UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

Análisis y perspectivas de la contratación administrativa en el sector de la defensa: el contrato gobierno a gobierno

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

David Javier Santos Sánchez

Director

Ricardo Alonso García

Madrid

© David Javier Santos Sánchez, 2022

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL SECTOR DE LA DEFENSA: EL CONTRATO GOBIERNO A GOBIERNO

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

DAVID JAVIER SANTOS SÁNCHEZ

DIRECTOR

DR. D. RICARDO ALONSO GARCÍA

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL SECTOR DE LA DEFENSA: EL CONTRATO GOBIERNO A GOBIERNO

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

DAVID JAVIER SANTOS SÁNCHEZ

DIRECTOR

DR. D. RICARDO ALONSO GARCÍA

AGRADECIMIENTOS

Un trabajo de investigación, fruto de muchos años de estudio, trabajo y análisis, nunca es obra de una sola persona. Son muchos los que, de una manera u otra, contribuyen a su realización, y a todos ellos quiero expresar mi más sincero agradecimiento, si bien en el presente momento deberé realizarlo con la contención exigible a una obra de investigación científica como la presente.

Por ello, debo comenzar con mi agradecimiento a mi familia, siempre presente en todo lo que hago y, especialmente, a mi madre, Isabel (q.e.p.d.), modelo de vida y quien pacientemente me enseñó a estudiar y a mi padre, Javier, por su ejemplo de rigor, profesionalidad, templanza, esfuerzo y superación; a Rosalía, mi compañera en todo lo que emprendo, por su comprensión, paciencia y continuo apoyo, disculpando mis ausencias; y a mi hija Isabel, que pese a su corta edad es un estímulo para afrontar nuevos retos y que con su permanente sonrisa hace más llevadera cualquier tarea, por ardua que sea.

Asimismo, este trabajo de investigación no se hubiera hecho realidad sin la intervención decisiva de dos personas. El Director de la tesis, el profesor D. Ricardo Alonso García, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, quien me honró al aceptar dicha función y cuyo saber, ciencia y consejos han permitido poner término a este trabajo. Y el Tutor, el profesor D. José María Coello de Portugal, buen amigo desde nuestros inicios en el mundo de las oposiciones, quien ha sabido empujarme y transmitirme parte de su energía, vitalidad y alegría, tan necesarias para este tipo de trabajos.

Por otro lado, atendiendo al objeto del presente trabajo, debo extender el agradecimiento a todos aquellos que me han permitido conocer de cerca la defensa nacional y la esencial función que desempeñan nuestras Fuerzas Armadas, comenzando por Dª. Irene Domínguez-Alcahud, Subsecretaria de Defensa, quien confió en mí y me propuso para el puesto de Secretario General Técnico del Ministerio de Defensa, y al Ministro de Defensa, D. Pedro Morenés, quien compartió dicha propuesta y me permitió iniciar una nueva etapa, que tanto me ha marcado en lo profesional, pero también en lo personal; y a la Ministra Dª. María Dolores de Cospedal y al Subsecretario D. Arturo Romaní, quienes mantuvieron la confianza en mi persona y me permitieron seguir

compartiendo vivencias y aprendiendo acerca de la importancia de la defensa nacional. Igualmente, el agradecimiento debe ser extensivo a todo el personal, civil y militar, del órgano central del Ministerio de Defensa, especialmente a aquellos destinados en la Secretaría General Técnica, con los que compartí largas jornadas de trabajo. De todos ellos extraje importantes enseñanzas, algunas de las cuales se reflejan en esta obra. Y como sería imposible referirme individualmente a todos ellos, no quiero dejar de citar a los que han tenido una participación más directa en la elaboración de la tesis: Dª. Margarita García Moreno, Subdirectora General de Publicaciones y Patrimonio Cultural, fuente inagotable de conocimientos a través de las excelentes publicaciones que realiza el Ministerio de Defensa; el General de Brigada D. Luis López González, cuyo último destino fue el de Jefe de la Oficina de Apoyo Exterior del Ministerio de Defensa (OFICAEX), y uno de los mejores conocedores del contrato gobierno a gobierno; y el General Consejero Togado D. Juan Pozo Vilches, actualmente Fiscal Togado, Fiscal Jefe de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, reconocido experto en contratación militar, quien pacientemente revisó la parte contractual del presente trabajo.

Por último, no puedo concluir estos agradecimientos sin mostrar mi sentido reconocimiento, respeto, admiración, cariño y gratitud a todos los hombres y mujeres de las Fuerzas Armadas españolas que, con su esfuerzo, trabajo y sacrificio, nos permiten vivir en libertad.

ÍNDICE

RESUMEN 17

ABSTRACT 19

INTRODUCCIÓN 21

CAPÍTULO PRIMERO. 45

LA DEFENSA NACIONAL COMO ACTIVIDAD PÚBLICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y SU INCIDENCIA EN LAS ACTIVIDADES DEL ESTADO 45

I.1. La defensa nacional en la Constitución Española 45

I.1.A. La defensa nacional como garante del Estado social y democrático de Derecho y presupuesto para el adecuado desarrollo del mismo. El artículo 8 de la Constitución. 45

I.1.B. La defensa nacional como competencia exclusiva del Estado. 55

I.1.C. La dirección por el Gobierno de la Administración militar y la defensa del Estado. 62

I.1.D. El derecho y el deber de defender a España. 63

I.2.- La defensa nacional en el marco de la seguridad nacional. 71

I.2.A. La evolución del concepto: de la defensa nacional a la seguridad nacional. 71

I.2.B. La Estrategia de Seguridad Nacional y su afectación a la actividad de contratación. 83

II.- La incidencia de la actividad de Defensa en las actividades ordinarias del Estado: la organización administrativa al servicio de un fin constitucional. 86

II.1.- La actividad de defensa nacional como actividad pública transversal. 86

II.1.A. Breve reseña histórica 87

II.1.B. La defensa nacional y los poderes del Estado. 91

a) El Rey. 92

b) Las Cortes Generales. 96

c) El Gobierno. 100

d) El Presidente del Gobierno. 101

e) El Ministro de Defensa. 103

f) Las Fuerzas Armadas. 103

g) Otros órganos de la Administración que intervienen en la defensa nacional. 104

h) El Poder Judicial: la Jurisdicción militar. 105

i) Los ciudadanos. 108

II.2.- La incidencia de la actividad de defensa en la actividad ordinaria del Estado. 110

II.2.A La relación estatutaria del personal profesional de las Fuerzas Armadas. 111

II.2.B. Los bienes públicos y privados y la defensa Nacional. 119

II.2.C. Atribuciones competenciales específicas en los ámbitos de la actividad administrativa que afectan a la defensa nacional 129

II.2.D- La defensa nacional como servicio público. 131

III. Una propuesta de definición de la defensa nacional. 133

CAPÍTULO SEGUNDO 135
EL ENTORNO DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO EN MATERIA DE DEFENSA: EL MERCADO MUNDIAL DE LA DEFENSA 135
I.- Los sujetos del mercado de la Defensa. 135
I.1. Los Estados. 135
I.2. Las Organizaciones Internacionales. 140
I.2.A. La Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN). 142
a) La Cooperación en materia de armamento y material en la OTAN. 148
b) Las agencias de la OTAN. 151
c) Otras Agencias de la OTAN. 158
I.2.B. Organizaciones internacionales en el ámbito europeo. 159
a) La Agencia Europea de Defensa (EDA) 159
b) La Organización Conjunta de Cooperación en Materia de Armamento (OCCAR) 165
I.3. La Industria de defensa. 168
I.3.A. Caracteres especiales de la industria de defensa dentro del sector público industrial. 170
a) Carácter estratégico. 170
b) Sector sometido a una fuerte intervención administrativa. Especial referencia al régimen de inversiones extranjeras. 172
b.1. Especial referencia al régimen de inversiones extranjeras: 174
c) Potencial Innovador. 177
d) Complejidad, calidad e interoperabilidad. 178
I.3.B. La industria de defensa en España. 179
II.- Los objetos de comercio en el mercado de la Defensa. 181
II.1. Armamento. 181
II.2. Sistemas de armas y plataformas. 186
II.3. La propiedad intelectual e industrial. 189
II.4. La transferencia de tecnología. 191
III.- La actividad en el mercado internacional de la Defensa y la contratación. 193
III.1. Un mercado globalizado. 193
III.2. Un mercado caracterizado por la existencia de «fallos del mercado». 196
III.3. La concurrencia de ordenamientos jurídicos. 199
III.3.A. El Derecho Internacional Público: 200
a) El reconocimiento internacional de la trascendencia de la defensa nacional. 200
b) Las limitaciones internacionales a la soberanía por razón del objeto. El desarme y el control de armamento. 202
III.3.B. La incidencia del Derecho internacional privado. 210

IV. EL MERCADO DE DEFENSA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO COMUNITARIO. 213
IV.1. Antecedentes. 213
IV.2. Situación actual. La Cooperación Estructurada Permanente y el Plan de Acción Europeo de Defensa 221
IV.3. Retos de Futuro. 227
IV.4. La necesidad de equilibrio en la cooperación europea. 230
CAPÍTULO TERCERO 235
TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS DE ORGANIZACIÓN DE LA DEFENSA NACIONAL 235
I.1.- Planificación. 235
I.1.A. El proceso de Planeamiento de la Defensa. 235
I.1.B. El Proceso de Obtención de Recursos Materiales 238
I.1.C. Los programas de armamento y material. 242
I.1.D. La Planificación de los Sistemas y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Defensa. 244
I.1.E. La Planificación de la I+D+I. La Estrategia de Tecnología e Innovación para la Defensa (ETID). 246
I.1.E. Planificación de la actividad exterior en materia de defensa. El Plan de Diplomacia de Defensa 249
I.1.F. La Planificación de la contratación. 251
a) Plan anual de contratación del MINISDEF (PACDEF) 251
b) Modelo centralizado de contratación. Plan Anual de Contratación Centralizada del Ministerio de Defensa (PACC) 252
I.2.- Coordinación. 252
I.2.A. Coordinación orgánica. La creación del Ministerio de Defensa 253
a) Antecedentes. 253
b) Creación del Ministerio de Defensa 257
c) Evolución posterior. Hacia una racionalización de las estructuras. 261
I.2.B. Las técnicas de coordinación funcional: las dependencias funcionales. 274
I.2.C. Especial referencia a la Orden de proceder como técnica de coordinación en el ámbito de la contratación administrativa. 275
I.2.D. Otros instrumentos de coordinación de la actividad contractual. 279
a) El Concepto estratégico de la contratación. 280
b) Las estrategias de Contratación. 280
c) La Instrucción del Secretario de Estado de Defensa (SEDEF) sobre contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa (MINISDEF). 280
d) El Grupo de Evaluación de Costes. 281
e) El Programa de Modernización de la Contratación. 281

I.3. Centralización. 281
I.3.A. Atribución de competencias a los órganos del Ministerio de Defensa. 282
I.3.B. Contratación centralizada. 283
I.4. La cooperación. 286
I.4.A. La cooperación nacional. Los convenios de colaboración. 286
a) Convenios con Administraciones y Organismos Públicos. 288
b) Convenios con Universidades. 289
c) Convenios con la industria de defensa. 290
I.4.B. Cooperación internacional. 295
I.5. Las compensaciones industriales. 298
I.6. Los Programas Especiales de Modernización. 306
CAPÍTULO CUARTO. 313
LOS INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS PARA LA ORGANIZACIÓN DE LA DEFENSA NACIONAL 313
I.- Instrumentos de carácter económico. 313
I.1. El presupuesto de defensa. 313
I.2. La improcedencia de acudir al Real Decreto Ley para financiar los Programas Especiales de Modernización. 316
I.3. Fuentes alternativas de financiación: la enajenación de bienes muebles e inmuebles por el Ministerio de Defensa 323
I.4. El indebido recurso al Fondo de Contingencia. 325
I.5. ¿Hacia una ley de financiación de la defensa? 328
II. Los instrumentos de carácter contractual. 332
II.1.- Los contratos administrativos sometidos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. La contratación en el extranjero. 333
II.1.A. La contratación en el extranjero. 334
a) Previsión específica para los contratos de suministro que se celebren con empresas extranjeras: 338
b) Otros supuestos de contratación en el extranjero. 340
II.2 Los contratos administrativos sometidos a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad. 341
II.3.- Los contratos administrativos en los que sean necesario proteger los intereses esenciales de la seguridad. El artículo 346 del TFUE. 345
II.3.A. Requisitos específicos para que pueda invocarse el artículo 346 del TFUE. 349
a) La protección de los intereses esenciales de la seguridad. 349
b) Supuesto de la letra a) del apartado 1: divulgación de información. 354
c) Supuesto de la letra b) del apartado 1: producción o comercio de armas, municiones y material de guerra. 356

a.1. Que los productos a suministrar se encuentren dentro de la lista aprobada por la Decisión 255/58 del Consejo, de 15 de abril de 1958. 357

a.2. Que los productos estén destinados a fines específicamente militares. 359

a.3. Que tenga como objetivo «la protección de los intereses esenciales de su seguridad». 364

II.3.B. Requisitos comunes a todos los supuestos de exclusión de la normativa comunitaria. 364

a) Interpretación estricta. 365

b) Necesidad de prueba. 366

c) Proporcionalidad de la medida. 367

II.3.C. La aplicación del artículo 346 en España. 368

a) La identificación de los intereses esenciales de la seguridad. 368

a.1. La Estrategia de Seguridad Nacional. 369

a.2. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, por el que se determinan las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional 371

b) Los procedimientos contractuales aplicables cuando sea necesario proteger los intereses esenciales de la seguridad. 376

II.4. Contratos entre Gobiernos. 392

II.5. Los Programas cooperativos en los que participen, al menos, dos Estados miembros de la Unión Europea. 395

II.6.- Los memorandos de entendimiento (MOU). 403

II.7.- Contratos adjudicados de conformidad con las normas de una organización internacional. 414

II.7.A. OTAN. 415

II.7.B. La Organización Conjunta de Cooperación en materia de Armamento (OCCAR). . 420

II.8.- Encargos a medios propios. 422

CAPÍTULO QUINTO 427

LOS ESPECIALES PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE DEFENSA 427

I. LOS principios generales de la contratación administrativa. 428

II.- Los principios específicos de la contratación administrativa en materia de defensa. 435

II.1. Principio de soberanía. 435

II.1.A. Principio de ventaja operacional. 436

II.1.B. Principio de libertad de acción. 440

II.1.C. Principio de autonomía estratégica. 445

II.1.D. Principio de disuasión. 448

II.1.E. Principio de realidad. 451

II.2.- Principio de necesidad. 452
II. 3. Principio de seguridad del suministro. 462
II.4. Principio de seguridad de la información. 465
II.5. Principio de cooperación. 475
II.6. Principio de control reforzado. 477
CAPÍTULO SEXTO 481
EL CONTRATO GOBIERNO A GOBIERNO COMO SUPUESTO ESPECIAL DERIVADO DE LAS NECESIDADES ESPECÍFICAS DE CONTRATACIÓN EN MATERIA DE DEFENSA 481
I.- Antecedentes históricos y legislativos de un tipo contractual. 481
I.1. Antecedentes en España. 481
I.2. Las razones de la introducción del nuevo tipo contractual: la importancia del apoyo a la internacionalización de la industria de defensa. 483
II- El contrato Gobierno a Gobierno en los Estados constitucionales de Derecho y en los Estados miembros de la Unión Europea. Especial referencia al FMS americano. 486
II.1. Estados Unidos: Sistema FMS. 486
II.1.A Finalidad. 487
II.1.B. Contenido. 490
II.1.C. Proceso de gestión. 493
II.1.D. Offsets. 497
II.2. Otros países. Especial referencia a Francia y Suecia. 497
II.2.A. Francia. 498
II.2.B. Suecia. 500
III.- Naturaleza jurídica del contrato Gobierno a Gobierno. 501
III.1. El acuerdo comercial internacional o contrato internacional. 502
III.2. El contrato de mandato 504
IV.- Régimen Jurídico. 509
IV.1. Aplicación de la Normativa de Contratación Pública y Contrato Gobierno a Gobierno. 510
IV.1.A. El contrato Gobierno a Gobierno. La interpretación de las Comisión Europea sobre la exclusión del 13 f de la Directiva 2009/81/CE. 510
a) Criterios de la Comisión. 513
b) Procedimiento. 513
IV.1.B. El contrato a suscribir entre el Ministerio de Defensa y la Industria española de Defensa 515
V.- Elementos del contrato Gobierno a Gobierno. 517
V.1.- Elementos personales. 517
V.2.- Elementos reales 518

V.3.- Elementos formales. 519
VI.- Contenido. 520
VI.1. Relación Horizontal: El Contrato entre Gobiernos. 520
VI.1.A. Principio de «sin coste ni beneficio». 520
a) Cuenta de situación de fondos destinada a financiar la adquisición de material de defensa por un Gobierno extranjero. 521
a.1. Apertura de la cuenta de situación de fondos. 522
a.2. Administración de la cuenta de situación de fondos. 523
b) Existencia previa de fondos como condición para la ejecución del contrato Gobierno a Gobierno. 524
c) Reembolso de los costes con cargo a la cuenta de situación de fondos. 525
d) Régimen de garantías. 526
VI.1.B. Especialidades derivadas el mandato representativo. 527
a) No integración de los bienes suministrados en el Patrimonio de las Administraciones Públicas. 527
b) No consideración del Ministerio de Defensa como exportador. 527
c) Exigencia del control económico financiero. 528
VI.1.C. Actuaciones preparatorias del contrato Gobierno a Gobierno. 529
VI.1.D. Contenido. 529
VI.1.E. Extinción del contrato entre Gobiernos. 531
VI.2. Relación Vertical: El Contrato entre el Ministerio de Defensa y la Industria de Defensa. 532
VI.2.A. Especialidades de su régimen jurídico. 532
VI.2.B. Tramitación del expediente de contratación. 532
VI.2.C. Garantías financieras. 533
VI.2.D. Imposición de penalidades por demora del contratista. 534
VI.2.E. Especial referencia al régimen de responsabilidades. 534
VII. PROPUESTAS DE MEJORA 537
VII.1. Potenciación del carácter estratégico de la contratación entre Gobiernos, configurándolos como una cuestión de Estado y una vía para establecer relaciones duraderas de cooperación con otros países. 538
VII.2. Simplificación del régimen jurídico aplicable al contrato Gobierno a Gobierno, dotándolo de una mayor flexibilidad que permita adaptarse a las circunstancias del caso concreto. 539
VII.3.Revisión del régimen de responsabilidad previsto para el contrato Gobierno a Gobierno. 540
CONCLUSIONES 541
BIBLIOGRAFÍA 567

RESUMEN

La presente tesis doctoral, que lleva por título «Análisis y perspectivas de la contratación administrativa en el sector de la defensa: el contrato Gobierno a Gobierno», tiene por finalidad realizar un estudio detallado de la actividad contractual que desarrollan los Estados en el ámbito de la defensa, partiendo de la premisa de que la defensa nacional es un fin constitucional del Estado, dirigida a garantizar su propia supervivencia, al cual deben supeditarse los distintos instrumentos jurídicos puestos a su servicio. De este modo, se procede a un análisis de la configuración de la defensa nacional en la Constitución española, de una manera amplia y no limitada a su instrumento fundamental, las Fuerzas Armadas, destacando su conceptuación como una competencia exclusiva del Estado, su carácter transversal en cuanto implica a todos los poderes públicos y a los ciudadanos, así como su capacidad limitadora de los derechos e intereses, públicos y privados, incluidos los derechos fundamentales y libertades públicas.

