administrar cuentas de situación de fondos abiertas por aquél en entidades de crédito con domicilio en territorio español, así como contratar su apertura».*

- Los contratos contendrán necesariamente una cláusula de exclusión de la facultad de compensación con otros fondos depositados por el Gobierno extranjero en la misma entidad de crédito.
- Para cada contrato entre Gobiernos se abrirá una cuenta de situación de fondos, que se utilizará exclusivamente para el contrato de que se trate. Este mismo régimen se aplicará a cualquier otra cuenta cuya apertura resulte necesaria para la ejecución del contrato (artículo 5.2 Real Decreto 33/2014).
- La apertura de la cuenta será notificada al Gobierno extranjero, a fin de que pueda empezar a cumplir el calendario de situación de fondos que se pacte (artículo 5.2 Real Decreto 33/2014).
- Conforme a la Guía (página 18), las cuentas serán tres por contrato y no se aceptarán divisas distintas del Euro, ya que encarece los costes por el riesgo de cambio.

b) Administración de la cuenta de situación de fondos.

Corresponde con carácter de exclusiva al Ministerio de Defensa, que como hemos visto será el único habilitado para extraer y retener fondos de la misma. Dicha administración se llevará a cabo por el Centro de Gestión de Pagos en el Extranjero (artículo 6.1 Orden DEF/503/2015)<sup>36</sup>.

A estos efectos, el Ministerio de Defensa:

a) Podrá suscribir convenios con las entidades de crédito, tendentes a determinar el régimen de funcionamiento de las cuentas y, en especial, el tipo de interés al que serán retribuidas, las comisiones a pagar, en su caso, los medios de pago asociados a las mismas y las obligaciones de información asumidas por las entidades de crédito.

Aunque la Ley guarda silencio respecto a los intereses, siendo los fondos de titularidad del Gobierno extranjero, el mismo será igualmente titular de los intereses generados por el capital depositado en dicha cuenta, si bien su aplicación dependerá de lo que acordasen ambos Gobiernos.

b) Podrá recabar, del órgano administrativo gestor o de la correspondiente entidad de crédito, cualesquiera datos tendentes a comprobar el cumplimiento de las condiciones en que se autorizó la apertura de la cuenta.

---

<sup>36</sup> A estos efectos, la disposición final primera del Real Decreto 33/2014 añade un nuevo párrafo g) al artículo 1.1 del Real Decreto 945/2001, de 3 de agosto, sobre la gestión financiera de determinados fondos destinados al pago de las adquisiciones de material militar y servicios en el extranjero y Acuerdos internacionales suscritos por España en el ámbito de las competencias del Ministerio de Defensa, con la siguiente redacción:

«g) Gestionar los depósitos de países extranjeros en las cuentas de situación de fondos creadas al amparo del artículo 12 de la ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.»

c) Semestralmente remitirá a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, información sobre la evolución y situación de las cuentas de situación de fondos.

d) En caso de cambio de entidad de crédito por nueva contratación, se traspasará la cuenta de situación de fondos de la antigua entidad a la nueva y se comunicará el cambio al Gobierno extranjero y a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Competitividad (artículo 5.4 Real Decreto 33/2014).

e) Los gastos ocasionados al Ministerio de Defensa durante la ejecución de estos contratos, previa su aceptación por el Gobierno extranjero en los términos previstos en el contrato, serán cargados en la cuenta de situación de fondos e ingresados en el Tesoro (artículo 5.5 Real Decreto 33/2014).

*Existencia previa de fondos como condición para la ejecución del contrato Gobierno a Gobierno:*

a) La existencia de los fondos necesarios para financiar la adquisición de material de defensa por un Gobierno extranjero, en la cuenta de situación de fondos, será condición necesaria para la ejecución de los correspondientes contratos con las empresas domiciliadas en territorio nacional (Art.3.5 Real Decreto 33/2014).

b) Cada contrato entre Gobiernos establecerá su propio calendario de situación de fondos<sup>37</sup>, así como el depósito inicial exigible al Gobierno extranjero. El documento para solicitar a éste los abonos correspondientes será la llamada de fondos (artículo 5.3 Real Decreto 33/2014 33/2014). La llamada de fondos será efectuada por el Centro de Gestión de Pagos en el Extranjero, una vez recibida la documentación que acredite el motivo y el importe de la misma desde la Subdirección General de Adquisiciones de Armamento y Material (Art.6 Orden DEF/503/2015).

---

<sup>37</sup> Resolución 330/00737/2016, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba y se hace pública la Guía para el Apoyo a la Exportación de Material de Defensa (Boletín Oficial del Ministerio de Defensa del 22 de enero de 2016), pp. 14 y 15. Conforme a la misma, el calendario de situación de fondos deberá asegurar que el saldo disponible en la cuenta permite hacer frente a:

Las indemnizaciones de todo tipo a asumir, incluidos los costes asociados a una posible resolución del contrato por causas no imputables a la empresa, así como demás riesgos identificados.

Los pagos a realizar a la empresa en los seis meses siguientes.

El pago anticipado de los costes a incurrir por el Ministerio de Defensa durante los tres meses siguientes.

c) El ingreso del depósito inicial será requisito necesario para el inicio de las actuaciones preparatorias de la contratación con las empresas domiciliadas en territorio nacional (Art.6.3 Orden DEF/503/2015). Dicho depósito inicial tiene por objeto cubrir los riesgos potenciales de incumplimiento total o parcial del contrato y todas las obligaciones que se deriven del mismo, y podrá reducirse a lo largo de la vida del contrato en función de cómo disminuyan las obligaciones asumidas por el Gobierno extranjero en el mismo.

*Reembolso de los costes con cargo a la cuenta de situación de fondos.* La Guía para el Apoyo a la Exportación de Material de Defensa diferencia dos tipos de costes (páginas 13 y 14):<sup>38</sup>

- Costes de las actividades principales: Son aquellos costes generados por las actividades más relevantes que deban desarrollarse para la ejecución del contrato, directamente atribuibles a una actividad concreta y cuantificables en su importe.
- Costes administrativos generales: son aquellos costes de naturaleza administrativa y se consideran indirectos, calculándose con base en un porcentaje sobre el importe total estimado de la operación y que se estima con carácter general en un 3,5% salvo casos debidamente justificados.

En todo caso, debe tenerse en cuenta:

- Si se incluyen servicios de adiestramiento técnico y operativo, inspecciones técnicas, aseguramiento de la calidad, ingeniería de apoyo, certificación y calificación u otros que no fueran los propios de la preparación, administración y gestión del programa, se han de presupuestar aparte.
- El proceso de distribución de los costes indirectos a cada servicio prestado se debe basar en la capacidad normal de trabajo de los medios utilizados.

*Régimen de garantías:*

El artículo 7 de la Ley 12/2012 dispone que *«las responsabilidades asumidas por el Ministerio de Defensa en virtud del contrato celebrado entre el Gobierno de España y un Gobierno extranjero deben estar*

---

<sup>38</sup> Resolución 330/00737/2016, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba y se hace pública la Guía para el Apoyo a la Exportación de Material de Defensa (Boletín Oficial del Ministerio de Defensa del 22 de enero de 2016), pp. 13 y 14.

*suficientemente garantizadas por este último»* debiendo figurar dichas garantías como parte del contenido mínimo del contrato Gobierno a Gobierno (artículo 3.1.d) Real Decreto 33/2014). El artículo 4 de la Orden DEF/503/2015, que se refiere a dichas garantías (aunque erróneamente cite el artículo 11.3 de la Ley 12/2012, referido a las garantías que deben prestar los contratistas en los contratos celebrados con el Ministerio de Defensa) señala que las mismas se podrán realizar por cualquiera de los siguientes medios: Depósito inicial, aval bancario o seguro de caución. Y añade que *«se utilizará preferentemente el pago de un depósito inicial que cubra los riesgos potenciales de incumplimiento total o parcial del contrato y todas las obligaciones que se deriven del mismo. Este depósito inicial podrá reducirse a lo largo de la vida del contrato en función de cómo disminuyan las obligaciones asumidas por el Gobierno extranjero en el mismo»*. Conforme a la Guía, este depósito podrá alcanzar hasta el 30% del presupuesto del contrato, en función de la cuantía y el objeto, y debe ser negociado con el Gobierno extranjero.

En este punto se observa una posible contradicción en la regulación, puesto que parece que la exigencia del depósito es potestativa aunque preferente, mientras que como hemos visto el ingreso del depósito inicial será requisito necesario para el inicio de las actuaciones preparatorias de la contratación con las empresas domiciliadas en territorio nacional (Art.6.3 Orden DEF/503/2015). Esta confusión se acentúa en el Modelo de contrato entre Gobiernos que figura como anexo 6 de la Guía.