Asimismo, se analizan las características específicas del mercado en el que se intercambian los bienes y servicios destinados a satisfacer las necesidades esenciales de la defensa nacional, atendiendo a las singularidades de los sujetos que contratan, los Estados, bien directamente o a través de la cooperación en Organizaciones Internacionales de Seguridad y Defensa; de los sujetos que los producen, integrados en la denominada industria de defensa, con un alto valor estratégico y tecnológico; y de los objetos de comercio, constituido principalmente por sistemas de armas, plataformas y derechos de propiedad intelectual e industrial. Todo ello con el objeto de demostrar que el mercado de defensa es un mercado sometido a reglas especiales, derivadas, entre otras circunstancias, de la concurrencia de los distintos ordenamientos jurídicos aplicables.

Del mismo modo, teniendo en cuenta la multiplicidad de factores, políticos, estratégicos, militares, económicos y jurídicos que se entrelazan en la defensa nacional, se procede a un análisis riguroso de las distintas técnicas administrativas empleadas en España y que permiten su adecuada interrelación, tanto a nivel nacional como internacional, y de los instrumentos jurídico-administrativos puestos a disposición del Estado, atendiendo especialmente al estudio del presupuesto de defensa y de los diferentes instrumentos contractuales, realizando un análisis global, sistemático y crítico de los mismos, incluida la novedosa figura del contrato «Gobierno a Gobierno», con el objeto posterior de identificar los principios específicos que rigen en el ámbito de la contratación

administrativa en materia de defensa y determinar los supuestos de prevalencia de dichos principios específicos de la defensa nacional frente a los generales de la contratación administrativa.

En este sentido, aun siendo el elemento central de estudio en la presente tesis una cuestión administrativa, es necesario partir de una premisa de naturaleza constitucional, y cuyo adecuada valoración requiere una visión completa en la que se entremezclan, además de aspectos constitucionales y administrativos, cuestiones de naturaleza internacional, económica, presupuestaria o militar, pretendiéndose dar un enfoque multidisciplinar que permita encuadrar adecuadamente el ámbito en el que se desenvuelve la contratación de los bienes y servicios esenciales para atender a los fines de defensa del Estado, y en el que se ha acudido a diversas fuentes de información dada la escasez de trabajos especializados en la materia, por lo que se ha atendido, además de a la doctrina, normativa y jurisprudencia existentes, a revistas especializadas y otras publicaciones oficiales e, incluso, a noticias de los medios de comunicación y otros datos de organismos públicos y entidades privadas obrantes en internet, así como a consultas con representantes del sector.

De este modo, el estudio realizado permite concluir determinando la prevalencia de la defensa nacional y la supeditación a sus fines de los instrumentos de los que dispone el Estado para garantizar su eficacia, de modo que la contratación en materia de defensa es un mero instrumento al servicio de la defensa nacional, y siempre que se trate de capacidades esenciales, deben primar los principios de soberanía y de necesidad, permitiendo la adjudicación de los contratos a la industria nacional, con la finalidad de mantener e, incluso, incrementar sus capacidades.

ABSTRACT

The purpose of this doctoral thesis, entitled "Analysis and perspectives of administrative contracting in the defence sector: the Government to Government contract", is to carry out a detailed study of the contractual activity developed by States in the field of defence, starting from the premise that national defence is a constitutional aim of the State, aimed at guaranteeing its own survival, to which the different legal instruments placed at its service must be subordinated. In this way, an analysis is made of the configuration of national defence in the Spanish Constitution, in a broad manner and not limited to its fundamental instrument, the Armed Forces, highlighting its concept as an exclusive competence of the State, its transversal nature in that it involves all public powers and citizens, as well as its capacity to limit public and private rights and interests, including fundamental rights and public liberties.

It also analyses the specific characteristics of the market in which goods and services destined to satisfy the essential needs of national defence are exchanged, taking into account the singularities of the subjects that contract, the States, either directly or through cooperation in International Security and Defence Organisations; of the subjects that produce them, integrated in the so-called defence industry, with a high strategic and technological value; and of the objects of trade, consisting mainly of weapons systems, platforms and intellectual and industrial property rights. The purpose of all this is to demonstrate that the defence market is a market subject to special rules, derived, among other circumstances, from the concurrence of the different applicable legal systems.

Likewise, taking into account the multiplicity of political, strategic, military, economic and legal factors that are intertwined in national defence, a rigorous analysis is made of the different administrative techniques used in Spain and which allow for their appropriate interrelation, both at national and international level, and of the legal-administrative instruments made available to the State, paying special attention to the study of the defence budget and the different contractual instruments, carrying out a global, systematic and critical analysis of these, including the novel figure of the "Government to Government" contract, with the subsequent aim of identifying the specific principles that govern in the field of administrative contracting in defence matters and determining the cases of prevalence of these specific principles of national defence over the general principles of administrative contracting.

Thus, although the central element of study in this thesis is an administrative issue, it is necessary to start from a premise of a constitutional nature, and whose proper assessment requires a complete vision in which, in addition to constitutional and administrative aspects, questions of an international, economic, budgetary or military nature are intermingled, with the aim of providing a multidisciplinary approach that allows the area in which the contracting of essential goods and services to meet the State's defence purposes is carried out to be properly framed, In addition to the existing doctrine, regulations and jurisprudence, the study has been based on specialised journals and other official publications, as well as on media reports and other data from public bodies and private entities available on the Internet, and on consultations with representatives of the sector.

In this way, the study carried out allows us to conclude by determining the prevalence of national defence and the subordination to its ends of the instruments available to the State to guarantee its effectiveness, so that defence procurement is a mere instrument at the service of national defence, and whenever essential capabilities are involved, the principles of sovereignty and necessity must prevail, allowing the awarding of contracts to national industry, with the aim of maintaining and even increasing its capabilities.

INTRODUCCIÓN

La realización del presente trabajo de investigación surge como consecuencia de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, en el año 2012[1], de una figura contractual específica en el ámbito de la defensa, el denominado contrato «Gobierno a Gobierno». Dicha figura, de frecuente uso en los países de nuestro entorno y cuya regulación había sido muy demandada tanto por los Gobiernos extranjeros, las empresas del sector, así como por el propio Ministerio de Defensa, no ha dado los frutos que cabía esperar de la misma, no habiéndose suscrito contrato alguno.

Por ello, y con la finalidad de identificar las posibles causas de la falta de empleo de dicho instrumento contractual, el presente estudio procede al análisis exhaustivo de las principales peculiaridades que caracterizan la contratación administrativa en el sector de la defensa.

Para ello, se parte de la premisa de que la defensa nacional es un fin constitucional del Estado, dirigida a garantizar su propia supervivencia, al cual deben supeditarse los distintos instrumentos jurídicos puestos a su servicio, analizando, a partir de la misma, su conceptualización en la Constitución española de 1978 y su configuración como una actividad transversal; las especialidades del mercado en el que se produce el intercambio de bienes y servicios relacionados con la defensa; las técnicas administrativas y los instrumentos administrativos específicos de este sector de actividad pública; los principios propios de la contratación administrativa en materia de defensa, para terminar con el análisis del régimen legal del contrato «Gobierno a Gobierno» y unas propuestas de mejora en su régimen jurídico.

1. La defensa nacional como actividad pública del Estado constitucional.

Es muy frecuente, entre los pocos autores que analizan el concepto de defensa nacional[2], destacar la característica esencial de la misma en cuanto función primaria del

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

[2] Un estudio detallado sobre el concepto de defensa nacional lo encontramos en BALLESTEROS MARTÍN, M.A., *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2016, en particular en las páginas 52 a 57.

El General Ballesteros, que durante años ocupó la dirección del prestigioso Instituto Español de Estudios Estratégicos y actualmente es Director del Departamento de Seguridad Nacional, destaca cómo el concepto de defensa se empieza a usar tras la aprobación de la Carta de las Naciones Unidad prohibiendo

Estado, que pretende la salvaguardia última del mismo[3]. En este sentido, se ha definido la defensa nacional como la actividad pública dirigida a la conservación del Estado y que comprende tanto la conservación del territorio y la protección de la población respecto de agresiones exteriores como, en el ámbito interno, la conservación del propio ordenamiento jurídico[4].

No obstante la trascendencia de dicha misión, son escasos los estudios que se centran en al análisis del concepto de defensa nacional, que suelen dirigirse a analizar la configuración, funciones y límites de actuación de las Fuerzas Armadas, hasta el punto de confundirse a las mismas, en cuanto organización instrumental al servicio de la defensa, con dicha actividad esencial del Estado. Esa misma confusión resulta en nuestro texto constitucional en el que, si bien destaca su importancia al referirse de forma expresa a la defensa en cinco ocasiones (artículos 8, 30, 97, 105.b) y 149.1.4), sin embargo, recoge su finalidad al referirse, en el artículo 8, a la misión de las Fuerzas Armadas. Asimismo, la legislación positiva carece en el momento actual de una definición de la defensa nacional ya que, a diferencia de lo que ocurría con su predecesora, la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y

las guerras, de modo que el concepto de «defensa» entendido como actividad global de protección, surge con la expansión del constitucionalismo democrático en Europa. Aproximándose al concepto, destaca el General Ballesteros cómo, además de la defensa nacional de la que no hay una definición única, está la «defensa civil» que es el conjunto de disposiciones adoptadas como complemento de la defensa militar para organizar la protección y la voluntad de resistencia de la población de los efectos de una agresión; la «defensa pasiva» que es el conjunto de medidas y acciones que tienen por finalidad reducir los efectos de los daños causados por la acción del adversario, sin intención de tomar la iniciativa; la «defensa colectiva» que es una forma de defensa establecida entre naciones, como sistema de asistencia recíproca frente a peligros y amenazas compartidos y en la «defensa común» que es la que establece una organización internacional o un conjunto de países para proteger sus intereses nacionales, comunes o no, mediante una organización militar única que actúa bajo una entidad política común. Respecto de las principales definiciones de la defensa nacional, recoge la de Quero Rodiles, que la define como *«Una actitud general de la nación, resuelta y decidida a llevar adelante su proyecto colectivo en el marco del orden internacional vigente, efectuando para ello cuantas acciones ofensivas y defensivas resulten imprescindibles -incluidas las correspondientes a la legítima victoria sobre el agresor- y renunciando expresamente a toda iniciativa avasalladora o de uso injustificado de la fuerza»* (QUERO RODILES, F., *Introducción a la teoría de la Seguridad Nacional*. Ediciones Ejército, Madrid, 1989, pg.30) y la de García Arias, que la define como *«una lucha contra todo lo que amenace desde el exterior o el interior, abiertamente o de manera latente, el espíritu o el alma de la nación»* (GARCÍA ARIAS, L., *La guerra moderna y la organización internacional*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pg. 342.). Y concluye proponiendo su propia definición: *«El diseño, desarrollo y ejecución de todas las acciones y fuerzas morales y materiales para oponerse a los peligros y amenazas que se plantean contra los intereses nacionales".*

[3] Como recuerda CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, EDARSA, Madrid, 1986, pg. 98: la defensa nacional responde a una «necesidad primaria y vital de la comunidad», tal y como resulta de las misiones que el artículo 8 de nuestra Constitución atribuye a las Fuerzas Armadas.

[4] BLANCO VALDES, ROBERTO L., *La ordenación constitucional de la defensa,* Tecnos, Madrid, 1988, p. 17.

la organización militar[5], la vigente Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional no incluye una definición de la misma, habiendo optado por recoger la finalidad de la política de defensa en su artículo 2 y en cuyo marco, las Fuerzas Armadas, integradas en el Ministerio de Defensa (artículo 9.2) son el elemento esencial de la defensa (artículo 10.1). Del mismo modo, la más reciente Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, que incluye como primero de sus componentes fundamentales la Defensa Nacional (artículo 9), tampoco procede a dar una definición.

En el presente trabajo, aun cuando el mismo se centra en la actividad contractual en el sector de la defensa, se pretende analizar el concepto de defensa nacional y su configuración como un fin esencial dirigido a garantizar la supervivencia del Estado social y democrático de Derecho que la Constitución proclama en su artículo 1, partiendo de los precedentes históricos y desligando dicho concepto de las funciones específicas que corresponden a las Fuerzas Armadas, teniendo en cuenta que, en el devenir histórico de la configuración del propio Estado y la necesidad de limitar el poder político, el centro del debate se ha establecido en las limitaciones a imponer a la actuación de la fuerza armada, olvidando la trascendencia que corresponde a esa función esencial y sin la cual el Estado no podría existir. Y es que, como recuerda HERRERO DE MIÑÓN, «si el Estado no es tal, no puede ser calificado por ningún adjetivo. No será, sin ser previamente Estado, ni de derecho, ni democrático, ni de bienestar»[6].

Por tanto, el eje vertebrador de la presente tesis gira sobre la importancia de la defensa en cuanto tal, partiendo de que la misma está ligada a los propios instintos biológicos del ser humano, el instinto de supervivencia, dirigido a garantizar la subsistencia de la especie[7], debiendo tenerse en cuenta que, a nivel individual, la legítima defensa, en cuanto destinada a garantizar la propia supervivencia, se configura incluso

[5] Cuyo artículo segundo disponía que «La defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución»

[6] HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., «Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas», en *Revista de Derecho Político de la UNED,* nº43, 1998, pg. 11-27.

[7] CALDUCH CERVERA, R., «Cultura de Defensa», en ARGUMOSA PILA, J.R. (Ed.) *Defensa: Estado y Sociedad. EL caso de España*, Instituto Europeo de Estudios Internacionales, Salamanca-Stockholm, 2018, pág.136: «la defensa es la conducta humana primaria destinada a garantizar la supervivencia y los intereses considerados básicos por las personas y las colectividades, en circunstancias de amenaza directa o ataque a su integridad física y/o emocional».

como una circunstancia eximente de la responsabilidad penal y que, del mismo modo, desde antiguo se destacara la importancia de la defensa colectiva[8].

Asimismo, se ha tenido muy presente como el concepto de defensa nacional, tal y como hoy lo entendemos, en cuanto garante del propio Estado, surge precisamente con la consolidación del Estado moderno, cuyo origen se encuentra estrechamente vinculado a la aparición de los ejércitos permanentes y al reforzamiento del poder del monarca frente a los señores feudales[9], siendo MAQUIAVELO el que acuñaría el propio vocablo en sus primeras líneas del Príncipe, y que se divulgaría poco a poco por Europa durante los siglos XVI, XVII y XVIII.

[8] SUN TZU E*l arte de la guerra*, Editorial EDAF, Madrid 7ª edición, marzo 2005, pág.31: «La milicia es de gran importancia para el estado. Es la base de la vida y de la muerte, El Tao de la supervivencia o de la extinción. Es indispensable examinarlo».
En este sentido, PERICLES, en su *Elogio fúnebre* incluía el deber de defensa como una de las obligaciones de cualquier ciudadano libre de Atenas: «Así pues, estos, considerando justo no ser privados de esta ciudad, lucharon y murieron noblemente, y es natural que cualquiera de los supervivientes quiera esforzarse en su defensa. Consideraron más deseable el castigo a los enemigos, y estimando además que éste era el más bello de los riesgos decidieron con él vengar a los enemigos, optando por los peligros, confiando a la esperanza lo incierto de su éxito, estimando digno tener confianza en sí mismos de hecho ante lo que ya tenían ante su vista. Y en ese momento consideraron en más el defenderse y sufrir, que ceder y salvarse; y aguantaron el peligro de la acción al precio de sus vidas, y en breve instante de su Fortuna, en el esplendor mismo de su fama más que de su miedo, fenecieron». Citado por MORET MILLAS, V., «Los deberes constitucionales en el ordenamiento jurídico español: el inestable binomio derechos-responsabilidades», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, Nº. 30, 2018, pág. 244.
Y PLATÓN en su *República* (373.d), partiendo de la concepción del hombre como un ser social que se asocia con otros para satisfacer sus necesidades y atender a su propia subsistencia defiende la existencia de tres clases sociales, entre las que incluye a los guerreros (junto con los filósofos y los artesanos), destacando la necesidad de defenderse al indicar que «además será preciso, querido amigo, hacer la ciudad todavía mayor, pero no un poco mayor, sino tal que pueda dar cabida a todo un ejército capaz de salir a campaña para combatir contra los invasores en defensa de cuanto posee y de aquellos a que hace poco nos referíamos»

[9] LÓPEZ HENARES, V., «La Administración militar», *Revista Española de Derecho Militar*, nº19, enero-junio, 1965, pág. 71-78: «El nacimiento de las Fuerzas Armadas permanentes, de forma lógica, habría de coincidir en las postrimerías del siglo XIV con la aparición del concepto de Soberanía como elemento integrante del Estado, al liquidar éste las luchas seculares contra los poderes supraestatales del Papado y el Imperio y los polos de poder infraestatal detentados por la nobleza feudal. Éste es el motivo y explicación de cómo la milicia organizada permanentemente coincide en su origen y nacimiento con la idea del Estado moderno, siendo aquélla el instrumento que asegura el carácter soberano de la institución Estado al impedir, en la esfera interna la aparición de cualquier otro grupo social que disminuya la irresistibilidad de su fuerza, o la existencia de focos de poder externo que detenten una reprensibilidad sobre sus decisiones, haciendo desaparecer su independencia».
Como recuerda BLANQUER CRIADO, D.V., *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Civitas, Madrid, 1996, pág.22: «El Estado moderno, como forma histórica concreta de organización política, tiene su origen en torno al siglo XIII como un estadio en la evolución de las monarquías nacionales europeas, en el que concurren unas notas características claramente discordantes con las típicas de la estructura política feudal. El Estado nace como un instrumento a través del cual el monarca refuerza su monopolio del poder mediante el desarrollo de operaciones bélicas»

El estudio de las distintas teorías formuladas respecto a la naturaleza y configuración del Estado en cuanto concreta forma de organización política de la población sobre un territorio, que surge en el ámbito europeo y da origen a la Edad Moderna y se desarrolla posteriormente y que, en todo caso, se encuentran vinculadas a las circunstancias existentes en el concreto momento histórico en el que fueron formuladas excedería del ámbito del presente trabajo de investigación. No obstante, lo que sí se ha tenido en especial consideración, atendiendo a la tradicional configuración del Estado por la triple concurrencia del territorio, la población y la soberanía[10], es a la estrecha vinculación que existe entre el último de estos elementos y la defensa nacional[11], que se configura como parte esencial y constitutiva de ese poder político "absoluto y perpetuo", en la terminología propia empleada por BODINO[12] siendo la garantía de la seguridad uno de los fines esenciales del Estado, tal y como recuerda JELLINEK[13]:

> «Como actividad que corresponde exclusivamente al Estado, hay que considerar la protección de la comunidad y sus miembros, y por consiguiente, la defensa del territorio contra todo ataque exterior. Esta actividad y el fin que la va anejo, jamás

[10] PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 95: «Territorio como espacio geográfico, Pueblo constituido en Nación como elemento personal y organización jurídica y soberana, manifestada en forma de poder, constituyen los pilares en que se asienta el Estado, institución soberana llamada hoy a asegurar el Derecho y la Cultura en una Nación». Y añade en la pg. 119: «Los elementos territorial y personal no bastan para que exista un Estado, pues se requiere además que haya un *poder* que sea vínculo ordenador de los habitantes y organizador de la vida en común dentro del espacio físico acotados. Es tan esencial y característico este elemento que aun los mismos Autores y doctrinas que discuten si el territorio y la población han de considerarse indispensables, admiten sin dificultad que el poder resulta imprescindible».