Por tanto, debemos diferenciar en el depósito inicial dos funciones:

- Como garantía real, pudiendo configurarse como prenda irregular del artículo 1870 del Código Civil (*«El acreedor no podrá usar la cosa dada en prenda sin autorización del dueño, y si lo hiciera o abusare de ella en otro concepto, puede el segundo pedir que se la constituya en depósito»*).
- Como provisión de fondos o anticipo previsto en el artículo 1728 el Código Civil: *«El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato»*.

Desde el punto de vista de la garantía, podrá pactarse que la misma consista en un depósito inicial o no. Pero si se exige aval o seguro de caución, el depósito inicial, entendido como provisión de fondos, seguirá siendo indispensable para iniciar la ejecución del contrato.

## 5.2.2. Actuaciones preparatorias del contrato Gobierno a Gobierno

Corresponden a la Dirección General de Armamento y Material de la Secretaría de Estado de Defensa, quien, en coordinación con la Dirección General de Política de Defensa, dirigirá la actuación de los agregados y consejeros de defensa conducentes a asegurar el éxito de las negociaciones para la firma de un contrato Gobierno a Gobierno (artículo 2.1 del Real Decreto 33/2014 y artículo 2.2.a) de la Orden DEF/503/2015). A estos efectos, «se valorará la existencia de acuerdos internacionales vigentes con dicho Gobierno extranjero y las relaciones de ambos países en los ámbitos de armamento y material» (artículo 2.2.b) de la Orden DEF/503/2015).

## 5.2.3. Contenido

Conforme a lo previsto en el artículo 3 del Real Decreto 33/2014 y de la Orden DEF/503/2015, podemos diferenciar entre un contenido necesario y un contenido accesorio.

En cuanto al contenido necesario, el mismo viene determinado por (art. 3.2 Real Decreto 33/2014 y art. 3.2 Orden DEF):

- Objeto del contrato entre Gobiernos. Prestaciones que se solicitan del Ministerio de Defensa.
- Foro judicial o arbitral competente para resolver las discrepancias entre las partes contratantes.
- Régimen jurídico al que quedará sometido el contrato.
- Financiación, garantías y calendario de situación de fondos.
- Reembolso de gastos ocasionados al Ministerio de Defensa.
- Causas de resolución del contrato.

En cuanto al resto de extremos que se pueden recoger en el clausulado del contrato se citan los siguientes:

- Medidas de control y seguimiento del contrato entre Gobiernos. Creación de una Comisión de Seguimiento y establecimiento de sus funciones.
- Vigencia del contrato.
- Creación de un Programa de Armamento y Material, en su caso.
- Creación de Oficina de Programa, si procede, su funcionamiento y liquidación.

- Creación de una Oficina de Apoyo a lo suministrado al país cliente, si procede, su funcionamiento y liquidación.
- Aspectos financieros y tributarios, de conformidad con la normativa vigente.
- Todas las condiciones sobre los transportes.
- Modificaciones del contrato.
- Propiedad intelectual.
- Aportaciones de los Gobiernos.
- Aspectos de seguridad aplicables.
- Estatuto del personal intercambiado entre ambos Gobiernos.
- Régimen de responsabilidades de ambos Gobiernos.

En este punto interesa destacar que aunque el Consejo de Estado hizo especial hincapié en la importancia de determinar el derecho interno por el que ha de regirse el contrato, y que ha sido recogido como parte del contenido esencial del contrato, y aunque es una cuestión supeditada a la voluntad de las partes, la Guía no hace referencia al mismo en el modelo de contrato que incorpora.

Por otro lado, el apartado 3 del artículo 3 del Real Decreto 33/2014 señala 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»*.

La Orden DEF/503/2015, en su artículo 3.3 añade que *«en el documento contractual se definirán las causas de interés público y los efectos de la resolución del contrato»*. Sin embargo, de nuevo la Guía ha guardado silencio sobre este punto. Se trata, a nuestro juicio, de una circunstancia esencial en cuanto puede ser causa resolutoria del contrato Gobierno a Gobierno y, consecuentemente, del contrato derivado con la industria de Defensa (artículo 8.4 Real Decreto 33/2014). Pese al silencio de la norma, y siguiendo los criterios del FMS, podemos concluir que dichas causas derivarán fundamentalmente de cómo evolucionen las relaciones internacionales con dicho país, a las que, pese a su importancia, únicamente se ha hecho referencia expresa en el artículo 2.2. de la Orden DEF/503/2015 anteriormente citado.

#### **5.2.4. Extinción del contrato entre Gobiernos**

Conforme al artículo 8 de la Orden DEF/503/2015, y además del supuesto ya visto de resolución por causa de interés público, los contratos Gobierno a Gobierno finalizarán:

a) Por su cumplimiento, que dará lugar a la liquidación final del contrato y al cierre de las cuentas abiertas una vez resarcido el Gobierno de España y las empresas de los gastos y costes incurridos.

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

c) Por incumplimiento de alguna de las dos partes, en cuyo caso se estará a lo establecido en el contrato entre Gobiernos.

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

## 6. RELACIÓN VERTICAL: EL CONTRATO ENTRE EL MINISTERIO DE DEFENSA Y LA INDUSTRIA DE DEFENSA

Como hemos visto, son contratos celebrados en nombre y representación, y por cuenta y riesgo del Gobierno extranjero (artículo 8 Real Decreto 33/2014) y cuyo régimen jurídico queda sometido, en primer lugar, a lo pactado en el propio contrato Gobierno a Gobierno y de ahí la importancia de sus cláusulas para la posterior celebración de estos contratos, especialmente en lo que se refiere a la selección del contratista. En su defecto, quedarán sometidos a lo previsto en la Ley de Contratos del Sector público, con las especialidades que introduce la Ley 12/2012.

### 6.1. ESPECIALIDADES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

La Ley 12/2012 regula todas aquellas especialidades aplicables a la contratación derivada de la especial configuración del contrato Gobierno a Gobierno, como consecuencia, fundamentalmente, de que la contratación se realice no con cargo a los Presupuestos Generales del Estado sino con cargo a la cuenta de situación de fondos, así como otras derivadas del principio de «*sin coste ni beneficio*”.

#### 6.1.1. Tramitación del expediente de contratación

Uno de los documentos esenciales que debe incorporarse al expediente de contratación es «*el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya*” (artículo 109.3 del TRLCSP). En el presente caso no resulta viable la emisión del correspondiente RC al no realizarse con



cargo a los créditos presupuestarios, pero la existencia de crédito suficiente y adecuado sigue siendo un requisito indispensable para la contratación, especialmente si tenemos en cuenta que de la misma no puede derivarse ningún coste para el Estado y que la existencia de los fondos necesarios será condición necesaria para la ejecución de los correspondientes contratos con las empresas (artículo 3.4. Real Decreto 33/2014). Por eso era preciso sustituir dicho documento por el correspondiente que acredite la existencia de saldo suficiente en la cuenta de situación de fondos. De ahí que el artículo 11.2 disponga que:

*[...] se incorporará al expediente de contratación el documento que acredite la disponibilidad de los fondos necesarios para la adquisición de un compromiso de gasto, emitido por la entidad de crédito en que esté situada la cuenta de situación de fondos referida en el artículo 12 de esta Ley [...]*

### **6.1.2. Garantías financieras**

Otro ámbito en el que se producen especialidades derivadas de la intervención del Gobierno español como mero mandatario en lo relativo a la constitución de las garantías que resulten exigibles al contratista conforme a los artículos 95 y siguientes del TRLCSP, y que podrán constituirse en cualquiera de las formas que dichos preceptos prevén (Efectivo o valores de Deuda Pública, Aval o contrato de seguro de caución). Dichas especialidades son las siguientes:

- Frente a la regla general, de que las garantías deben depositarse en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía o Hacienda, al tratarse de garantías a favor del Gobierno extranjero, y para evitar su confusión con los fondos de la Hacienda Pública española, se señala que *«las garantías financieras a prestar en los contratos celebrados con el Ministerio de Defensa, serán depositadas en la misma entidad de crédito en la que se hubiere abierto una cuenta de situación de fondos»*. No obstante, *«la responsabilidad en la gestión de dichas garantías corresponderá, en todo caso y con carácter exclusivo, al Ministerio de Defensa»*.
- Otra de las especialidades es la que afecta al seguro de caución, en la que la condición de asegurado corresponderá al Gobierno extranjero y, consecuentemente, en caso de incumplimiento del

tomador del seguro, la indemnización que se derive del contrato de seguro de caución deberá ser ingresada en la cuenta de situación de fondos.