[11] COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas,* INAP, Madrid, 2002, pág. 245: «Declarar la guerra eran facultades inherentes a la soberanía, tal y como Bodino y Hobbes habían constatado.

En concreto en el Libro primero Capítulo X Bodino señalaría que "dado que el vocablo *ley* es demasiado general, lo más convenientes será especificar los derechos de la soberanía, comprendidos, como he dicho, bajo la ley del soberano. Tal, declarar la guerra o negociar la paz, uno de los aspectos más importantes de la majestad, ya que, muy frecuentemente, acarrea la ruina o la seguridad del estado". (HOBBES, Thomas, "Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil", cit. En su Parte segunda, Capítulo XVIII, "De los derechos de los soberanos por institución", págs. 147-155, en concreto, págs. 152-153:

"Es inherente a la soberanía el derecho de hacer guerra y paz con otras naciones y Estados; es decir, de juzgar cuándo es para bien público y qué cantidad de fuerzas deben ser reunidas, armadas y pagadas para ese fin, y cuánto dinero se ha de recaudar de los súbditos para sufragar los gastos consiguientes. Porque el poder mediante el cual tiene que ser defendido el pueblo consiste en sus Ejércitos, y la potencialidad de un Ejército radica en la unión de sus fuerzas bajo un mando que a su vez compete al soberano instituido, porque el mando de las *militia* sino otra institución hace soberano a quien lo detenta. Y, por consiguiente, aunque alguien sea designado general de un Ejército, quien tiene el poder soberano es siempre generalísimo"».

[12] BODINO, *Los seis libros de la República*

[13] JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, traducción de Fernando de los Ríos, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981, pág. 190.

han faltado al Estado, incluso en aquel que sólo tiene una forma rudimentaria. El alejar los peligros exteriores comunes, ha sido en todos los tiempos el motivo más poderoso para formar asociaciones fuertes».

La relevancia de dicha afirmación alcanza hasta el punto de que la defensa del Estado, la garantía de su subsistencia, puede implicar la necesidad de desconocer el derecho positivo generalmente aplicable. Este principio ya se aplicó en el Derecho Romano, siguiendo el principio establecido por CICERÓN en su obra *De legibus* (3,8), *Salus populi suprema lex esto*[14], permitiendo, de este modo, que en determinadas circunstancias excepcionales no se aplique el ordenamiento jurídico general. Este principio fue recogido por los teóricos absolutistas, defendiendo MAQUIAVELO, sobre la base de la razón de Estado, su máxima de que *el fin justifica los medios*[15], y al afirmar la supremacía del poder real y la prevalencia de la razón de Estado reconoce un papel

[14] DOMINGO, R. y RODRIGUEZ-ANTOLÍN, B., *Reglas Jurídicas y Aforismos,* Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 122: , «Que la salvación del pueblo sea ley suprema. El *imperium militar* de los dos cónsules romanos, a los que se refiere Cicerón en esta famosa frase, no estaba sometido a leyes civiles».

[15] MAQUIAVELO, N., *Discursos sobre la primera década de Tito Livio,* Libro Tercero, Cap.41 (Ana Martínez Arancón, trad.) Alianza Editorial, Madrid, 1978, págs. 410-411: «en las deliberaciones en que está en juego la salvación de la patria, no se debe guardar ninguna consideración a lo justo o lo injusto, lo piadoso o lo cruel, lo laudable o lo vergonzoso, sino que, dejando de cualquier otro respeto, se ha de seguir aquel camino que salve la vida de la patria y obtenga su libertad» En este mismo sentido, ROUSSEAU, J.J. Contrato Social, cit. Pág.165, defendía que para que el Estado no perezca debe dejarse dormir las leyes que por su naturaleza son lentas y pueden convertirse en un obstáculo a la conservación del Estado. Y HEGEL se pronunció en idéntica dirección en su Filosofía del Derecho, tal y como recuerda ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho público,* CIVITAS, Madrid, 1996, pág. 35: «El estado crea el Derecho; se somete así mismo por interés; en consecuencia, no estará ya sometido a él cuando su interés es en sentido contrario. El Derecho no es, en efecto, más que un medio para alcanzar un fin, la salvaguarda de la sociedad entonces no hay ya Derecho cuando la regla jurídica no puede conducir a este fin; el Estado sacrifica este Derecho a la sociedad». También pueden citarse TRENTIN, *Les transformations récentes du droit public italien,* Giard, París, 1929, pág. 46: «Tanto en el caso del Estado como de los individuos, la conservación de su propia existencia debe ser considerado como el primer fin cuya realización puede excusar toda transgresión de la norma jurídica. Eso deriva de la naturaleza misma del Estado que, por el hecho mismo de constituirse sobre la unificación de la vida colectiva, afirma su derecho superior a la existencia en cuanto institución» y PISTONE, Sergio, voz "Razón de Estado" en BOBBIO, N., MATTEUCCI N., y PASQUINO G. (Dir.), *Diccionario de Política*, Siglo XXI editores, Madrid, 1991, pág. 1340: «la seguridad del Estado es una exigencia de tal importancia que los regidores de los Estados se ven constreñidos, para garantizarla, a violar las normas jurídicas, morales, políticas, económicas, que consideran a su vez imperativas cuando tales exigencias no están en peligro». Entre los autores patrios, destaca PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político,* op. cit., pág. 192: «No conviene, por último, olvidar que si bien la función del Estado es esencialmente jurídica, la comunidad necesita a veces defenderse incluso con fórmulas no jurídicas, salvando su vida, en aras a intereses fundamentales, mediante simple poder, caso en que la justificación del Estado cae fuera del valor justicia a que el Derecho se contrae, y entra en el orden de la legitimación política, única posible es esa ocasiones (Smend), si no se ha de renunciar a la propia existencia, con lo que desaparecerían, de consuno, la misión jurídica y los demás fines que, con responsabilidad histórica tremenda, incumben a la comunidad estatal».

primordial a los ejércitos nacionales y a la preparación para la guerra[16], lo que a partir de las teorías de BODINO y HOBBES[17] dará lugar al reconocimiento de un poder discrecional e ilimitado de los Estados, fundado en su soberanía[18]. Por ello, la característica principal de los autores posteriores[19] fue la de ir estableciendo límites a dicho poder monárquico y a la actuación de la fuerza armada lo que desembocaría en el advenimiento del Estado liberal, basado en el reconocimiento de los derechos y libertades del hombre y la división de poderes, siendo la ley, en cuanto expresión de la voluntad general de la nación, la que actuaría como límite, lo cual tendría, a su vez, notoria influencia en el poder militar[20].

---

[16] MAQUIAVELO, N., *El Príncipe*, traducción Eli LEONETTI JUNGL, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, página 91 (Capítulo XII, «Quot sint genera militiae et de mercenariis militibus»): «Los fundamentos principales de todos los estados, ya sean éstos nuevos, viejos o mixtos, son las buenas leyes y los buenos ejércitos; puesto que no puede haber buenas leyes donde no hay buenos ejércitos, y donde hay buenos ejércitos conviene que haya buenas leyes, pasaré por alto las leyes y hablaré de los ejércitos».

[17] COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional op. cit*, pág. 173: «La más completa justificación del poder como garante de la paz y la seguridad vendría de la mano de Hobbes…» y pg. 174: «Una vez más, la concepción más individual y negativa de la naturaleza humana ("el hombre es un lobo para el hombre") sería la causa de la existencia del poder político[…]»

[18]

[19] Un elemento esencial de todas estas teorías sería el de tratar de justificar, desde diversos postulados y en ocasiones incompletos, la legitimidad del poder, tal y como recuerda CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 33: «Si el Derecho fuese mero conjunto de reglas de conducta impuestas y el Estado tan sólo organización, no habría posibilidad de distinguirlos de los mandatos de la fuerza y de la asociación de bandidos. El Derecho necesita algo que legitime su organización, sus mandatos y sus sanciones. La necesidad social de justificar al Derecho positivo es indudable: las obligaciones impuestas por la ley, que culminan en la de matar a otros hombres y sacrificar la propia vida, hacen necesario buscarles un apoyo en valores superiores al de la vida individual. Todos los partidos y todas las escuelas han tratado, de modo más o menos claro, de justificar su organización preferida, señalando su para qué, defendiendo su fin último.

Se ha dicho que Derecho es lo que el príncipe quiere, lo que quiere el pueblo o la mayoría del pueblo (como espíritu del pueblo, voluntad de la Nación o voluntad general manifestada por la tradición o por el sufragio), que tienen por fin garantizar la libertad, el mantenimiento de posiciones privilegiadas de clase, de organizaciones económicas, de razas o de pueblos. Ante todas estas afirmaciones cabe preguntar ¿por qué llama a eso Derecho, por qué no denominarle, con sinceridad, arbitrio o fuerza? […]»

Por consiguiente, siguiendo a LOEWENSTEIN, siendo la política ante todo la lucha por el poder («struggle for power»), y la soberanía la racionalización jurídica del factor de poder siendo éste el elemento irracional de la política, la esencia del poder reside en su ejercicio limitado ya que un poder absoluto (tiranía, autocracia) traiciona el telos ideológico de la libertad. De este modo, el control político es cuestión central, según Loewenstein, en todos los valores e ideologías políticos. El proceso político tiene, pues, un desarrollo que culmina en el control que del poder se realice en el transcurso de dicho proceso, ya que «lo que caracteriza a un sistema político y le permite diferenciarse de otro es precisamente la existencia o ausencia de controles, su estabilidad y eficacia, su ámbito e intensidad». En este sentido, véase GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., "La idea de constitución en Karl Loewenstein", *Revista de estudios políticos*, Nº 139, 1965, págs. 73-98.

[20] COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional…* op. cit. pág.184 y 185: «El Estado liberal fue, desde la perspectiva militar, el origen de los principios rectores que ubican al poder militar en un Estado democrático. El pensamiento liberal sería pacifista. En el marco interior la fuerza militar, tan unida al poder regio, sería considerada como enemiga natural de la libertad, se entiende que los Ejércitos permanentes son una amenaza para la paz y para el gobierno constitucional. […] Surgiría la proclamación

Partiendo de dicho planteamiento, se hace necesario reconocer, igualmente, la necesidad de establecer límites al ejercicio de dicho poder, esenciales en el marco de un Estado constitucional. Como recuerda el profesor FERNÁNDEZ-MIRANDA, siendo el Estado, por hipótesis, dominación, el mismo está vinculado negativa y positivamente a la Constitución[21]. Precisamente, la necesidad de identificar y establecer límites deriva de la propia experiencia histórica[22], ya que la realidad ha demostrado cómo bajo el pretexto de

de toda una serie de técnicas jurídico-políticas de limitación tanto del poder del rey cuanto de la existencia, configuración y empleo de la fuerza de las armas.[…] Tras un lento periodo de diferenciación de la concepción del Estado de la propia figura del rey, se entendió que la mejor forma de que el Estado garantice la libertad era mediante la división de poderes[…] Sería desde el poder legislativo controlado por la burguesía el lugar político desde donde controlar la fuerza de las armas, conformando su existencia y empleo. En este sentido se irían asentando toda una serie de principios, a saber: sumisión del Ejército a la ley y, en concreto, a la regulación de la fuerza militar, determinación de su alcance y permisión de su permanencia, fiscalización de su empleo. Asimismo, se advirtió el peligro que suponía que la fuerza militar ejerciese las misiones interiores de mantenimiento del orden público, por lo cual cabía discernir la fuerza militar de la fuerza policial […]».

Paralelamente, en ese momento se inicia un periodo que pretende excluir la guerra como medio de intervención en las relaciones internacionales, tal y como expresamente reconoció la Constitución francesa de 1791, en su Título VI, al afirmar que «La nación francesa renuncia a emprender ninguna guerra de conquista y no empleará jamás sus fuerzas contra la libertad de ningún pueblo». De este modo, se contribuye además al fomento del comercio y al desarrollo del capitalismo, y a partir de este momento la necesidad de gastar en defensa proviene de la importancia de generar efectos disuasorios como mecanismo de prevención de posibles conflictos que reducirían el nivel de renta y bienestar de los países, y de ahí que, tal y como nos recuerda FONFRÍA, ADAM SMITH en la «Riqueza de las Naciones» partiera de que la defensa es de mayor importancia que la opulencia, ya que la disuasión es la mejor forma de mantener relaciones pacíficas entre las naciones bajo un sistema de libre comercio[20]. FONFRíA MESA, A., "Industria de Defensa" en ARGUMOSA PILA, J. R. (Ed.) Defensa: Estado y Sociedad. EL caso de España. Instituto Europeo de Estudios Internacionales, Salamanca-Stockholm, 2018, p.248.

[21] FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. «El Estado Social», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 69, septiembre-diciembre 2003, pág.157: «En otros términos, se puede afirmar que en todos los actos del Estado hay una vinculación, no sólo negativa sino positiva, a la totalidad del ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución; que el Estado sólo está habilitado para aquello que, de forma expresa o implícita, le autoriza el ordenamiento jurídico».

[22] En este punto, interesa ya destacar las posturas defendidas por SANTO TOMÁS DE AQUINO, partiendo del pensamiento de Aristóteles y de Agustín de Hipona sobre la *guerra justa,* (*TOMAS DE AQUINO, Suma de Teología, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990, págs. 337 y 338)*. Dicha teoría tuvo notoria influencia en los teólogos-juristas españoles de la Segunda escolástica, especialmente en Francisco de Vitoria: VITORIA, F., *Relecciones sobre los indios y derecho de la Guerra*, Espasa Libros, Madrid, 2011, pág. 131: «Todas aquellas cosas que son necesarias para el gobierno y la conservación del mundo, pertenecen al derecho natural. Y no se requiere otra cosa para probarlo que el considerar que la república tiene, por derecho natural, autoridad para imponer suplicios y penas a los ciudadanos que le sean perniciosos. Y, si la república puede hacer esto con sus súbditos, no hay duda que el orbe podrá también hacerlo con los hombres perniciosos y malvados, y esto ha de ejecutarlo por medio de los príncipes». Asimismo, a partir de la obra de HUGO GROCIO*"De iure belli ac pacis", en los* iusnaturalistas modernos, tal y como se recoge en RODRÍGUEZ GÓMEZ, E. *"Guerra justa", Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* Nº 6, marzo – agosto 2014, págs. 224-237.

la defensa y seguridad del Estado se han cometido abusos por los gobernantes apartándose de dicha finalidad.[23]

[23] Esta circunstancia se hacía claramente patente en el concepto de razón de Estado acuñado por Maquiavelo, dirigido a consolidar y perpetuar el poder del Monarca evitando cualquier tipo de límites impuestos por la moral o el Derecho. De ahí que COTINO HUESO procede a distinguir entre lo que denomina, siguiendo a Tomás y Valiente, buena y mala razón de Estado:
«A esta misión permanente de la organización política de conferir seguridad al conjunto de individuos que conforma la misma, es posible referirla como *buena razón de Estado*. Se trata, al fin y al cabo de uno de los presupuestos que ha estado presente a los largo de la historia para justificar teóricamente casi todos los sistemas políticos; dicha justificación ha sido una coherente respuesta colectiva al impulso psicológico individual que es el instinto de conservación. En virtud de la paz y la seguridad de la comunidad frente a alteraciones interiores o exteriores se justifica tanto la existencia de una fuerza militar como el general monopolio de la fuerza coactiva por parte del poder político. Del mismo modo, esta buena razón de Estado implica toda una serie de exigencias lógicas para que tal paz y seguridad se restablezcan de forma efectiva, exigencias que pueden incluir no pocos sacrificios para los individuos y colectivos que componen la comunidad. Asimismo, la necesidad de llevar a cabo una eficaz defensa conlleva una difícil relación con los límites que puedan imponer las leyes, por lo que exige unos márgenes y pautas de actuación particulares.
Pero esta buena razón de Estado se distingue de la mala, es decir, de aquélla que se alegará para justificar la tenencia y empleo de la fuerza de las armas, para pasar por encima de todo límite jurídico, moral o ético, pero no para conferir la seguridad prometida, sino con el fin último de alcanzar, preservar, consolidar o expandir el poder y los intereses de quien lo ostente"[…] Esta *mala razón de Estado* supone, pues, un desvío del poder de la causa usualmente esgrimida para su existencia: la paz y seguridad de la comunidad política». COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional… op. cit.* págs.. 86 y 87.
No obstante, durante el desarrollo del Estado liberal, se va a acentuar la actuación frente a los riegos a la seguridad que derivan del ámbito interno, adquiriendo una especial relevancia, a partir del siglo XIX, el concepto de «orden público». Como señala CRUZ VILLALÓN, P., *El Estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878),* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1980, *págs.* 175-176: «El Estado va a considerar que, en determinados momentos la seguridad interna exige el sacrificio de las libertades constitucionales».
De este modo, el militarismo una de las notas propias del desarrollo del Estado liberal, especialmente en España, y que con gran precisión define BALLBÉ MAYOL, M., *Orden público y militarismo en la España Constitucional (1812-1983)*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2020: «no sólo como el predominio de los militares en el Gobierno y la Administración, sino fundamentalmente como la preponderancia de instituciones y técnicas castrenses enquistadas en la actividad administrativa y gubernamental y en su organización, específicamente en la vertiente de la seguridad y la policía».
Es en este momento cuando surge el denominado derecho de excepción[23], que llevaría, tras el precedente de la *Martial law* inglesa, a la regulación del estado de sitio por la ley francesa de 8 de agosto de 1849. Como precedente y partiendo de los postulados de Montesquieu, quien justificaba, en beneficio de la seguridad, que pudieran cubrirse las libertades con un velo, «como se tapan las estatuas de los dioses», en la Constitución Francesa de 1799 se regulaba por primera vez la "suspensión del imperio de la constitución" (art.92). Constant, contando ya con la experiencia del intenso empleo y desarrollo de las instituciones de excepción mostraría su horror por lo arbitrario, que en un régimen constitucional se introducía siempre en nombre de la seguridad pública. Dispuesto a cerrar el paso a la arbitrariedad subrayaría que en el momento en el que se viola una Constitución ésta deja de existir, siendo imposible ya restablecerla, bien porque esta había demostrado ser mala, bien por falta de voluntad de continuar con ella, por ello la Constitución no habría de ser suspendida jamás y las medidas de excepción habrían de estar contenidas en ella (ver CRUZ VILLALÓN, Pedro*, El estado de sitio y la Constitución*.. cit págs. 240 y 241).

En este sentido, los distintos autores han ido esbozando diversas teorías que pretendían limitar el poder del Monarca absoluto al tiempo que buscaban diversas fuentes de legitimación de dicho poder, ya divinas o ya racionales, que al propio tiempo implican el establecimiento de límites a la actuación de la fuerza armada, siendo este apartado el que ha focalizado dichas posturas doctrinales llegando incluso, en ocasiones, a olvidarse o, al menos, no hacer referencia a esa esencial función del Estado, algo que se observa singularmente en la doctrina actual. Por eso, retomando el planteamiento inicial, el postulado que preside el presente estudio es la coincidencia en los diversos autores y escuelas respecto de la importancia y necesidad de garantizar la defensa nacional como fundamento y premisa para la existencia del propio Estado en cuanto atributo de su soberanía[24].

[24] Sin ánimo de exhaustividad, se pueden citar los siguientes autores:
BODINO, J., *Los seis libros de la república,* cit. Libro quinto, Capítulo V, págs. 182-183: «la principal razón para que los hombres se uniesen en sociedad y comunidades, fue para la tutela y defensa de cada uno en particular y de todos en general […]».
HOBBES, Thomas, «Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil», cit. Inicio de la Parte segunda «Del Estado», Capítulo XVII, «De las causas, generación y definición de un Estado», págs. 143-144: «La causa final, fin o designio de los hombres […] es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que […] es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo. […] Los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre» y pág. 161 (Parte segunda, Capítulo XXI): «Los hombres, para alcanzar la paz y, con ella, la conservación de sí mismos, han creado un hombre artificial que podemos llamar Estado». Como señalara PÉREZ SERRANO en relación con HOBBES, «Filósofo y descreído, con un rigor de construcción y una severidad de técnica insuperables, ve como nadie la función sociológica de defensa que al Estado corresponde…» PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político* op. cit. pág. 142.
ROUSSEAU, J. J., *Contrato Social*, Libro I, Capítulo VIII «Del Estado civil», págs. 46 y 47: «Encontrar una forma de asociación que *defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado*, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes. Tal es el *problema* fundamental al cual da solución el Contrato social»; Libro II, Capítulo IV "De los límites del poder soberano", pág.56: «el Estado o la ciudad no es sino una persona moral, cuya vida consiste en la unión de sus miembros, y […] el más importantes de sus cuidados es el de su propia conservación» y «es evidente que la primera intención del pueblo es que no perezca el Estado» (Ibidem, Libro IV, Capítulo VI, "de la dictadura" página 152).
SMITH, A., *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*. Fondo de Cultura Económica. Serie de Economía, México, 1997, pág. 612: «El Soberano únicamente tiene tres deberes para cumplir, (…) defender la sociedad contra la violencia e invasión de otras sociedades independientes (…); proteger en lo posible a cada uno de los miembros de la sociedad de la violencia y de la opresión de que pudiera ser víctima por parte de otros individuos de la misma sociedad…(y) …erigir y mantener ciertas obras y establecimientos públicos…».
HEGEL, G.W.F., *La razón en la historia*, Seminarios y Ediciones, España, 1972, pág. 142. «Todo cuanto es el hombre, se lo debe al Estado: en él reside su ser. Todo su valor, toda su realidad espiritual, no los tiene sino por el Estado» y HEGEL, G.W.F., *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, traducción de Alfredo LLANOS, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1987, página 286 (parágrafo 323): «… el deber sustancial del individuo, el deber de mantener, mediante el peligro y el sacrificio de su propiedad y de su vida, de su

Por consiguiente, la defensa nacional forma parte inseparable de uno de los elementos que determinan la existencia de un Estado, la soberanía, ya que como señalara DUVERGER «el poder es, en parte, un fenómeno de fuerza, de coacción y de coerción»[25], siendo el monopolio de dicho poder el que caracteriza a un Estado de Derecho, en el que las Fuerzas Armadas figuran como un instrumento del mismo y como última garantía del mantenimiento de dicho poder, la *ultima ratio regis*[26]. Al mismo tiempo, es garantía del mantenimiento de los otros dos elementos del Estado[27], habiendo adquirido en los últimos tiempos una mayor relevancia la defensa de la población.[28] En definitiva, la defensa nacional es la garantía de la supervivencia del Estado.

opinión y de todo lo que está en sí comprendido en el ámbito de la vida, esta individualidad sustancial, la independencia y soberanía del Estado"

HUME, D., *Investigación sobre los principios de la moral*, traducción, estudio introductorio y notas de Marcelo Mendoza Hurtado, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes Prometeo, 2015, 4:«Es evidente que si el gobierno fuera totalmente inútil nunca hubiera tenido lugar; y que el único fundamento del deber de obediencia a la autoridad pública es la ventaja que procura a la sociedad, manteniendo la paz y el orden entre los hombres».

FICHTE, J. G., *Discursos a la nación alemana* (Introducción de Hans-Christian Lucas, traducción de Luis. A. Acosta y María Jesús Varela), Orbis, Barcelona, 1985: «Luego debe ser el amor patrio el que gobierne el Estado fijándole un fin superior al habitual de conservar la paz interna, la propiedad, la libertad personal, la vida y el bienestar de todos. Únicamente para este fin superior y para ningún otro reúne el Estado un poder armado».

[25] ALONSO BAQUER, M., "Las Fuerzas Armadas en la tradición constitucional española", en AA.VV., *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución,* 1988, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Tomo IV, pág.2423.

[26] Como recuerda COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional… op. cit.* págs. 43 y 44: «El carácter siempre residual de la fuerza no implica en modo alguno que ésta sea un factor del todo determinante para el poder, entre otros motivos porque la fuerza será siempre su baluarte último. La fuerza de las armas es una más de las fuerzas coercitivas del poder, aunque no la única, pero sí la más descarnada de las fuerzas y la más importante en última instancia. La importancia de la fuerza armada en la genérica fuerza del poder podrá variar en virtud de no pocas circunstancias, como pueda ser el grado de institucionalización de la coerción a través del Derecho, tal y como se aprecia más tarde, pero en principio la fuerza de las armas figurará como máxima expresión de la fuerza.

Como a continuación se advierte, en tanto que la fuerza de las armas constituye una de las partes más importantes de una de las dos caras del poder, necesariamente influirá en la organización política. Y como es lógico, en cuanto el poder coercitivo adquiera mayor importancia en el poder para su sustento, mayor importancia tendrá la fuerza armada en la organización política. El estado de la fuerza militar condiciona o determina en mayor o menor medida el sistema político vigente en cada momento histórico. […]»

[27] DE VERGOTTINI, G., *Indirizzo político della difesa e sitema constituzionale,* Giuffré, Milán, 1971, págs..48-51 señala cómo el tradicional objeto de defensa ha sido el territorio y de modo más secundario, la población.

[28] Como recuerda la Directiva de Defensa Nacional de 2020, "el primer objetivo de la Defensa es proteger al conjunto de la sociedad española".

https://www.defensa.gob.es/Galerias/defensadocs/directiva-defensa-nacional-2020.pdf (Consultado el 1 de agosto de 2021).

La defensa nacional es, por tanto, un fin del Estado[29]. Y no se trata de uno más de los fines que persigue el Estado, sino que tiene carácter esencial y primordial[30], en cuanto presupuesto de todos los demás.[31] De este modo, puede afirmarse que desde la perspectiva conceptual y filosófica, no hay ningún teórico del Estado digno de mención que no entienda que la primera necesidad del Estado es la de garantizar su defensa. Y, por consiguiente, esa misma función le corresponde en el marco del Estado constitucional.

Por otro lado, desde una perspectiva empírica, la realidad demuestra como la gran mayoría de Estados cuentan con unas Fuerzas Armadas propias dirigidas a garantizar su defensa. Incluso en los pocos Estados que carecen de las mismas, cuentan con acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados para garantizar su defensa exterior[32].

---

[29] Como señalara CARRÉ DE MALBERG esas actividades del Estado que constituyen sus funciones se agrupan en tres: a) resguardar la seguridad de la nación respecto de las naciones extranjeras; b) asegurar en el interior, el orden y el derecho en las relaciones que entre sí mantienen los individuos, y c) desempeñar una misión cultural, en virtud de la cual ha de trabajar el Estado por sí mismo, o sea por cuantos medios especiales de que dispone, en el desarrollo de la prosperidad moral y material de la nación. CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*. Traducción de José Lion Depetré. Fondo de Cultura Económica. Colección Política y Derecho. Primera Edición en Español. México, D.F, 1948 citado por BECHARA LLANOS, A. Z. "Aproximación teórica al concepto de estado: Distinciones en torno a Heller, Jellinek y Carré De Malberg" *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, VII* (14), 2015, pág 72-84.

[30] GUAITA MARTORELL, A., "la Administración militar", *Revista de Administración Pública*, Nº 7, 1952, págs. 112-113: «Si abrimos al azar el más rudimentario manual de Historia política y jurídica, bien pronto observaremos que los fines del Estado y los medios para actuarlos han sido muy variados, en consonancia con el grado de civilización y su orientación política […] las sociedades más primitivas reducen su actividad a la llamada Administración de justicia y a la defensa militar contra los pueblos vecinos; la antigüedad clásica, por el contrario, extiende su acción a las artes, la cultura, la religión y la economía; el medievo lleva de nuevo a una contracción enorme en los fines y en la actividad del Estado; éste recobra su plenitud en el Renacimiento, pero de nuevo, desde fines del XVIII, llega el tiempo de la atrofia estatal, y todos parecen en afirmar que el Estado debe reducir su actividad a la defensa militar en el exterior y a la conservación y garantía de la libertad individual en el interior. Los hombres de la mitad del siglo XX asistimos a otro desbordamiento de la actividad del Estado […] De esta rápida visión u ojeada a la Historia, bien se echa de ver que podrá o no haber escuelas y hospitales públicos o política de nacionalizaciones, pero de lo que ningún Estado ha prescindido nunca es de a función de defenderse de otros Estados, vecinos o no».«Esta inseparabilidad del Estado y su defensa, de validez universal en el tiempo y en el espacio, ha servido para que los tratadistas, verbigracia, Ranelletti y Gropali, al estudiar los *fines* del estado y clasificarlos en necesarios y primoridales y secundarios o accesorios, hayan catalogado entre los primeros, y también en primer lugar, la defensa nacional».

[31] *Íbidem*

[32] En la actualidad se considera que aproximadamente una veintena de países carecen de Fuerzas Armadas, en la mayoría Estados de pequeño tamaño o insulares, que carecen de los medios necesarios, garantizando la seguridad interior con cuerpos policiales. Algunos pertenecen a organismos internacionales militares o han suscrito tratados de defensa mutua, como Islandia (miembro de la Organización del Tratado del Atlántico Norte) y Costa Rica (miembro del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca). Otros han suscrito tratados con los países limítrofes, como Andorra con Francia y España. En el supuesto más conocido, el de Costa Rica, El artículo 12 de la Constitución de 7 de noviembre de 1949 proscribió el ejército como institución permanente, pero permite organizar «fuerzas militares» por convenio internacional o para la defensa nacional, como ocurrió en 1955 para repeler una invasión desde Nicaragua.

Asimismo, se observa cómo en los últimos años se está produciendo un incremento del gasto militar en los principales países.[33]

La realidad empírica demuestra, asimismo, que si bien no puede reducirse todo fenómeno de organización política al concepto de Estado occidental[34], en los supuestos en los que no puede cumplirse con dicho fin esencial nos encontramos con el fenómeno de los denominados *Estados fallidos*, que HOLSTI define como «El Estado que carece de la capacidad de generar lealtad –derecho a gobernar-, de dotarse de los recursos necesarios para gobernar y proporcionar servicios, de mantener el elemento esencial de la soberanía, consistente en el monopolio sobre el uso legítimo de la fuerza dentro de sus límites territoriales, y de actuar dentro del contexto de un consenso basado en una comunidad política».[35]

---

[33] Según los datos del Instituto Internacional de Estudios para la Paz, SIPRI (Stockholm International Peace Research Institute), en 2020, el gasto militar mundial creció hasta los casi 2 billones de dólares https://www.sipri.org/sites/default/files/2021-04/sipri_milex_press_release_esp.pdf (Consultado el 11 de febrero de 2022).

[34] FERNÁNDEZ-MAZARRAMBOZ, M. H., "Alternativas conceptuales a la doctrina COIN de la OTAN: el error de base en la búsqueda de la legitimidad" en *Monografías 154, Escuela Superior de las Fuerzas Armadas, Selección de los ocho mejores trabajos de fin de curso del XX CEMFAS en el año escolar 2018-2019 impartido en el CESEDEN*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid 2020, págs. 171 a 220, en concreto páginas 197 y 198:«El post-estructuralismo ya advierte de la tentación típicamente occidental (AGNEW, J. Geopolítica: una revisión de la política mundial. Madrid. Trama Editorial, 2005, p.58) de concebir el Estado como la única forma posible de organización social y política. John Agnew llega a acuñar el concepto de *trampa territorial: "*pensar y actuar como si el mundo estuviese enteramente constituido por Estados que ejercen su poder sobre bloques de espacio y, de este modo, se constituyen en el único referente geográfico-político de la política mundial" (p.60).

[…]

Por el contrario, no es infrecuente en otras partes del mundo considerar que el poder político al que un individuo está primordialmente sometido es una tribu, un califato o, por qué no, un sistema de corporaciones empresariales, desempeñando el Estado un papel, a lo sumo, secundario.[…]

Esta manera distinta de concebir la organización sociopolítica tiene en Afganistán un buen ejemplo, donde el poder sociopolítico legítimo ha emanado, simultáneamente, de la familia, de las tribus, las etnias, los mulás (equivalentes a los imanes) y algún poder similar al del monarca […] (más adelante hace referencia los señores de la guerra, con sus milicias o *lashkar*, aseguran el orden y la seguridad en regiones enteras»

[35] HOLSTI, KAVELI J. "The State, the War and the State of War". Cambridge: Cambridge University Press, pag. 82. 1996. Citado por ALONSO BERRIO, MIGUEL, "Los estados fallidos", *Cuadernos de estrategia, 120, (Ejemplar dedicado a: Nuevos riesgos para la sociedad del futuro)*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, págs. 199-227.

No obstante, como señala JACKSON R. H. "Los estados fallidos y la tutela internacional", *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, núm. 10, febrero de 2008, GERI – UAM pág. 4 y 5: «El nombre compuesto "estado fallido" es algo inapropiado. Hobbes no concebiría un estado fallido como estado alguno. Los estados fallidos son unas cáscaras jurídicas que ocultan, a nivel interno, una condición insegura e incluso peligrosa, un estado de naturaleza. Estos estados tienen una existencia legal internacional pero una escasa existencia política interna», añadiendo que «La existencia de estados fallidos es una inversión curiosa del dilema de la seguridad de Hobbes: para esos estados, normalmente existe la paz a nivel internacional y la guerra a nivel nacional. Los estados fallidos invierten la teoría política de Hobbes; un "estado" fallido no se distinguiría del "estado de naturaleza" en el que la anarquía armada

De este modo, con el término Estado fallido se viene a identificar a aquellos Estados que se muestran incapaces de mantener el monopolio del uso legítimo de la fuerza, que como indicara WEBER, es un elemento esencial del Estado[36].

En estos supuestos, en que la defensa nacional no queda garantizada, el Estado se ve incapaz no sólo de mantener su propia seguridad, sino también de prestar otros servicios públicos básicos, lo que pone de manifiesto el simplismo de considerar esos otros servicios públicos como antagónicos a la defensa nacional.[37]

Atendiendo a los expuesto hasta ahora, y como primera aproximación al concepto de defensa nacional sin perjuicio de su desarrollo ulterior, la misma podría definirse como *«fin del Estado que se configura como una actividad esencial dirigida a garantizar la supervivencia del Estado y del régimen político fundamento del mismo»*. De este modo, la defensa nacional tiende a garantizar, en cada momento, el Estado correspondiente, los valores en que se sustenta y el modelo de convivencia que instaura, incluido el democrático. Por consiguiente, la defensa nacional actúa como garante del Estado social y democrático de derecho reconocido en nuestra Constitución.

Partiendo de esa configuración de la defensa nacional como una *actividad esencial dirigida a garantizar la supervivencia del Estado*, la siguiente premisa de la que se parte en el presente trabajo de investigación es que, dada esa finalidad, la defensa nacional introduce modulaciones, excepciones y restricciones tanto en los derechos fundamentales como en los diversos ámbitos de actividad pública y privada, y que esas mismas

---

es una forma de vida y de muerte. Hoy en día sabemos que, en algunas partes del mundo, los países así son una realidad. La anarquía e incluso el caos son una condición interna».
La mayoría de los mismo proceden del periodo descolonizador o de desmembración de la Unión Soviética y existen porque son internacionalmente reconocidos como tales, respetando su soberanía aunque no la ejerzan internamente. Aunque el fallo del Estado ya se había producido en épocas anteriores, la actual concepción del Estado fallido surge como consecuencia de los principios del Derecho internacional que impiden la extinción formal de dicho Estado.

[36] Weber, M. *La ciencia como profesión; la política como profesión*. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1992, pág. 88: «el Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un territorio –el territorio es un elemento distintivo–, reclama para sí (con éxito) el monopolio de la violencia física legítima».

[37] ALONSO BERRIO, M., "Los estados fallidos… op. cit. págs. 199-227:
"En el Estado fallido la condición estatal está vacía de contenido. El Estado fallido combina la soberanía formal con su ausencia en la realidad, una existencia legal con una inexistencia política. Es una concha jurídica que acoge una condición anárquica interna. La soberanía formal efectiva frente al exterior no se ve acompañada por su ejercicio material en el interior. La autoridad del Estado es inexistente en todo o en partes sustancialmente importantes de su territorio. El Gobierno es incapaz de realizar sus funciones básicas y el orden y la cohesión social se disuelven. El bien público por excelencia, la seguridad, deja de prestarse por el Estado que abandona la pretensión de ofrecer otros servicios básicos como justicia, infraestructuras o atención social que quedan cubiertos por agentes privados.
Las instituciones del Estado se convierten en entidades irrelevantes o incluso pueden quedar vacantes".

excepciones deben reconocerse en el ámbito contractual. Ámbito contractual que, pese al desarrollo e importancia que actualmente se está dando a los principios de la contratación administrativa en el ámbito comunitario, a los que se está dotando de sustantividad propia, en cuanto dirigidos a garantizar el buen funcionamiento del mercado interior y evitar la corrupción, no deja de ser sino un instrumento a través del cual se pretende dotar a la defensa nacional de las capacidades necesarias para el cumplimiento de su función.

Por ello, parte del Capítulo I se dedica a analizar los distintos ámbitos en los que el texto constitucional y el resto del ordenamiento jurídico español introducen limitaciones en la actuación de los sujetos de derecho público y de derecho privado para salvaguardar las necesidades de la defensa nacional.