En cuanto al resto de prescripciones respecto a las garantías, son reproducción de los criterios generales establecidos en la normativa sobre contratación pública así, en el caso de aval deberá ser solidario y con renuncia al beneficio de excusión (tal y como exige el artículo 56 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en lo sucesivo RGLCAP) o en el seguro de caución deberá celebrarse con entidades habilitadas para operar en España en el ramo de seguro de caución (artículo 57 RGLCAP), y que deberán completarse con el resto de requisitos exigidos por el TRLCSP y el RGLCAP.

En todo caso, hay que matizar que dichas garantías son las que tiene que constituir el contratista conforme a la normativa contractual, no las que resulten exigibles al Gobierno extranjero conforme al artículo 7 de la Ley 12/2012 (*«Las responsabilidades asumidas por el Ministerio de Defensa en virtud del contrato celebrado entre el Gobierno de España y un Gobierno extranjero deberán estar suficientemente garantizadas por este último»*) y que han de formar parte del contenido del contrato Gobierno a Gobierno según el artículo 3.1.d) del Real Decreto 33/2014, y que son a las que se refiere el artículo 4 de la Orden DEF/503/2015, aunque por error dicho artículo se remita al 11.3 de la Ley 12/2012.

### **6.1.3. Imposición de penalidades por demora del contratista**

Se aplica el artículo 212 del TRLCSP, teniendo en cuenta que al realizarse el pago con cargo a los fondos de la cuenta de situación de fondos, se intentarán en primer lugar, hacerla efectivas mediante su deducción de *«las retenciones practicadas sobre la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero»* (artículo 11.5 Ley 12/2012).

## **6.2. ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES**

El principio *«sin coste ni beneficio»* incide directamente en el régimen de responsabilidades del contrato Gobierno a Gobierno derivado de posibles incumplimientos de las partes. Partiendo de la base del régimen jurídico del contrato de mandato, el mandatario debe salir indemne de la

ejecución del mismo, salvo en aquellos casos en que intervenga culpa o negligencia por parte del mismo. Sin embargo, en el régimen instaurado por la Ley 12/2012, se confunde el concepto coste con el de responsabilidad, eximiendo de ésta al Ministerio de Defensa en todo caso lo que va a obligar a incluir cláusulas en el contrato que eximan en todo caso de responsabilidad al Ministerio de Defensa (admisibles sobre la base del principio de libertad de pactos), lo que puede dificultar la suscripción de dichos contratos. Así, no será responsable:

a) Supuestos de responsabilidad del Ministerio de Defensa por daños y perjuicios ocasionados por el contratista a terceros como consecuencia inmediata y directa de una orden dada o como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por aquél mismo para el suministro de fabricación, en los que las indemnizaciones deberán ejecutarse contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

b) Demora en el pago del precio por parte del Ministerio de Defensa en el que *«los intereses por tal demora y la indemnización por costes de cobro se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero»*.

c) Suspensión del contrato a instancia del Gobierno extranjero: *«se abonarán al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos con cargo a la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero»*.

d) En caso de extinción del contrato por cumplimiento, si se produjera demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro con cargo a la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

e) En caso de resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 223.g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos), los intereses de demora e indemnizaciones que correspondan se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

En todos estos supuestos (salvo el de suspensión del contrato a instancia del Gobierno extranjero), la Ley no diferencia en función de quién sea el responsable, si el Gobierno extranjero (directamente o en función de las instrucciones transmitidas al Ministerio de Defensa) o directamente el Ministerio de Defensa, haciendo en todo caso responsable al Gobierno extranjero y abonando las responsabilidades con cargo a la cuenta de situación de fondos. En este punto se aparta de la tradicional configuración del mandato en nuestro ordenamiento jurídico, que aun partiendo del carácter

de confianza y naturalmente gratuito del mandato, lo que en principio supone la responsabilidad directa del mandante por cuya cuenta se actúa, hace responsable al mandatario (partiendo de que la responsabilidad es consecuencia de la infracción de deberes o del incumplimiento de obligaciones) en los siguientes casos:

- Incumplimiento total de los deberes de gestión (artículo 1718 CC, responde de los daños y perjuicios que de no ejecutarlo se ocasione al mandante).
- Cumplimiento defectuoso, por traspasar los límites del mandato (art.1714) o por no arreglarse a las instrucciones del mandante.
- En caso de incumplimiento, el mandatario será responsable no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor según que el mandato haya sido o no retribuido. Y el mandante debe «indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario (art.1729). Además, la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones y la renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula, mientras que la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos (artículos 1102 y 1103 del Código Civil).

Está claro que la exoneración de responsabilidad del Ministerio de Defensa (a la que parece que obliga el articulado de la Ley 12/2012 y disposiciones que la desarrollan) debe ser introducida en el clausulado del contrato Gobierno a Gobierno y su validez vendrá determinada por el derecho interno que resulte aplicable, si bien desde el punto de vista de la contratación internacional, las cláusulas de limitación y de exoneración suscitan desconfianza en la mayoría si no en todos los sistemas legales, siendo la mayoría de ellos contrarios en los casos de dolo o culpa grave.

A estos supuestos que recoge la Ley hay que añadir el previsto en el Artículo 7.3 de la Orden DEF/533/2015, según el cual

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

Este precepto plantea dudas acerca de si las causas de interés público a las que se está refiriendo son las mismas que puede haberse pactado como causas de resolución del propio contrato Gobierno a Gobierno a las que se refieren el artículo 3.4 del Real Decreto 33/2014 y el artículo 3.3 de la propia Orden o si se trata de otras distintas, ya que en las primeras la propia norma deja al contrato entre Gobiernos la función de determinar los efectos de la resolución, mientras que aquí ya añade que necesariamente la indemnización será a cargo del Gobierno extranjero. Para mayor confusión, la Guía dice en el 12.3:

*[...] En caso de que el MINISDEF por razones de «interés nacional» hubiera de suspender o cancelar parcial o totalmente en contrato, se aplicará el mismo procedimiento anterior, siendo por cuenta del mandante con cargo a la cuenta de situación de fondos los gastos o abonos a que hubiera de hacerse frente» y el 13 Resolución: «en caso de resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o por que de continuarse ejecutando la prestación en dichos términos se produjera una lesión grave al interés público del Reino de España, los intereses de demora e indemnizaciones que correspondan se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Ministerio de Defensa de ..... , conforme a la legislación española.*

*El MINISDEF se reserva la facultad de resolver total o parcialmente el presente contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen [...]*

Una interpretación conjunta de ambos preceptos unida al objeto y finalidad perseguidos con el contrato Gobierno a Gobierno aconsejan concluir que se trataría de las mismas causas, por lo que en el contrato ha de pactarse necesariamente cuáles son dichas causas y, especialmente, el Gobierno extranjero ha de aceptar que siendo causas que puedan derivar del interés público de España, ha de asumir en todo caso los costes derivados de dicha resolución. Aunque se trata de una cláusula admisible atendiendo al principio de autonomía de la voluntad de las partes, siempre que se detallan adecuadamente dichas causas para evitar que el cumplimiento del contrato pueda quedar al arbitrio de una de las partes (artículo 1256 del Código Civil) la inclusión de la misma puede suponer un obstáculo grave a la firma de este tipo de contratos.

## 7. CONCLUSIONES

PRIMERA.—El contrato Gobierno a Gobierno forma parte de una serie de medidas dirigidas a apoyar a la internacionalización de la industria de defensa con la finalidad de mantener las capacidades industriales esenciales para la Defensa Nacional, que si bien se inspira en el modelo norteamericano del FMS, presenta sustanciales diferencias que deberían haberse valorado en el momento de su regulación. Así, el FMS se configura como una herramienta de política exterior y de seguridad nacional con el fin de facilitar la «*defensa común*», por lo que responde a criterios de política internacional de un país con intereses estratégicos en todo el planeta y con una potente industria de defensa, configurándose el FMS como una política de Estado en la que intervienen los principales poderes del país. Sin embargo, la regulación española se ha realizado de manera sectorial y parece atender a criterios exclusivos de capacidades militares limitando la intervención al Ministerio de Defensa, sin tener en cuenta que se trata de una política de Estado en la que debería haberse recogido una mayor intervención de otros órganos del Estado y en la que las medidas de fomento a adoptar no se limiten a las que pueda prestar el Ministerio de Defensa, sino que puedan incluir otro tipo de medidas, incluidas las de carácter financiero.