2. La defensa nacional como actividad pública transversal.

Una vez delimitada la defensa como una necesidad del Estado que justifica la imposición de limitaciones y restricciones, la siguiente cuestión de objeto de análisis es el alcance de la misma. A este respecto, el Capítulo I procede al estudio de la configuración constitucional de la defensa en nuestra Constitución de 1978, analizando los altos fines que a la misma le asigna, su reconocimiento como competencia exclusiva del Estado bajo la dirección política del Gobierno pero que afecta a todos los poderes públicos y privados, destacando su carácter transversal y rehusando su mera identificación con el principal instrumento del que se dota al Estado, sus Fuerzas Armadas. Este capítulo presenta una gran importancia al concretar la premisa del presente trabajo: la configuración constitucional de la defensa nacional como una función esencial del Estado, dirigida a garantizar su supervivencia, encuadrada actualmente en el concepto más amplio de seguridad nacional, que dada su trascendencia justifica numerosas limitaciones, incluso en el ámbito de los derechos fundamentales, y cuya consecución es una responsabilidad de todos los poderes públicos y también de los particulares, quedando todas las actuaciones necesarias subordinadas a la efectiva defensa del Estado.

De este modo, las cuestiones de defensa no quedan limitadas al ministerio del ramo, sino que se trata de una cuestión de Estado, que implica a todos los poderes públicos y a los ciudadanos. La participación en la defensa nacional va a venir determinada por la

intensidad de la amenaza en cada momento, y que puede llevar, incluso, a la llamada a filas de la población a través de la figura del reservista obligatorio, o a la privación de sus bienes mediante la institución de la requisa, sin perjuicio de otras formas posibles de movilización o aportación de recursos. No obstante, este carácter transversal, aún de distinta intensidad, ha de tenerse presente en todo momento, especialmente en relación con el planeamiento y la dotación de recursos a las Fuerzas Armadas *en tiempo de paz*, con el fin de estar adecuadamente preparados para responder a los distintos riesgos y amenazas. Por ello, la política de defensa ha de ser una cuestión de Estado, y así debe difundirse al conjunto de la población.

3. El mercado de defensa.

Posteriormente, el trabajo se centra en el estudio del mercado en el que el Estado obtiene los recursos materiales necesarios para garantizar su defensa, con el fin de identificar sus características propias y diferenciales.

Dentro de las especialidades de este mercado, se profundiza especialmente es su amplia internacionalización y la forma en la que afecta la misma a la contratación por parte de los Estados, desprovistos de sus prerrogativas internas e interviniendo en una contratación *inter pares* en un ámbito no soberano como es el derecho internacional, analizando esta tensión entre la necesidad de asumir la legalidad internacional, actuando como un agente dentro de este mercado internacionalizado, al tiempo que se preservan los principios y valores previstos en la Constitución y que a nivel interno deben ser observados con todo rigor.

Para ello, y desde la perspectiva global que inspira el presente estudio, se procede en el Capítulo II a analizar las peculiaridades del mercado en el que se intercambian estos bienes y servicios, partiendo de que el mercado de defensa se ha venido caracterizando por la existencia de un cliente único, el Ministerio de Defensa, si bien en los últimos tiempos y ante la reducción de los presupuestos nacionales, se están incrementando las exportaciones e importaciones. Por ello, al objeto de optimizar los recursos disponibles y obtener economías de escala que reduzcan el precio final, se recurre en ocasiones a un programa internacional, mediante la celebración de acuerdos entre los gobiernos para la

creación de consorcios internacionales, como Airbus, o a través de organizaciones internacionales, como la OTAN (Organización del Tratado del Atlántico Norte) o la OCCAR (Organización Conjunta de Cooperación en Materia de Armamento). Desde el punto de vista de la oferta, nos encontramos con un reducido número de empresas que posean las capacidades necesarias, y si bien en la fase de investigación se puede promover cierta concurrencia para recibir diferentes alternativas de diseño y desarrollo, la vinculación de la fase de producción a la I+D reduce la competencia , lo que unido a la especificidad del producto, reduce notoriamente la competencia en el mantenimiento y obtención de suministros, lo que da lugar a la existencia de un «cuasi» monopolio bilateral. Por otro lado, la especificidad de los productos objeto del mismo, destinados a garantizar la defensa nacional, su potencial destructivo pero también innovador, hacen que se trate de un mercado sometido a importantes restricciones, tanto a nivel internacional como nacional. En este capítulo, se analizan los aspectos subjetivos y objetivos de dicho mercado, así como la intensa regulación al que el mismo se encuentra sometido que hace que se trate de un mercado con características especiales, que no puede equipararse, sin más, a otros mercados de bienes y servicios.

Asimismo, y partiendo del proceso de integración en la Unión Europea, que ha supuesto notables ventajas para sus miembros pero que todavía requiere ajustes internos para definir un modelo europeo de defensa, se hace un análisis específico del mercado europeo de defensa, una antigua aspiración de la Comisión Europea que está sufriendo una transformación importante en los últimos años al haber recibido un nuevo impulso, como consecuencia del desarrollo de la Política Común de Seguridad y Defensa con el acuerdo para una Cooperación Estructurada Permanente entre los Estados miembros de la Unión, las políticas desinadas a consolidar una base industrial y tecnológica y un mercado de defensa europeo y la decisión de potenciar la obtención de capacidades de defensa con la creación del Fondo Europeo de Defensa.

4. Técnicas e instrumentos de organización de la defensa.

Partiendo de las características de la defensa nacional y de su mercado específico, la transversalidad ya destacada de la defensa se concreta en una transversalidad administrativa que requiere instrumentos que, si bien no son exclusivos de este ámbito, si

presentan especiales características en relación con el mismo, dirigidas a garantizar la eficacia en una actuación administrativa vinculada a un fin constitucional.

De este modo, en la definición y ejecución de la política de defensa inciden diversos factores, que requieren de una adecuada evaluación y combinación para que la defensa nacional quede garantizada de la manera más eficaz posible atendiendo a los riegos y amenazas a los que se pretende hacer frente y a los recursos disponibles para ello. En dicha evaluación, adquiere especial relevancia, en primer término, el ámbito estratégico[38], comenzando con el político, en el que se entremezclan las cuestiones derivadas de las propias necesidades nacionales con las que resultan de los compromisos internacionales asumidos por España y que, partiendo de las disposiciones legislativas emanadas de las Cortes Generales, se refleja en la Estrategia de Seguridad Nacional y en la Directiva de Defensa Nacional, siendo aprobados ambos documentos por el Presidente del Gobierno. Por otro lado, la ejecución de la política de defensa requiere la adopción de las correspondientes decisiones en el ámbito operativo y militar, correspondiendo al Jefe del Estado Mayor de la Defensa (JEMAD), de acuerdo con el artículo 12 de la LODN[39], elaborar y definir la estrategia militar y asegurar la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas, coordinando a los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra (JEME), de la Armada (AJEMA) y del Ejército del Aire (JEMA), quienes ejercen, bajo la autoridad del

[38] La trascendencia de una adecuada estrategia se pone ya de manifiesto en los escritos de Sun Tzu: «Y así es en la milicia: El conocer al otro y conocerse uno mismo, significa que no haya pérdidas en cien batallas. No conocer al otro y conocerse uno mismo, significa victoria por derrota. No conocer al otro y no conocerse uno mismo, significa que cada batalla será una derrota segura» SUN TZU, *El arte de la guerra*, op. cit. pág. 40.

La importancia de la estrategia y su prevalencia sobre la táctica también fue destacada por Clausewitz, quien limitaba dicho concepto a la estrategia militar, a la que define como «el arte de emplear las batallas como medio para lograr el objetivo de la guerra»; si bien dicha estrategia militar ha de estar siempre subordinada a la política, tal y como se recoge en su conocida frase «La guerra es la continuación de la política del Estado por otros medios». VON CLAUSEWITZ, C., *De la Guerra*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1999.

Por su parte, Liddell Hart utiliza el término estrategia tanto para el ámbito político como el militar, denominando al ámbito político como "Gran Estrategia" o "Estrategia Superior" colocando por debajo a la que denomina simplemente como Estrategia y que se desarrolla en los cuatro órganos de maniobra del Estado: economía, diplomático, interno y bélico. LIDDELL HART, B., *La estrategia de la aproximación indirecta*, Iberia. Joaquín Gil Ediciones. Barcelona, 1946.

[39] Cuyas competencias se vieron reforzadas a partir de la aprobación del Real Decreto 872/2014, de 10 de octubre, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas, actualmente sustituido por el Real Decreto 521/2020, de 19 de mayo.

Ministro de Defensa[40], el mando de su respectivo Ejército. La Estrategia Militar[41] se contiene en el Concepto de Empleo de las Fuerzas Armadas de marzo de 2017[42], en la que el JEMAD establece la forma en que las Fuerzas Armadas alcanzan los objetivos de defensa y define los Objetivos Estratégicos Militares, y que se basa en el concepto de Fuerza Conjunta[43], en disposición de ser empleada en cualquier momento y lugar, de acuerdo a los intereses nacionales, manteniendo la capacidad de autonomía nacional, acción conjunta y disposición para actuar con otros instrumentos del Estado, debiendo estar formada por 67.000 efectivos y cuyas características esenciales son la adecuación, la alta disponibilidad, la versatilidad, la eficiencia, el carácter expedicionario y la resiliencia.

La correcta integración de los diferentes ámbitos que inciden en la política de defensa determina el establecimiento de unas técnicas administrativas que, si bien no todas son privativas de este ámbito de actividad administrativa, sí que presentan especiales características que las diferencian de otros ámbitos, debido, una vez más, a la trascendental misión asignada a la defensa nacional. Al estudio de dichas técnicas se dedica el Capítulo III, en el que se procede a identificar las técnicas administrativas empleadas para la adecuada organización de los diferentes sujetos intervinientes y de los diferentes aspectos que inciden en el ámbito de la defensa nacional, destacando las técnicas de planificación, coordinación, centralización y cooperación. En este punto, se

[40] En el presente trabajo, siguiendo la terminología de la LODN y las recomendaciones de la Real Academia Española, su utiliza el masculino genérico para referirse a las personas que ocupen los distintos cargos que en el mismo se citan.

[41] Como señalara el General Alonso Baquer, «La Estrategia es el arte de concebir planes de operaciones que habrán de ser coherentes con la finalidad política que se pone en juego. Estos planes pueden ser utilizados o seguidos tanto para la acción como para la disuasión. El arte del estratega luce más cuando confía más en los resultados de una mera demostración de fuerza que en el uso de la fuerza» ALONSO BAQUER, M., Documento de análisis del IEEE 08/2010: Estrategia, geoestrategia, geopolítica (agosto de 2010).
https://www.ieee.es/contenido/noticias/2010/08/DIEEE_082010_estrategia_geoestrategia_geopolitica.html. (Consultado el 11 de octubre de 2021).

[42]https://iugm.es/wp-content/uploads/2017/04/CONCEPTO-DE-EMPLEO-DE-LAS-FAS-ESPA%C3%91OLAS-2017.pdf

[43] Concepto introducido por el JEMAD, Almirante Fernando García Sánchez, en el año 2014. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/Varios/MinistroDefensa_AltosCargos/2014/DIEEEDCM03-2014_JEMAD_PresentacionFFAA_28ene2014.pdf (Consultado el 7 de diciembre de 2021).
Dicho concepto se recogió normativamente, por primera vez, en el artículo 8 del Real Decreto 872/2014, de 10 de octubre, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas y se mantiene en el vigente Real Decreto 521/2020, de 19 de mayo, que derogó al anterior:
«La Fuerza Conjunta la constituyen todos los elementos integrantes de la Fuerza del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, además de los elementos de los Mandos subordinados al Jefe de Estado Mayor de la Defensa que se determinen».

atiende especialmente a la singularidad que ha supuesto que, históricamente, las Fuerzas Armadas se encuadraran en ministerios independientes y autónomos, y la incidencia que ha supuesto la creación de un único Ministerio de Defensa tanto en las relaciones orgánicas como funcionales.

Asimismo, se incluye la referencia a dos técnicas específicas que han tenido una notable incidencia en el desarrollo de las capacidades militares españolas: las compensaciones industriales y los programas especiales de modernización.

Completando el estudio anterior, el Capítulo IV se centra en los principales instrumentos administrativos para la obtención de los recursos materiales necesarios, procediendo, de nuevo, a un análisis global, incluyendo tanto los aspectos presupuestarios como los contractuales y destacando las interrelaciones entre los mismos. En este sentido, en relación con el presupuesto, se destacan las ineficiencias detectadas por la insuficiente consignación del mismo y el recurso a instrumentos indebidos, como el real decreto ley o el fondo de contingencia, que dificultan notoriamente la actuación de los órganos gestores. En cuanto a los instrumentos contractuales, se analizan detenidamente las distintas figuras existentes, incidiendo en la regulación comunitaria y su posible exclusión por razones de soberanía nacional, que es otro de los elementos esenciales de la presente tesis, así como los problemas que algunos instrumentos, como los memorandos de entendimiento, plantean desde la perspectiva de su encaje en las figuras propias del Derecho Internacional. Asimismo, se destacan los problemas que plantea la aplicación práctica de dicha normativa, en muchas ocasiones derivados de la coexistencia de distintas normas jurídicas que carecen de la necesaria coordinación interna, perjudicando a la seguridad jurídica en un ámbito tan relevante.

5. Principios específicos de la contratación administrativa en materia de defensa.

Partiendo del estudio realizado y avanzando hacia el objeto de la tesis, el Capítulo V identifica los diferentes principios que son propios de la contratación administrativa en el sector de la defensa, y que van a suponer modulaciones o excepciones a los principios generales de la contratación administrativa, basada en los principios de igualdad de trato,

libre concurrencia, publicidad o transparencia. Estos principios, pese a su notoria importancia, han de ceder necesariamente ante un principio superior, como es el de conservación del propio Estado. La garantía de la independencia y soberanía del Estado, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional ha de prevalecer, necesariamente, frente a los principios ordinarios en materia de contratación pública, siempre de acuerdo con el principio de sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Y esa prevalencia ha de desplegarse, al igual que ocurre en otros ámbitos, en el ámbito contractual, ya que como se ha visto anteriormente, la contratación administrativa tiene una importancia esencial para la defensa nacional, en cuanto permite disponer de las capacidades materiales necesarias.

La dificultad de ese capítulo deriva de esa visión global que excede de la meramente administrativa, al requerir conjugar aspectos constitucionales derivados de la soberanía nacional y la necesidad de proteger al Estado con aspectos estratégicos o incluso operativos, dirigidos a garantizar la superioridad sobre el enemigo y la libertad de acción de nuestras Fuerzas Armadas, así como a proporcionar una disuasión eficaz. De este modo, se identifica como primer principio básico el principio de soberanía, del que derivan los principios de ventaja operativa, libertad de acción, autonomía estratégica, disuasión y realidad. El segundo principio básico, íntimamente ligado con el primero, es el principio de necesidad, que justifica la existencia de normas excepcionales, cuya intensidad dependerá de la gravedad de la situación, destacando igualmente los límites aplicables. Asimismo, ligado a los anteriores pero con sustantividad propia en el ámbito contractual, se destacan los principios de seguridad del suministro y de seguridad de la información, que tienen un alcance cualificado cuando se trata del sector de la defensa. Por otro lado, como complemento del principio de soberanía aparece el principio de cooperación o colaboración entre países, que se ha visto intensificado en las últimas décadas como consecuencia del incremento de costes derivados del alto contenido tecnológico y la complejidad de los sistemas de armas actuales. El capítulo se cierra con una referencia al régimen de control reforzado necesario en este ámbito.

6. El contrato «Gobierno a Gobierno».

Una vez analizada la configuración de la defensa nacional y el mercado específico de la defensa, y abstraídos, a partir de la identificación de las técnicas y los instrumentos

administrativos, los principios específicos de la contratación administrativa en el sector dela defensa, el Capítulo VI procede al estudio de una de las concretas figuras contractuales existentes en el ámbito de la defensa, el denominado contrato «Gobierno a Gobierno» que presenta perfiles propios, en cuanto que permite que el Gobierno español pueda actuar como mandatario de un Gobierno extranjero. Como se indicaba al principio de la presente introducción, se trata de una figura novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, introducida en el año 2012 como 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. De esta manera se atendía a una reivindicación de la industria nacional, introduciendo un mecanismo de contratación de uso frecuente en los países de nuestro entorno, sobre las pautas del modelo norteamericano del *Foreign Military Sales* (FMS). No obstante, desde la introducción de esta figura hace casi diez años, no se ha procedido a la firma de ningún contrato de este tipo. Por ello, este capítulo analiza las causas y la regulación del contrato «Gobierno a Gobierno» así como su relación con la normativa de otros países de nuestro entorno; su naturaleza jurídica y el régimen aplicable; los elementos personales, reales y formales y su contenido. Todo ello para valorar si dicho contrato se adecúa a los principios identificados y 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 las suscripción de este tipo de contratos, singularmente en lo que se refiere a la regulación de la responsabilidad de las partes intervinientes, e incorporando una serie de propuestas de mejora de su régimen jurídico.

7. Metodología.

Tal y como se ha venido insistiendo a lo largo de la presente introducción, la premisa de la que se parte es la prevalencia de la defensa nacional y la supeditación a sus fines de los instrumentos de los que dispone el Estado para garantizar su eficacia. De este modo, el elemento central del análisis de una cuestión administrativa parte de una premisa de naturaleza constitucional, y cuyo adecuada valoración requiere una visión completa en la que se entremezclan, además de aspectos constitucionales y administrativos, cuestiones

de naturaleza internacional, presupuestaria o militar, pretendiéndose dar un enfoque multidisciplinar que permita encuadrar adecuadamente el ámbito en el que se desenvuelve la contratación de los bienes y servicios esenciales para la defensa nacional.

Por ello, el presente trabajo va más allá de los realizados por cualificados autores hasta el momento, que se centran en alguno de los aspectos indicados de manera parcial, y pretende dar una visión global del fenómeno de la defensa nacional a partir del cual debe analizarse la actividad contractual, y no a la inversa. Por consiguiente, el aspecto novedoso de esta obra deriva, por un lado, de su carácter global y multidisciplinar, al abarcar el estudio de la obtención de medios materiales necesarios para la defensa nacional atendiendo a los distintos ámbitos que inciden en la misma. Por otro lado, la novedad deriva también de ser una obra que pretende un estudio completo de los diferentes instrumentos contractuales que pueden utilizarse, y a partir del cual se han pretendido identificar los principios específicos que rigen la contratación en el sector de la defensa y su aplicación práctica, profundizando, de este modo, en el estudio de las diferentes técnicas e instrumentos contractuales que, además de haber sido poco estudiados por la doctrina científica, lo suelen ser siempre de manera parcial, incidiendo únicamente en aspectos concretos, tal y como se observa en la bibliografía utilizada.

Por otro lado, la dificultad de este trabajo deriva, asimismo, de que el mismo aborda cuestiones estables y tradicionales no ya solo para las bases constitucionales del Estado, sino para la propia Teoría del Estado que precede a aquellas, como son las cuestiones de la relevancia de la defensa para la existencia del propio Estado y sus limitaciones, que metodológicamente deben ser abordadas en fuentes muy clásicas y ortodoxas y, por ello, muy conocidas. Mientras que, por otro lado y en un contraste muy amplio, existen fuentes normativas y bibliográficas perfectamente actuales y en continuo cambio (como lo pone de manifiesto la aprobación de una nueva Estrategia Nacional de Seguridad una vez hecho el depósito inicial de esta tesis, a finales de 2021, o la incidencia que en los correspondientes análisis han tenido los efectos derivados de la pandemia del COVID-19, las consecuencias de la retirada de Afganistán o la más reciente e indeseada guerra en Ucrania[44]) que exigen abordar, además de dichas fuentes tradicionales y estables, otras fuentes positivas y doctrinales muy novedosas y profundamente variables,

[44] Que ha llevado a los países europeos a una revisión de sus políticas en materia de defensa, así como a la aprobación formal por el Consejo el pasado 21 de marzo de la *Brújula Estratégica*, para dotar a la Unión Europea de un ambicioso plan de acción para reforzar la política de seguridad y defensa de la UE hasta 2030.

como es propio de analizar un tema de rigurosa actualidad y en continuo cambio en el que inciden los diversos aspectos constitucionales, internacionales, administrativos, políticos o militares reseñados. Estas fuentes aparecerían caracterizadas, asimismo, por su dispersión, dada la amplitud que se pretende con el estudio y que presenta un marcado carácter transversal. Por el contrario, en otros aspectos estudiados, como es el correspondiente al contrato «Gobierno a Gobierno», en el que existe una prolija normativa, sin embargo destaca la ausencia de estudios doctrinales o de jurisprudencia al respecto.

Por ello, la globalidad pretendida en el presente estudio se pone de manifiesto, asimismo, en las diversas fuentes utilizadas, que no se limitan a la doctrina[45], normativa y jurisprudencia existentes, sino que ha requerido acudir a revistas especializadas y otras publicaciones oficiales e, incluso, a noticias de los medios de comunicación y otros datos de organismos públicos y entidades privadas obrantes en internet, así como a consultas con representantes del sector.

Dada la amplitud del trabajo de investigación, una parte importante del mismo tiene carácter descriptivo, recopilando y sistematizando la distinta información existente, que se ha recogido con la extensión que se ha considerado necesaria, ya en el texto, ya en las notas, para facilitar su conocimiento y comprensión. No obstante, el mismo presenta igualmente un carácter reflexivo atendiendo a las distintas realidades concurrentes, un carácter interpretativo de la normativa aplicable y un eminente sentido crítico, en el que sin duda ha podido influir la experiencia profesional del autor después de haber ocupado, durante más de seis años, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa.

[45] Aunque han sido numerosos los trabajos doctrinales estudiados, haciéndose especial referencia en las citas a pie de página a los más relevantes por su relación con el objeto del presente trabajo de investigación, destacan por su generalidad y profundidad en el estudio del concepto de defensa nacional las tesis doctorales realizadas por COTINO HUESO y BLANQUER CRIADO. Asimismo, dada la escasez de estudios relacionados con el ámbito específico de la contratación administrativa en el sector de la defensa, son objeto de especial referencia los realizados por SANABRIA y FERNÁNDEZ-PIÑEYRO, sin perjuicio de otras obras especializadas publicadas por el Ministerio de Defensa. Y en el ámbito del ordenamiento jurídico europeo, se ha atendido fundamentalmente a la extensa obra del profesor ALONSO.

CAPÍTULO PRIMERO.

LA DEFENSA NACIONAL COMO ACTIVIDAD PÚBLICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y SU INCIDENCIA EN LAS ACTIVIDADES DEL ESTADO

I.- LA DEFENSA NACIONAL COMO ACTIVIDAD ESENCIAL DEL ESTADO.

I.1. La defensa nacional en la Constitución Española.

La defensa nacional puede definirse como la actividad pública dirigida a la conservación del Estado y que comprende tanto la conservación del territorio y la protección de la población respecto de agresiones exteriores como, en el ámbito interno, la conservación del propio ordenamiento jurídico[46]. Se trata, por consiguiente, de una actividad esencial del Estado dirigida a salvaguardar su propia existencia. La trascendencia de dicha función resulta del propio texto constitucional, que se refiere a la misma en cinco ocasiones, si bien, como veremos, la necesidad de su garantía en el marco del Estado social y democrático de Derecho impregna todo el sistema político contenido en la Constitución española de 1978.

I.1.A. La defensa nacional como garante del Estado social y democrático de Derecho y presupuesto para el adecuado desarrollo del mismo. El artículo 8 de la Constitución.

Nuestra Carta Magna no contiene una definición del concepto de defensa nacional, si bien el mismo resulta de las funciones que el artículo 8.1. reconoce a las Fuerzas Armadas, manteniendo la tradición histórica que vincula la defensa nacional a la actuación de las que son su principal instrumento. Asimismo, dicha referencia responde a las singulares connotaciones históricas y a la posición que ocupaban las Fuerzas Armadas durante la transición española, recogiendo las connotaciones principales que,

[46] BLANCO VALDES, R. L., *La ordenación constitucional de la defensa*, Tecnos, Madrid, 1988, pág.17.

respecto de la función del Ejército, se habían recogido en las sucesivas leyes constitutivas del Ejército[47] y en la preconstitucional Ley Orgánica del Estado de 1967[48]:

> «Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».

Como señala BLANCO VALDÉS[49], la garantía de la soberanía e independencia de España incide sobre los elementos que, tradicionalmente, se han venido considerando, junto con la población, como elementos constitutivos del Estado (soberanía y territorio) y tienen una significación marcadamente exterior, de defensa armada frente a enemigos exteriores, mientras que la defensa del ordenamiento constitucional tendría una finalidad claramente interior. Y en este sentido, únicamente mediante el estado de sitio es posible constitucionalmente la intervención interna de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de las misiones que les atribuye el artículo 8.1 respecto de la defensa nacional, lo que requiere, como presupuesto[50] que se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios[51].

---

[47] El artículo 6º de la Ley Orgánica del Ejército, aprobada por las Cortes el 9 de junio de 1821, establecía que «La nación española establece la fuerza armada para defender el estado de los enemigos exteriores, y para asegurar la libertad política, el orden público y la ejecución de las leyes», en términos que se mantendrían en normas posteriores, como la Ley Constitutiva del Ejército de 9 de noviembre de 1978, cuyo artículo 2º declaraba solemnemente que «La primera y más importante misión del Ejército es sostener la independencia de la patria, y defenderla de enemigos exteriores é interiores», o en la de 19 de julio de 1889, cuyo artículo 1 preveía que «El Ejército constituye una institución nacional regida por leyes y disposiciones especiales, y cuyo fin principal es mantener la independencia é integridad de la patria y el imperio de la Constitución y las leyes. es mantener la independencia é integridad de la patria y el imperio de la Constitución y las leyes». Con mayor retórica, el Preámbulo del Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, por el que se regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas destacaba que «Son, pues, las Fuerzas Armadas una Institución sustantiva fundamental en el orden de la sociedad, cimiento y garantía del Estado, de su supervivencia y de su vida, es decir, del orden institucional y de la actividad política».

[48] El artículo treinta y siete de la Ley Orgánica del Estado, número 1/1967, de 10 de enero, disponía que «Las Fuerzas Armadas de la Nación, constituidas por los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire y las Fuerzas de Orden Público, garantizan la unidad e independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional y la defensa del orden institucional».

[49] BLANCO VALDÉS, ROBERTO.L. *La ordenación constitucional de la Defensa, op.* cit. pág. 71 y 72.

[50] Artículo 32.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

[51] Sin perjuicio de que la LODN haya ampliado las misiones que pueden desempeñar las Fuerzas Armadas en el interior, desvinculadas del mantenimiento del orden público y para cuya efectividad no se requiere

No obstante, como se va a analizar con más detenimiento, la defensa nacional es una actividad transversal a cuya garantía están llamados todos los elementos del Estado, y si bien las Fuerzas Armadas se configuran como el más importante, ni son el único ni agotan todas las consecuencias que se pueden derivar de la necesidad de defender a España. Por ello, consideramos que el artículo 8 al definir la misión de las Fuerzas Armadas, lo que realmente está definiendo es el propio concepto de defensa nacional que, de este modo, podría definirse como *la garantía* de *la soberanía e independencia de España, de su integridad territorial y del ordenamiento constitucional.*

En este sentido, la Ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar[52], identificaba las misiones de las Fuerzas Armadas con la finalidad de la defensa nacional, mientras que la vigente Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, que ha optado por no definir la defensa nacional, lo hace con las finalidades de la política de defensa.[53]

De este modo, la defensa nacional se configura en la Constitución como garante de la continuidad del propio Estado social y democrático de Derecho que la misma establece y, por consiguiente, de sus principios fundamentales, del régimen de derechos y libertades y, en definitiva, del pacto político y social que garantiza nuestra convivencia, tanto frente a agresiones exteriores como en los supuestos de agresiones interiores de mayor gravedad.

Asimismo, la defensa nacional no se configura únicamente como garantía del Estado que la Constitución proclama, sino también como presupuesto para el adecuado

---

la declaración del estado de sitio, como es la colaboración con las diferentes Administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas o en los servicios de rescate terrestre, marítimo y aéreo, en las tareas de búsqueda y salvamento.

[52] «Artículo segundo. La defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución».

[53] «Artículo 2. Finalidad de la política de defensa. La política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España».

desarrollo del mismo, tal y como ya se recogió en la Exposición de Motivos de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas:

> «La sociedad española está convencida de la necesidad de dotarse de una defensa eficaz que garantice el ámbito de seguridad imprescindible para seguir construyendo el sistema de libertades, de bienestar económico y de igualdad social que nuestra Constitución proclama, al mismo tiempo que es consciente del deber de contribuir al mantenimiento de la paz mundial y del esfuerzo económico que supone para la Nación la consecución de estos objetivos».

Por otro lado, aunque en el momento del debate constituyente se defendió la inclusión de las misiones de las Fuerzas Armadas como una forma de limitar las mismas[54], actualmente deben analizarse en un sentido amplio, especialmente si tenemos en cuenta la evolución que ha tenido la participación de España en el marco de las organizaciones internacionales de seguridad y defensa y su participación en misiones internacionales. Por ello, apunta CAZORLA PRIETO[55] que las misiones enumeradas en el artículo 8.1 de la Constitución deben ser interpretadas en un sentido amplio y no como un numerus clausus, ya que como acertadamente señala este autor:

> «La Constitución forma un solo cuerpo jurídico y sus distintos integrantes conforman un todo jurídico, en el que los elementos aislados deben zambullirse en su sentido y alcance normativos dentro del conjunto constitucional. De ahí se desprende que las Fuerzas Armadas tienen atribuidas, por una parte, las funciones que figuran en el tan mencionado artículo 8.1., y, por otra, todas aquellas que, como barco armado del Estado y directa o indirectamente, contribuyen a que este desarrolle de la mejor manera posible las funciones que le son asignadas constitucionalmente».

De este modo, dichas funciones deben ponerse en relación con las que derivan de las obligaciones internacionales asumidas por España en materia de seguridad compartida

[54] En este sentido se pronuncia BLANCO VALDÉS: «Porque si algo queda claro en el artículo del que venimos tratando es que las Fuerzas Armadas, bajo la dirección del Gobierno según determinación expresa del constituyente, no pueden ser utilizadas por el ejecutivo, sino en aquellas misiones que, también expresa por más que latamente, se determinan en la Constitución. Tal es la funcionalidad esencial del precepto: la de fijar expresamente los límites a la facultad de dirección militar atribuida al Gobierno por la Constitución».

[55] CAZORLA PRIETO, L. M., *Fuerzas Armadas y Acción Exterior del Estado*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2019, pág.88.

y defensa colectiva, en el marco de las distintas organizaciones internacionales de las que forma parte; la asunción por el Estado de la competencia exclusiva en materia de «relaciones internacionales», siendo las Fuerzas Armadas un elemento esencial de la acción exterior del Estado[56]; y la proyección exterior de los derechos consagrados por el propio texto constitucional, fundamento de la paz social, que se derivaría de la previsión contenida en el propio Preámbulo de la Constitución, que proclama la voluntad de la Nación Española de «Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra».

Y, de igual modo, se debe compartir el postulado de CAZORLA PRIETO[57] respecto de la amplitud y flexibilidad con la que debe precisarse el alcance del título habilitante «defensa» en lo que concierne a la acción militar exterior de las Fuerzas Armadas, que no puede quedar reducido a la existencia de una agresión previa, ya que la evolución actual de los riesgos y amenazas y su carácter internacional difuso, tal y como se analizará posteriormente, debe abarcar también una actuación preventiva.

Asimismo, hay que tener en cuenta que las misiones que el artículo 8.1. atribuye a las Fuerzas Armadas relacionadas con la defensa nacional no agotan las operaciones que las mismas pueden realizar, ya que su empleo en cuanto instrumento del Estado se puede extender a otros ámbitos internos o externos cuando las especiales circunstancias lo hagan necesario, tal y como prevé actualmente el artículo 16 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional, al incluir los supuestos de colaboración con las diferentes Administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente, o la participación con otros organismos nacionales e internacionales para preservar la

[56] Artículo 8 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.

[57] CAZORLA PRIETO, L. M., *Fuerzas Armadas y Acción Exterior del Estado*, op. cit., pág. 89. No obstante, como señala el citado autor, la opinión no es unánime, citando entre los autores que discrepan a GARCÍA FERNÁNDEZ, J. «El Parlamento y la guerra. La posición de las Cortes Generales ante las misiones en el exterior», *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, número 8, 2003, págs. 136 y 137: «Desde la perspectiva constitucional, esta noción de defensa nacional… nos importa por dos motivos: porque el artículo 97 atribuye al Gobierno la defensa de España y porque la actuación de las Fuerzas Armadas solo puede ser defensiva a tenor de lo establecido en los artículos 8 y 30 de la Constitución y de la interpretación de estos tres preceptos sacamos una conclusión: si invocamos la defensa nacional, el Gobierno solo puede desplegar tropas en el exterior en el supuesto de una agresión previa y, por su carácter bélico, con autorización parlamentaria».

seguridad y el bienestar de los ciudadanos españoles en el extranjero, de conformidad con los criterios de coordinación y de asignación de responsabilidades que se establezcan[58].

Por otro lado, la defensa nacional quedaría diferenciada de la seguridad pública a la que se refiere el artículo 104 del texto constitucional («Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana») en un doble sentido. En primer lugar, porque se deslindan claramente ambos conceptos, de modo que a la seguridad pública le corresponde proteger *el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana*, siendo responsable, con carácter general, del mantenimiento del orden público interno. Y en segundo término y singularmente, por la mayor relevancia que se atribuye a la defensa nacional, al incluirse en el Título Preliminar de la Constitución, frente a la seguridad pública, que se regula en su Título IV, referido en concreto a uno de los poderes del Estado, el ejecutivo, bajo la rúbrica "Del Gobierno y de la Administración".

Procede, por consiguiente, analizar las implicaciones y consecuencias que se derivan de la inclusión de la defensa nacional en el Título Preliminar del texto constitucional.

La Constitución Española de 1978 incluye un Título Preliminar (que en el anteproyecto publicado el 5 de enero de 1978 llevaba por rúbrica, como Título I, la de "Principios generales"[59]) que siguiendo los precedentes constitucionales, incluye las definiciones del ordenamiento que pretende instaurar, estableciendo los pilares en los que se ha de sustentar y aquellas cuestiones a las que el Poder constituyente pretende dotar de una especial transcendencia, y cuya importancia se pone de manifiesto al incluirse dicho Título entre aquellos cuya reforma requiere seguir el procedimiento agravado del artículo 168[60].

---

[58] Y que BLANCO VALDES conceptúa como finalidades de *defensa civil*, en contraposición con las de *defensa militar.* BLANCO VALDES, R. L., *La ordenación constitucional… op. cit. pág. 75*

[59] El cambio de denominación responde a la enmienda número 779 al Anteproyecto de Constitución presentada por UCD sobre la justificación de que «responde mejor al contenido de un título donde se incluyen los epígrafes generales a desarrollar en el resto de la Constitución, o claves fundamentales de la misma».

[60] No faltando autores que, partiendo de lo dificultoso de dicho procedimiento, que como señalara Pedro de Vega, parece más pensado para evitar la reforma que para garantizar el respeto a los contenidos protegidos por ella, defienden su necesidad en el caso del Título Preliminar o, incluso, en la línea de la suprafundamentalidad señalada por Lucas Verdú, que el mismo debería haberse limitado a dicho Título, dado el carácter principal de sus contenidos en el que las reformas de detalle tienen mayor riesgo de

La trascendencia de dicho Título Preliminar no ha estado exenta de polémica, comenzando con su propia denominación. Así, mientras ALZAGA considera acertada la misma, al permitir recoger normas de muy plural contenido y distinta naturaleza, incluyendo junto a preceptos muy trascendentes otros de relativa importancia constitucional, de modo que «Estamos ante un título pórtico, acertadamente denominado "Título Preliminar", que evidencia, como en tantas otras constituciones, que al portalón de las constituciones se asoman, junto a preceptos de la mayor importancia, otros de menor trascendencia»[61], LUCAS VERDÚ se reafirma en su desafortunada denominación, al considerar que la calificación de preliminar no cuadra con su relevancia y funciones, que en su opinión «tiene importancia capital en el sentido […] que contiene implícita la fórmula política de la Constitución» que los restantes títulos concretan, por lo que considera preferible la denominación «Principios fundamentales».[62]

Sin entrar en dicha polémica, y del carácter complementario de ambas visiones, acierta Lucas Verdú, al señalar que «El título preliminar expresa -siguiendo las tesis de SCHMITT- el conjunto de decisiones políticas básicas que configuran la existencia política del pueblo español», siendo el artículo 8 uno de los preceptos que gozan de una importancia capital.

De este modo, el Título Preliminar comienza definiendo el modelo de Estado, que se configura como un Estado social y democrático de Derecho y establece sus valores superiores (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político) de los que derivan los principios constitucionales; identifica al conjunto de la ciudanía, es decir, al pueblo, como el titular de la soberanía y establece como forma del Estado a la Monarquía parlamentaria (artículo 1). Asimismo, configura territorialmente al Estado como un Estado descentralizado sobre la base de tres principios esenciales: unidad, autonomía y solidaridad (artículo 2), y consecuentemente, se fijan la lengua oficial, los símbolos y la capitalidad del Estado, sin perjuicio de las especialidades derivadas de dicho Estado autonómico (artículo 3, 4, y 5). Recoge las organizaciones que se consideran básicas en el modelo de Estado como los partidos políticos como instrumento del pluralismo político

implicar modificación de los principios. En este sentido, véase CORCUERA ATIENZA, J., "El Título Preliminar de la Constitución de 1978"*, Anuario de Derecho Parlamentario,* nº. 15, 2004 (Ejemplar dedicado a: XXV aniversario de la Constitución Española), págs. 41-84, en concreto pág.44.

[61] ALZAGA VILLAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. y RODRÍGUEZ ZAPATA, J. *Derecho Político Español según la Constitución de 1978, I,* Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, pág. 201.

[62] LUCAS VERDÚ, P. "Comentario al Título Preliminar" en ALZAGA, O. (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Tomo I, Madrid, 1983, pág.20 y ss.