SEGUNDA.—A diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, en los que se acude a la figura del contrato Gobierno a Gobierno sin haberse dotado de una regulación especial, la regulación de la figura en España es excesivamente prolija, comprendiendo una Ley, un Real Decreto, una Orden Ministerial y una Resolución del Secretario de Estado de Defensa. Dichas disposiciones, publicadas en los correspondientes diarios oficiales, garantizan una mayor publicidad y transparencia en cuanto a la celebración de este tipo de contratos, pero al mismo tiempo constituyen una normativa compleja y en ocasiones contradictoria lo que dificulta la aplicación de la misma. Por otro lado, no se han regulado cuestiones tan relevantes como las causas de interés público que puedan excluir la celebración de un contrato Gobierno a Gobierno o dar lugar a su resolución, los compromisos de uso y, en su caso, no transferencia, del material o la tecnología suministrados o la posición que debe adoptar el Ministerio de Defensa en el supuesto de que pueda haber varias empresas interesadas en suministrar el material objeto del contrato Gobierno a Gobierno.

TERCERA.—Dicha normativa se encuentra fuertemente influida por el principio de que la intervención del Gobierno de España sea sin beneficio, pero sobre todo sin coste, y que no se pueda derivar ninguna responsa-

bilidad por la ejecución del contrato para la Hacienda Pública española, lo que sin duda dificultará la redacción de los contratos, pues dichas cláusulas de exoneración deberán recogerse expresamente en los mismos, pero sobre todo su negociación y suscripción, pues el Gobierno extranjero deberá resultar responsable en todo caso.

CUARTA.—Pese a la urgencia que hubo en la introducción de dicha figura, realizándose por medio de una Real Decreto Ley, casi seis años después de su aprobación no se ha suscrito ningún contrato Gobierno a Gobierno propiamente dicho, debido fundamentalmente a que los Gobiernos extranjeros prefieren las mejores posibilidades que ofrece la contratación directa con las empresas tanto en lo que se refiere a la posibilidad de pactar un precio cerrado como al reparto de responsabilidades. A ello hay que añadir las mayores posibilidades que ofrece en cuanto a la transmisión del conocimiento tecnológico y a la posibilidad de pactar compensaciones industriales (que no se incluyen en el contrato Gobierno a Gobierno). No obstante, los Gobiernos extranjeros siguen solicitando el apoyo del Gobierno español en cuanto a funciones de control y supervisión, apoyo logístico, adiestramiento, etcétera, y que podrán articularse vía contrato Gobierno a Gobierno o vía Acuerdo no normativo.

QUINTA.—No obstante, en la medida en que subsisten las razones que justificaron la regulación del contrato Gobierno a Gobierno, habida cuenta de la necesidad de mantener las capacidades industriales estratégicas y de que habrá países que preferirán contratar directamente con el Gobierno español al igual que ocurre en otros países de nuestro entorno, debería revisarse la normativa vigente con el fin de simplificarla, excluir la responsabilidad del Gobierno extranjero por hechos exclusivamente imputables al Gobierno español, incluir la posibilidad de que la gestión de dichos contratos se lleve a cabo por empresas públicas regidas por el derecho privado y sobre todo, configurar ese apoyo a la industria de defensa desde una perspectiva integral que involucre a todos los poderes del Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

AAVV, *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Madrid, Ministerio de Defensa, 2012

CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Tomo IV: Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*. Madrid, Editorial Reus, 1995.

DÍEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, Editorial Tecnos 14ª edición, 2003.

DÍEZ-PICAZO, Luis *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato*. Pamplona, Editorial Civitas, 1996.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV: Las particulares relaciones obligatorias*. Pamplona, Editorial Civitas, 2010.

ESCRIHUELA MORALES, *La contratación del Sector Público. Especial referencia a los contratos de suministro y servicios*. Madrid, Editorial La Ley, 2011.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. *Manual de contratación del Sector Público*. Granada, Editorial Comares, 2011.

HUERTA BARAJAS, J.A., *El Artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa* en AA.VV. *La contratación y el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, CESEDEN, marzo de 2017.

JIMÉNEZ APARICIO, Emilio (Coord.) *Comentarios a la legislación de contratación pública*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2016.

MARCEL FONTAINE, Filip de Ly, *La redacción de contratos internacionales*. Pamplona, Editorial Civitas, 2013.

MORENO GIL, O. *Contratos Administrativos. Legislación y Jurisprudencia*. Pamplona, Editorial Civitas, 2012.

PÉREZ MUINELO, F., JIMÉNEZ BASTIDA, J.L. y MARTÍN CASARES, G. *Análisis de los Presupuestos en Defensa y Seguridad de España en 2017*. IDS, mayo de 2017.

SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*. Pamplona, Editorial Civitas, 2015.