(artículo 6) y los sindicatos y asociaciones empresariales como instrumentos del pluralismo económico y social (artículo 7), así como las Fuerzas Armadas en cuanto garantes de la soberanía e independencia del Estado, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional (artículo 8). Y concluye estableciendo la normatividad de la Constitución, el deber de remover los obstáculos que dificulten que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas y los principios del ordenamiento jurídico (artículo 9).

Como puede fácilmente observarse, dicho Título contiene los elementos esenciales del ordenamiento constitucional que se desarrollan en los Títulos posteriores, habiendo incluido entre los mismos a las Fuerzas Armadas, su composición y las misiones que tienen atribuidas, subrayando el constituyente su trascendencia en el nuevo Estado constitucional, lo que supuso una novedad en nuestro constitucionalismo, ya que hasta entonces la función de las Fuerzas Armadas se había venido recogiendo en las sucesivas Leyes constitutivas del Ejército y en la preconstitucional Ley Orgánica del Estado de 1968, tal y como se indicó anteriormente. De este modo, el constituyente español se inspira, en este punto, en la Constitución austríaca, que encomienda a las Fuerzas Armadas «la protección de las instituciones constitucionales y de su capacidad de actuación, así como de las libertades democráticas de sus habitantes».[63]

La doctrina patria ha venido destacando como la inclusión de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar responde a las concretas razones históricas existentes en el momento de aprobarse la Constitución y el talante conciliador e integrador que caracterizan a la misma[64], siendo el artículo 8º, como recuerda BLANCO VALDÉS, «uno de los más afectados por el consenso que presidió la elaboración del texto de 1978»[65]. De este modo, se afirmaba su importancia en la nueva situación constitucional, delimitando su función básica de defensor del ordenamiento constitucional y subordinado a él[66].

[63] Artículo 79.2, añadido el 10 de junio de 1975. La referencia es de Miguel Herrero Rodríguez de Miñón, intervención en la Comisión Constitucional del Congreso, el 16 de mayo de 1978, CETP, I., página 918, citado por CORCUERA ATIENZA, J., *El Título Preliminar… op. cit.* pág. 80.

[64] CORCUERA ATIENZA, J., *El Título Preliminar… op. cit.* págs. 43 y 44: «Junto a ello, el Título Preliminar acoge determinados elementos que expresan el peso de sectores y planteamientos más vinculados con la etapa que acababa y manifiestan la voluntad de integración de una Constitución que quería ser Norma Fundamental de todos los españoles. Ello se manifiesta, sobre todo, en la inclusión del artículo 8 dentro del Título Preliminar, y en el debate sobre la compatibilidad de Nación y nacionalidades, que concluye en el enfático subrayado con que el artículo 2 afirma la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles».

[65] BLANCO VALDÉS, R.L. *La ordenación constitucional de le Defensa, op.* cit. pág. 62.

[66] CORCUERA ATIENZA, J., *El Título Preliminar… op. cit.* pág. 80

No obstante, su inclusión dio lugar a un importante debate, que se extendió con posterioridad a la promulgación del texto constitucional y sobre el que han corrido ríos de tinta, referidos a la naturaleza jurídico-constitucional que corresponde a las Fuerzas Armadas, entre los defensores de las denominadas «teorías institucionalistas» y «teorías administrativistas»[67].

En el momento actual, prevalecen las denominadas tesis administrativistas, que configuran a las Fuerzas Armadas como integrantes de la Administración y sometidas a la dirección del Gobierno, y si bien es cierto que las mismas no fueron integradas como parte del Ministerio de Defensa hasta el año 1984, hoy no existe duda alguna sobre dicha integración, consagrada ya en el artículo 9.2. de la Ley Orgánica de Defensa Nacional.

Debe, por ello, entenderse esta cuestión como un debate superado, siendo innegable el pleno sometimiento de las Fuerzas Armadas a la dirección política del Gobierno[68], sin perjuicio de reconocer que también concurren elementos en las mismas que las permiten identificar como institución, como son los principios de unidad, jerarquía y disciplina, que ha venido destacando el Tribunal Constitucional[69], pero sin que, en ningún caso, se pueda extraer de dicha caracterización una interpretación contraria a lo dispuesto en el propio texto constitucional, configurando a las mismas como un poder con autonomía funcional respecto del poder político del Estado.

[67] Los defensores de la tesis institucionalista, partiendo del concepto de institución como categoría propia del derecho público desarrollado por Hauriou y Santi Romano, se amparaban en la existencia de una institución con características propias anterior a la propia constitución y protegidas por la técnica de la garantía institucional, tal y como había sido definido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 32/1981, de 28 de julio (FJ. 3): «El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones aseguradas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional […]. Por definición […] la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la presencia de una institución en términos recognoscibles para la imagen que de la misma tienen la conciencia social en cada tiempo y lugar». Para los partidarios de las tesis administrativas, las Fuerzas Armadas son un sector de la Administración Pública, con estructura y fines específicos definidos en la Constitución y en las leyes sometidas al poder civil derivado de la Constitución.

[68] Y que BLANCO VALDÉS define como aquel sector de la Administración encargado de defender, con arreglo a las leyes, la soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. BLANCO VALDES, R. L., *La ordenación constitucional… op. cit.,* pág.69.

[69] «peculiaridades del Derecho penal y procesal militar resultan genéricamente, como se declaró en la Sentencia 97/1985, de 29 de julio (F. 4), de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el art. 8 de la Constitución».

En este punto, apunta BLANCO VALDÉS que la inclusión del artículo 8º en el Título Preliminar respondió a razones políticas vinculadas al papel que las Fuerzas Armadas estaban llamadas a jugar en todo el proceso de transición política y carente de toda intencionalidad de configurar un poder autónomo. Sin embargo, no resulta igual de pacífico la conclusión que obtiene el mencionado autor anudada a la anterior, que niega cualquier relevancia jurídica y constitucional a dicha ubicación[70].

Por contra, la relevancia jurídica que debe atribuirse a la inclusión del artículo 8º en el Título Preliminar deriva de la esencial función que corresponde a la defensa nacional, debiendo diferenciarse, tal y como se viene destacando, dicha función del Estado (defensa nacional) del principal elemento del que el mismo se dota para su ejecución (las Fuerzas Armadas). Por consiguiente, al igual que la inclusión de los partidos políticos lo es en su condición de instrumento fundamental para la participación política (artículo 6 CE) y los sindicatos y asociaciones empresariales como instrumentos de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales (artículo 7), y por lo tanto, no en su condición de tales sino por la especial relevancia que la constitución atribuye a las funciones que a los mismos corresponden, la inclusión de las Fuerzas Armadas en el artículo 8º responde a ese mismo planteamiento, se incluyen no en cuanto tales, sino por la trascendental misión que desempeñan.

Por ello, la relevancia del artículo 8º deriva de consagrar, como uno de los elementos esenciales de nuestro ordenamiento constitucional, la defensa nacional, función del Estado que tienen por objeto garantizar la supervivencia del mismo, y que despliega sus efectos no sólo respecto de las Fuerzas Armadas, sino respecto de todos los poderes públicos y todos los ciudadanos, como veremos posteriormente al analizar el carácter transversal de la defensa nacional.

Y en este sentido, queda plenamente justificada su inclusión en el Título Preliminar, que al proclamar los grandes principios inspiradores del Estado incluye entre

[70] BLANCO VALDÉS, R. L., *La ordenación constitucional… op. cit.* pág. 64 y 65: «En suma, la colocación del artículo 8.º en el Título Preliminar de la Constitución respondió, en la intención de los grupos parlamentarios defensores de la misma, a razones políticas directamente vinculadas a la peculiarísima coyuntura política en que se produce el debate constituyente y en ningún caso a la intención de configurar a las Fuerzas Armadas como un poder autónomo en el seno del Estado democrático. Esa ubicación carece, por lo tanto, a nuestro juicio, de cualquier relevancia jurídica, de cualquier sentido constitucional, más allá de la marcada significación simbólica de una decisión política sólo explicable en función de una irrepetible coyuntura histórica».

los mismos la garantía última de los mismos y, en definitiva, la supervivencia del propio Estado social y democrático de Derecho que la misma instaura.

De este modo, la defensa nacional entendida como la función de *garantizar la soberanía e independencia del Estado, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional* es un elemento esencial del Estado, dirigido a garantizar su propia supervivencia, que tiene carácter normativo y, por tanto, es un mandato que vincula al Gobierno y a todos los poderes públicos, y que va a justificar la existencia de limitaciones y restricciones a los derechos de los ciudadanos, tal y como se verá posteriormente.

Además, la especial configuración constitucional de la defensa deriva, asimismo, del resto de preceptos constitucionales que contienen la referencia expresa al término «defensa», y que procedemos a analizar, de los que resulta que se trata de una competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.4º), cuya dirección corresponde al Gobierno (artículo 97), siendo un deber de todos los españoles el de defender a España (artículo 30) y que justifica la limitación de otros derechos, como el derecho a la transparencia de la información pública (artículo 105.b.). De dichos preceptos, se obtienen ya importantes consecuencias respecto de la posición que ocupa la defensa nacional.

I.1.B. La defensa nacional como competencia exclusiva del Estado.

La configuración del Estado español como un Estado autonómico implica la necesidad de deslindar las competencias que corresponden al Estado y las que pueden asumir las Comunidades Autónomas, habiendo optado el Constituyente por el establecimiento, aparentemente, de un sistema de doble lista (el artículo 148 recogería las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía y el artículo 149 las que corresponde en exclusiva al Estado, que se completa con la técnica de las Leyes Orgánicas de transferencia y delegación previstas en el art.

150.2 y la cláusula residual del art 149.3) que la doctrina viene tachando de excesivamente complejo[71].

De acuerdo con el artículo 149.1., «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 4.ª Defensa y Fuerzas Armadas»[72]. Del citado precepto interesa destacar, en primer lugar, que se reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la materia de defensa y Fuerzas Armadas y todas las funciones públicas ejercitables sobre las mismas, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos en los que el Estado se reserva exclusivamente determinadas funciones respecto de la concreta materia, distinguiendo el texto constitucional, en función de los supuestos, entre funciones normativas y funciones ejecutivas que se reserva el Estado y las que podrás asumir las Comunidades Autónomas.

En el presente caso, como hemos visto, el texto constitucional no diferencia, por lo que corresponden al Estado todas las funciones públicas en materia de defensa y Fuerzas Armadas, tanto las normativas (incluyendo cualquier norma, legal o reglamentaria, tendente a la regulación sustantiva o procedimental de la materia en cuestión) como las ejecutivas.

La relevancia de dicha distinción ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional, quien ha destacado como, en los supuestos en los que se reserva toda una materia en vez de potestades concretas, la reserva estatal impide, no ya que una Comunidad Autónoma pueda asumir competencias sobre la materia reservada, sino también que pueda orientar su autogobierno en razón de una política propia acerca de ella, aunque pueda participar en la determinación de tal política en virtud de la representación específica que las distintas Comunidades tienen en el Senado[73].

---

[71] SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo, Volumen I,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pág.549: «Los criterios para llevar a cabo este reparto se contienen, básicamente, en los artículos 148 y 149 CE. Nada más lejos de la realidad, sin embargo, pensar que dichos preceptos contienen un sistema de relativa sencillez, comprensible sin más que una somera labor interpretativa de tipo clásico. Antes bien, el régimen de distribución que de los mismos se deriva es de una complejidad extraordinaria: sin duda alguna, se trata, hoy por hoy, del tema más complejo de todo el nada simple Derecho público español».

[72] La Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931 contenía idéntica previsión en su artículo 14: «Son de la exclusiva competencia del Estado español la legislación y ejecución directa en las materias siguientes: 7ª Ejército, Marina de guerra y Defensa nacional».

[73] Así se recoge en la Sentencia núm. 35/1982 de 14 junio, al señalar que «El artículo 149.1. de la Constitución utiliza para delimitar el ámbito reservado en exclusiva a la competencia estatal, diversas técnicas, cuya compleja tipología no es del caso analizar en detalle. Sobresale, sin embargo, la diferencia, que aquí sí es pertinente, entre la reserva de toda una materia (v. gr. Relaciones Internacionales, Defensa

Por consiguiente, siendo la defensa la actividad pública dirigida a garantizar la salvaguardia del propio Estado o, en los términos del artículo 8 de la Constitución, «garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional», todas las funciones públicas sobre la misma corresponden en exclusiva al propio Estado cuya subsistencia es la razón de ser de dicha función, considerada tradicionalmente como la primera función del Estado. Por tanto, tampoco puede ser objeto de delegación o transferencia conforme al artículo 150.2.[74], ya que por su *propia naturaleza* no es susceptible de transferencia o delegación, al afectar a la propia soberanía o, como señala MUÑOZ MACHADO, al afectar al Estado como conjunto.[75].

La segunda consecuencia que se extrae del artículo 149.1.4º de la Constitución es que las Comunidades Autónomas carecen de competencias en relación con la defensa nacional, lo que ha llevado al Tribunal Supremo a calificar esta competencia de «rigurosamente exclusiva» y a que el Tribunal Constitucional haya resaltado reiteradamente la relevancia de este sector de la actividad estatal dados los «altos fines» que el artículo 8.1. de la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas.[76]

---

y Fuerzas Armadas , Administración de Justicia, Hacienda General y Deuda del Estado, etc.) y la reserva de potestades concretas (sea la legislación básica, o toda la legislación sobre determinadas materias). En el primer caso la reserva estatal impide, no ya que una Comunidad Autónoma pueda asumir competencias sobre la materia reservada, sino también que pueda orientar su autogobierno en razón de una política propia acerca de ella, aunque pueda participar en la determinación de tal política en virtud de la representación específica que las distintas Comunidades tienen en el Senado. Cuando, por el contrario, la reserva estatal es sólo de ciertas potestades, correspondiendo otras a las Comunidades Autónomas que deseen asumirlas, éstas, en el ejercicio de su autonomía, pueden orientar su acción de gobierno en función de una política propia sobre esa materia, aunque en tal acción de gobierno no puedan hacer uso sino de aquellas competencias que específicamente le están atribuidas». En este mismo sentido, la Sentencia núm. 247/2007 de 12 diciembre, después de recoger dicha distinción y recordar cómo el marco constitucional está dotado de considerable complejidad en este punto, recuerda su condición de intérprete supremo de la Constitución: «Es decir, la Constitución, que sí fija las materias de competencia estatal, no especifica directamente el contenido o alcance ni de las materias ni de las funciones materiales sobre las que se proyecta aquélla, ni tampoco contiene reglas expresas de interpretación que inmediatamente permitan concretar dicho contenido o alcance, lo que, en última instancia, sólo corresponde precisar a este Tribunal Constitucional en el ejercicio de su jurisdicción».

[74] Artículo 150.2.: «El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado».

[75] MUÑOZ MACHADO, S., *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Ed. Civitas, Madrid, 1979, págs. 31 a 43.

[76] Como el Tribunal Supremo recuerda en su sentencia de 7 de marzo de 2018, con cita de la de 19 de septiembre de 2014 «Concretamente, la defensa nacional constituye un ámbito de competencia estatal que bien puede calificarse de rigurosamente exclusiva, en el sentido de que las Comunidades Autónomas no ostentan competencias sobre él. Por lo demás, se trata de un sector de la actividad estatal cuya

Por otro lado, también la reserva de ley orgánica recogida en el artículo 8.2 de la Constitución respecto de las bases de la organización militar actúa como criterio delimitador, excluyendo la posibilidad de ser objeto de regulación por parte de las Comunidades Autónomas.

Esta exclusividad ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en diferentes ámbitos como, por ejemplo, en relación con las lenguas cooficiales, considerando que corresponde en exclusiva al Estado la regulación material del uso de las lenguas oficiales en las Fuerzas Armadas[77], o respecto del transporte en carretera, declarando que pertenece al Estado la titularidad para dictar determinadas medidas en relación con el transporte de mercancías peligrosas por carretera por vehículos de las Fuerzas Armadas.[78]

La atribución de dicha competencia exclusiva y excluyente introduce un nuevo rasgo diferenciador entre la defensa nacional y la seguridad pública, ya que en este último caso si se prevé que puedan asumir competencias las Comunidades Autónomas en el apartado 29 del citado artículo 149.1, puesto que el reconocimiento de la competencia exclusiva estatal se hace «sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las

relevancia ha sido resaltada por el Tribunal Constitucional, que se ha referido en numerosas resoluciones a "los altos fines que el artículo 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional (STC 179/2004, de 21 de octubre, entre otras)».

[77] Sentencia 123/1988 de 23 de junio, reiterada posteriormente en la Sentencia 87/1997 de 24 abril: «Concretamente en la STC 123/1988, fundamento jurídico 5, se dice, de un lado, que «nada impide, en principio, según la doctrina general sentada por anteriores decisiones sobre la cooficialidad, que se extraigan las consecuencias de dicho principio en relación con todas las Administraciones Públicas, sin que a ello sea una excepción las Fuerzas Armadas (...). En este sentido, nada se opone a que, para garantizar la efectiva cooficialidad, la Comunidad Autónoma especifique la validez de las actuaciones de los particulares ante los poderes públicos en una de las lenguas oficiales», «ahora bien, dicho esto, ha de tenerse en cuenta que la atribución de la regulación de la cooficialidad y sus efectos no puede suponer una atribución de competencias específicas más allá del marco establecido en el reparto que llevan a cabo la Constitución y los Estatutos de Autonomía. A este respecto ha de recordarse que el art. 149.1.4 CE dispone que el Estado tiene competencia exclusiva en lo que se refiere a las materias de Defensa y Fuerzas Armadas, lo que excluye cualquier intervención de los poderes de las Comunidades Autónomas en la regulación de la organización de las Fuerzas Armadas para los fines de su servicio interno, y por los miembros de las mismas (integrados en una relación especial de sujeción), es algo que afecta a las mismas bases de su organización y funcionamiento, dadas sus características internas. En consecuencia, y en ejercicio de una atribución competencial expresa, corresponde en exclusiva al Estado la regulación material del uso de las lenguas oficiales en las Fuerzas Armadas, y le corresponde asimismo, en exclusiva, la fijación de las condiciones y requisitos para la determinación de la validez de los actos de la Administración militar».

[78] Sentencia núm. 2/1993 de 14 enero

Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica»[79].

No obstante, el principal problema que se ha planteado en los últimos años no se refiere tanto a la exclusividad de la competencia estatal en materia de defensa, que no se cuestiona, sino a la concurrencia de dicha competencia con ámbitos en los que las Comunidades Autónomas sí son competentes, teniendo declarado el Tribunal Constitucional sobre la competencia atribuida al Estado por el art. 149.1.4 CE en materia de Defensa y Fuerzas Armadas que, cuando la Comunidad Autónoma ejerce competencias propias de proyección general, debe hacerlo con respeto a las competencias exclusivas del Estado, no pudiendo ignorar, anular o perturbar éstas, estableciendo regulaciones incompatibles con ellas.[80]

En este sentido, en lo que se refiere a la concurrencia de títulos competenciales de diferentes Administraciones Públicas en zonas declaradas de interés para la defensa nacional, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones, singularmente cuando la competencia sobre defensa nacional concurría con otros títulos competenciales como el patrimonio histórico, el medioambiente o el urbanismo, estableciendo con carácter general que dichas situaciones de concurrencia competencial deben resolverse acudiendo a técnicas de colaboración y concertación previstas en las normativas legales correspondientes y en su defecto atendiendo a la competencia estatal en materia de defensa como más específica, pero sin que dicha preferencia pueda entenderse en términos absolutos[81].