SÁNCHEZ MORÓN, M (Dir.) *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2011.

## NORMATIVA

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969.

Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.



Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

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.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Real Decreto 1638/1999, de 22 de octubre, por el que se regula la enajenación de bienes muebles y productos de defensa en el Ministerio de Defensa.

Real Decreto 945/2001, de 3 de agosto, sobre la gestión financiera de determinados fondos destinados al pago de las adquisiciones de material militar y servicios en el extranjero y Acuerdos internacionales suscritos por España en el ámbito de las competencias del Ministerio de Defensa.

Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.

Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios

Orden de 14 de abril de 1980, por la que se aprueban las normas de procedimiento de las Juntas de Enajenaciones y Liquidadoras de Material del Ministerio de Defensa.

Orden 56/1982, de 18 de marzo, sobre la aprobación de normas para el reconocimiento, clasificación y posterior destino del material inútil o no apto para el servicio en el Ministerio de Defensa.

Orden 370/2000, de 20 de diciembre, por la que se desarrolla el Real Decreto 1638/1999, de 22 de octubre, que regula la enajenación de bienes muebles y productos de defensa en el Ministerio de Defensa.

Orden DEF/2134/2011, de 27 de julio, por la que se modifica la Orden 370/2000, de 20 de diciembre, por la que se desarrolla el Real Decreto 1638/1999, de 22 de octubre, que regula la enajenación de bienes muebles y productos de defensa en el Ministerio de Defensa.

Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo, por la que se dictan normas para la aplicación del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

Instrucción 25/2013, de 22 de abril, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se desarrolla el impulso del apoyo institucional a la internacionalización de la industria española de defensa.

Resolución 330/00737/2016, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba y se hace pública la Guía para el Apoyo a la Exportación de Material de Defensa (Boletín Oficial del Ministerio de Defensa del 22 de enero de 2016).

## WEBS

Comparecencia del Ministro de Defensa en el Congreso de los Diputados el 26 de enero de 2012

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28CDC201201260028.CODI.%29#\(Página2\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28CDC201201260028.CODI.%29#(Página2)). Consultado el 14 de octubre de 2017.

Directiva de Defensa Nacional 2012: «Por una defensa necesaria, por una defensa responsable», Madrid, julio de 2012, Presidencia del Gobierno. <http://www.lamoncloa.gob.es/documents/directivadedefensanacional2012.pdf>. Consultado el 14 de octubre de 2017:

Estrategia Industrial de Defensa EID-2015. <http://www.defensa.gob.es/Galerias/dgamdocs/estrategia-industrial-defensa-2015.pdf>. Consultado el 24 de septiembre de 2017.

Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Española 2014-2015. [http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comercio/140228\\_Plan\\_Internacionalizacion.pdf](http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comercio/140228_Plan_Internacionalizacion.pdf). Consultado el 24 de septiembre de 2017.

<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title22/html/USCODE-2010-title22-chap32-subchapII.htm>. Consultado el 16 de septiembre de 2017.

<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title22/html/USCODE-2010-title22-chap39.htm>. Consultado el 16 de septiembre de 2017.

[https://www.dsca.mil/sites/default/files/final-fms-dcs\\_30\\_sep.pdf](https://www.dsca.mil/sites/default/files/final-fms-dcs_30_sep.pdf). Consultado el 16 de septiembre de 2017.

<http://www.dsca.mil>. Consultado el 16 de septiembre de 2017.

<https://www.ndtv.com/india-news/any-future-rafale-jet-purchases-will-be-government-to-government-says-india-754615>. Consultada el 9 de diciembre de 2017.

<https://thediplomat.com/2016/09/its-official-india-and-france-sign-8-7-billion-deal-for-36-rafale-fighters/>. Consultado el 4 de febrero de 2018.

<http://www.odas.fr/en/our-dna>. Consultado el 4 de febrero de 2018.

<http://www.europapress.es/nacional/noticia-autorizada-disolucion-liquidacion-defex-empresa-publica-investigada-corrupcion-20170922162224.html>. Consultado el 4 de febrero de 2018.

Comunicación Interpretativa sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado (actual 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) en el ámbito de los contratos públicos de defensa de 7 de diciembre de 2006. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0779&from=EN>.

Nota orientativa sobre la adjudicación de contratos de 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 del Consejo] [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1202\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1202(01)&from=EN)

«Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security- Guidance Note: Defence-and security- specific exclusions» <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15408/attachments/1/translations/>