---

[79] Asimismo, hay que tener en cuenta que las entidades locales también ostentan competencia en materia de seguridad pública, en el marco de lo previsto en la legislación estatal, conforme a lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

[80] Sentencia núm. 182/2014 de 6 noviembre, con cita de las Sentencias 36/1994, de 10 de febrero, FJ.5, 149/1991, de 4 de julio y Auto 428/1989, de 21 de julio, FJ 4.

[81] El resumen de dicha doctrina se contiene en su Sentencia núm. 192/2014, de 20 de noviembre: «Por lo que se refiere a los restantes suelos afectos a la defensa, hemos de señalar que nos encontramos ante un supuesto de concurrencia de competencias estatales y autonómicas derivadas de títulos jurídicos distintos, por lo que para la resolución del caso debemos recordar nuestra doctrina sobre tal supuesto de concurrencia competencial.

Al respecto, una consolidada doctrina de este Tribunal, centrada en la concurrencia de títulos competenciales estatales y autonómicos sobre un mismo territorio aunque derivadas de títulos jurídicos distintos (por todas, la STC 82/2012, de 18 de abril, FFJJ 3 y 4, que cita otras anteriores) ha coincidido en destacar los siguientes aspectos característicos:

a) En primer lugar, que las situaciones de concurrencia competencial sobre un mismo espacio físico han de resolverse acudiendo a técnicas de colaboración y concertación. “De esta forma resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordi-

No obstante, el Alto Tribunal ha destacado la prevalencia de la competencia estatal en materia de defensa nacional en el caso en que la misma haya sido ejercida en el Fundamento Jurídico Séptimo de su Sentencia 192/2014, de 20 de noviembre, que por su relevancia se transcribe a continuación:

> «En materia de defensa nacional, este Tribunal ha afirmado que el ejercicio por el Estado de su competencia «impide de raíz toda posibilidad de una acción autonómica de signo contrario. Aquí, en efecto, el Gobierno, en el marco de la competencia exclusiva que sobre defensa reconoce al Estado el art. 149.1.4 CE y de las facultades que le otorga la Ley 8/1975, ha decidido destinar a polígono de entrenamiento de la Fuerza Aérea una zona del territorio castellano-manchego

---

nación y cooperación entre las Administraciones públicas implicadas en la búsqueda de aquellas soluciones con las que consiga optimizar el ejercicio de las competencias estatales y autonómicas, pudiendo elegirse en cada caso las técnicas que se estimen más adecuadas. En definitiva, la concurrencia competencial no puede resolverse en términos de exclusión, sino que ha de acudirse a un expediente de acomodación e integración de los títulos competenciales —estatal y autonómico— que convergen sobre un mismo espacio físico y que, por eso mismo, están llamados a cohonestarse.

b) "Para el caso de que los cauces de cooperación resulten insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir, será preciso determinar cuál es el título prevalente en función del interés general concernido, que determinará la preferente aplicación de una competencia en detrimento de la otra. Para ello, habrá que tomar en consideración, como señala el fundamento jurídico 30 de la STC 40/1998, de 19 de febrero, cuál sea la competencia estatal de carácter sectorial que pretenda ejercerse, las razones que han llevado al constituyente a reservar esa competencia al Estado o el modo concreto en que éste o la Comunidad Autónoma pretendan ejercer las que les corresponden. En este sentido, hemos declarado que el Estado tiene competencias que pueden incidir de manera importante sobre el territorio... y que no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma. Debe tenerse en cuenta, en última instancia, que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace —o, al menos, así lo entiende el constituyen-te— un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas."

c) En todo caso, "determinada la preferencia de la competencia estatal en virtud de su carácter más específico y, por consiguiente, la posibilidad de condicionar, en el ejercicio de una competencia dotada de una clara dimensión espacial como es la establecida en el artículo 149.1.4 CE, la concurrente competencia autonómica... también tenemos establecido que esa preferencia no ha de ser entendida en términos absolutos (al respecto SSTC 14/2005, de 31 de enero, FJ 5, y 46/2007, de 1 de marzo, FJ 10)" sino que "la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siempre que ambas tengan distinto objeto jurídico, y que el ejercicio de las autonómicas no interfieran o perturben el ejercicio de las estatales (al respecto, STC 166/2000, de 15 de junio, FJ 3 y doctrina allí citada)."

Por tanto, las reglas que sintetizan nuestra doctrina en los supuestos de concurrencia de títulos competenciales estatales y autonómicos sobre un mismo espacio físico se ciñen a destacar, de una parte, la preferencia por las técnicas de concertación y de colaboración entre las administraciones públicas correspondientes, que habrán de venir debidamente previstas en sus normativas legales correspondientes; y, de otro lado, para el supuesto de que no sea posible acudir a aquéllas, habrá que determinar, de entre los que con-curren, cuál sea el título prevalente en función del interés general concernido, siempre con la modulación de que tal preferencia no deba ser entendida en términos absolutos si obedecen a objetos distintos y no interfieren o perturban el ejercicio de las competencias prevalentes».

carente de tutela singular como espacio natural protegido, y es evidente que tal decisión no podría verse contradicha por la Comunidad Autónoma concernida a través de una declaración a posteriori de esa zona como Parque, pues semejante declaración, que equivaldría a la pretensión de sustraer a la zona en cuestión al destino que le fue señalado en el ejercicio legítimo de una competencia estatal, implicaría el desconocimiento de ésta y la vulneración consiguiente del citado precepto constitucional. Es cierto que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha posee, según antes dijimos, la competencia de declarar como Parque las áreas de su territorio que reúnan las características descritas en el art. 13 de la Ley 4/1989 , pero también lo es que la referida competencia no puede ejercerse de modo que quede menoscabada o invadida la competencia del Estado para declarar una zona como de interés para la defensa nacional, ya que —reiterando doctrina consolidada de este Tribunal (cfr., v.g., STC 69/1988, de 19 de abril , fundamento jurídico 3)— el Estado no ha de verse privado del ejercicio de sus competencias por la existencia de una competencia autonómica» (STC 82/2012, de 18 de abril , FJ 4).

Aunque el Abogado del Estado no ha invocado que los terrenos hayan sido declarados zona de interés para la defensa nacional, que era el supuesto analizado en la Sentencia citada, es indiferente a estos efectos el instrumento jurídico utilizado ya que lo determinante es que ya había ejercido efectivamente la competencia cuando la Ley impugnada declaró el parque natural y prohibió el uso relacionado con la competencia del art. 149.1.4 CE. En consecuencia, la prohibición de maniobras y ejercicios militares conlleva su vulneración. Sin perjuicio de lo expuesto, conviene recordar que este Tribunal ha afirmado, también en materia de defensa nacional (STC 82/2012, de 18 de abril, FJ 3), que las situaciones de concurrencia competencial sobre el mismo espacio físico deben resolverse acudiendo a técnicas de colaboración y concertación. De esta forma, la decisión que adopte el Estado sobre las actividades y usos militares que se vayan a realizar sobre el espacio protegido estará obligada a ponderar los intereses públicos concurrentes y, en especial, los intereses ecológicos y medioambientales que haya tenido en cuenta la Comunidad Autónoma al ejercer su legítima competencia sobre espacios naturales protegidos, y así podrán instarlo las

Comunidades Autónomas mediante el ejercicio de las acciones que les competen».

I.1.C. La dirección por el Gobierno de la Administración militar y la defensa del Estado.

El artículo 97 de la Constitución establece que «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes».

El primer apartado del citado precepto atribuye al Gobierno diferentes funciones directivas: dirección de la política, tanto interior como exterior; dirección de la Administración, tanto civil como militar; y dirección de la defensa del Estado.

Del citado precepto interesa destacar dos conclusiones: la diferencia entre la Administración Militar y defensa del Estado; y el sometimiento, en todo caso, al poder de dirección del Gobierno. Por consiguiente, se articula la plena subordinación de las Fuerzas Armadas a los órganos políticos del Estado, lo que debe conjugarse con el resto de preceptos que atribuyen competencias a los mismos y que serán objeto de estudio detenido más adelante, tanto respecto de la función estatal de defensa nacional como respecto de su principal instrumento, las Fuerzas Armadas.

De este modo, se consagra en el texto constitucional el pleno sometimiento del poder militar al poder civil que ha venido caracterizando la evolución del Estado constitucional[82], ya que como señalara DUVERGER «El Ejército plantea un problema en todos los regímenes políticos: detenta una fuerza material capaza de dominar al Estado»[83]. Asimismo, interesa destacar la conceptualización diferenciada de la política de defensa, que se separa de la referencia que ya contiene a la política interior y exterior, lo que puede categorizarse como un argumento más de la relevancia que el propio constituyente

[82] Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 introdujo el principio de subordinación del poder militar al poder civil al establecer en su artículo 12 que «La garantía de los derechos del Hombre y del Ciudadano necesita de una fuerza pública; por ello, esta fuerza es instituida en beneficio de todos y no para el provecho particular de aquéllos a quienes se encomienda». (https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf, consultado el 17 de agosto de 2021).

[83] DUVERGER, M., *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1970, pág. 364.

atribuye a la defensa nacional (que comprende actuaciones tanto de política interior como exterior).

Por otro lado, el texto constitucional atribuye dichas funciones directivas al Gobierno, en cuanto órgano colegiado, aunque, como veremos, la evolución legislativa posterior ha centralizado dichas funciones en el Presidente[84], que pasa a configurarse como el «órgano protagonista de la defensa nacional».[85]

I.1.D. El derecho y el deber de defender a España.

El artículo 30.1. de la Constitución señala que «Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España», siendo numerosos los estudios doctrinales sobre el deber de defensa de España y, más concretamente, sobe la articulación del servicio militar obligatorio al que se refiere en su aparatado 2 («La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria»)[86]. No obstante, antes de analizar dicho deber, interesa destacar la inclusión del derecho de defender a España, cuya consagración, inicialmente olvidada al quedar subsumida en el deber de prestar el servicio militar, ha adquirido una mayor relevancia tras la suspensión del mismo y el establecimiento de unas Fuerzas Armadas profesionales de carácter voluntario[87].

En este sentido, autores como ALZAGA justifican dicho derecho «[…] por considerarse que participar en la defensa de la patria es un honor que a nadie en condiciones de asumir esta carga se puede negar» recordando como ya la Constitución de 1812, que en su artículo 9 constitucionalizó el servicio militar, previamente había establecido en su artículo 6 que «El amor a la patria es una de las principales obligaciones

[84] Y que algunos autores, como ALZAGA, consideran de muy dudosa constitucionalidad. ALZAGA VILLAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. y RODRÍGUEZ ZAPATA, J. *Derecho Político Español según la Constitución de 1978,* Tomo II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, pág. 518.
[85] BLANCO VALDÉS, R. L., *La ordenación constitucional*… op. cit. pág. 162.
[86] Destacando el análisis exhaustivo realizado en su momento por BLANQUER en su conocida obra "Ciudadano y soldado". BLANQUER CRIADO, D.V., *Ciudadano y soldado… op. cit.*
[87] Real Decreto 247/2001, 9 de marzo, por el que se adelanta la suspensión de la prestación del servicio militar.

de todos los españoles […]» [88]. No obstante, y sin perjuicio de compartir dicha afirmación, es preciso deslindar dicho derecho de connotaciones morales, siendo precisamente la propia función que representa la defensa nacional, en cuanto garante de los elementos constitutivos de todo Estado (territorio, población y poder soberano) y del sistema político de derechos y libertades recogido en el texto constitucional la que legitima que todo español tenga derecho a participar en su defensa, retornando a la concepción inicial de defensa individual a través de la defensa de la colectividad y suponiendo una manifestación específica del derecho a participar en los asuntos públicos, más allá de los supuestos contemplados en el artículo 23 de la Constitución.

Consecuentemente, su conceptuación como derecho constitucional impide cualquier tipo de trato discriminatorio por razón de sexo[89], lo que ha supuesto la progresiva incorporación de las mujeres a todos los ámbitos de las Fuerzas Armadas[90]. Asimismo, en cuanto tal derecho, goza de las garantías contempladas en el artículo 53 del texto constitucional, de modo que vincula a todos los poderes públicos y sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse su ejercicio, que se tutelará a través del recurso de inconstitucionalidad previsto en el artículo 161, 1, a).

De este modo, tras la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas, la realización práctica de dicho derecho se articula a través de la figura del reservista voluntario, integrada por aquellos españoles que desean aportar, de forma voluntaria y temporalmente, sus capacidades, habilidades y conocimientos, en las diferentes misiones que llevan a cabo las Fuerzas Armadas, en el cumplimiento de la función que la Constitución les asigna y como respuesta a los compromisos asumidos por el Gobierno y que «habiendo solicitado participar en la correspondiente convocatoria resulten seleccionados y superen los periodos de formación militar, básica y específica, que reglamentariamente se determinen para adquirir tal condición».[91]

En cuanto al deber de defender a España, fue ya recogido en el artículo 9 de la Constitución de 1812[92], respondiendo, como señala BLANQUER, no a la consagración

[88] ALZAGA VILLAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. y RODRÍGUEZ ZAPATA, J. *Derecho Político Español… op. cit.* Tomo II pág. 214.
[89] Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 216/1991 de 14 noviembre.
[90] Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero, por el que se regula la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas.
[91] Artículo 122.2.a) de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.
[92] «Artículo 9º: Está asimismo obligado todo español a defender la patria con las armas cuando sea llamado por la ley»

de un principio democrático de participación activa en la defensa militar, sino como una prestación de carácter público dirigida a atender a las acuciantes necesidades de la defensa como reacción frente al invasor francés.[93] Y dicho deber intrínsecamente vinculado a las necesidades de la defensa se ha mantenido en los sucesivos textos constitucionales (artículo 6 de la Constitución de 1837 y de la Constitución de 1845, artículo 28 de la Constitución de 1869, artículo 3 de la Constitución de 1876 y artículo 37 de la Constitución de 1931).

Son muy numerosos los trabajos existentes sobre la conceptualización del deber de defensa y su relación con el servicio militar obligatorio, cuyo estudio excede al ámbito del presente trabajo. Baste con señalar la postura defendida por BLANQUER, que ya en el año 1996 defendía la necesaria distinción entre el genérico deber de defender a España y la obligación de cumplir el servicio militar, al objeto de justificar la posible suspensión o supresión del mismo sin necesidad de reformar el texto constitucional, tal y como ha acaecido con posterioridad:

> «En mi opinión, *no puede identificarse el deber de defender a España* (artículo 30.1. de la Constitución) *con la obligación de cumplir el servicio militar* (artículo 30.2). […]
>
> *Considero que el genérico deber de defender a España establecido en el artículo 30.1. de la Constitución es una habilitación a los Poderes Públicos para que puedan imponer obligaciones concretas orientadas a la satisfacción de las necesidades de la Defensa Nacional. Esas obligaciones tienen por objeto prestaciones tanto materiales (requisas de bienes, por ejemplo), como personales (el servicio militar). El servicio militar es una obligación que tiene por objeto una prestación de carácter personal. Esta obligación se extingue por su cumplimiento, y con ella no se agota el deber de defensa de España, deber que puede fundar nuevas prestaciones personales u otras de carácter patrimonial. El deber de defender a España no impone a los ciudadanos una conducta o un comportamiento* (aunque les imponga una sujeción al ejercicio de la potestad). *Los destinatarios de ese deber son los Poderes Públicos a quienes se habilita para exigir a los ciudadanos y extranjeros residentes obligaciones concretas*».

[93] BLANQUER CRIADO, D.V., *Ciudadano y soldado… op. cit.* pág. 107.

Por consiguiente, nos centraremos en el presente estudio en la propia conceptualización del deber de defender a España, «deber primario que es el que permite al legislador establecer obligaciones militares», tal y como señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 60/1990, de 14 de marzo (FJ. 5) y que en su previa sentencia 15/1982, de 23 de abril (FJ. 7) había caracterizado como «ese fundamental deber de solidaridad social».

Así como el reconocimiento de los derechos fundamentales se encuentra en la base de la conceptuación del Estado de Derecho, la efectividad del mismo requiere el establecimiento de una serie de deberes, cuyo reconocimiento, como nos recuerda ALZAGA[94], tiene remotas raíces en la historia, vinculados al ámbito de la ética (como sucede con el pensamiento de la escuela estoica en Grecia, que influyó en Roma y particularmente en Cicerón) o estrictamente en la órbita de la moral religiosa católica y protestante, y que en el constitucionalismo se enumeraron por vez primera en la Constitución francesa del año III de 1795, recogiéndose en mayor o menor medida en los textos constitucionales, destacando los artículos 132 a 134 de la Constitución de Weimar, que servirían de modelo a muchas de las constituciones posteriores a la II Guerra Mundial. No obstante, estas declaraciones de deberes han recibido una menor atención que las de derechos, tal y como destacaba PÉREZ SERRANO: «Muchas veces se omite; casi nunca se sistematiza; su eficacia es nula y su lectura fastidiosa, según Hauriou».[95] En este mismo sentido, se ha destacado que «la existencia de obligaciones y responsabilidades constitucionales han recibido una menor atención tanto por los Constituyentes como por el Legislador, existiendo la percepción en la doctrina y en la propia sociedad de que la única obligación constitucional que se integra en el estatuto de ciudadanía es la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, ya que la otra gran obligación, la de defender a la Nación en caso de guerra ya ni siquiera es percibida como tal deber constitucional por la sociedad»[96].

En cuanto al fundamento jurídico del deber de defensa, BLANQUER[97] destaca como en la doctrina italiana, al estudiar el deber de defensa que impone el artículo 52 de

[94] ALZAGA VILLAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. y RODRÍGUEZ ZAPATA, J. *Derecho Político Español… op. cit.*, pág. 213.
[95] PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político… op. cit.,* pag.601.
[96] MORET MILLAS, V., "Los deberes constitucionales en el ordenamiento jurídico español: el inestable binomio derechos-responsabilidades", *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, Nº. 30, 2018, págs. 205-272
[97] BLANQUER CRIADO, D.V., *Ciudadano y soldado*… op. cit., págs. 59 y 60.

la Constitución italiana[98], ha habido autores, como CARBONE[99] que han destacado la idea de que no todos los deberes constitucionales tienen un fundamento ético, distinguiendo los deberes que responden al principio de solidaridad (en los que se satisface un interés de la colectividad) y aquellos otros que sólo responden a la existencia y conservación del Estado, como es el caso de las contribuciones tributarias o de la prestación del servicio militar. Por el contrario, LOMBARDI[100] califica al deber de defensa como la representación máxima de la solidaridad política.

En realidad, no existe una contradicción entre ambos planteamientos. La fundamentación jurídica de dicho deber debe buscarse en el propio concepto de defensa nacional, tal y como se viene defendiendo a lo largo del presente trabajo, dirigido a la propio salvaguardia de la organización política que representa el Estado social y democrático de Derecho instaurado por la Constitución de 1978 y el sistema de derechos y libertades que la misma establece como fundamento del orden político y de la paz social y a cuya consecución todos los ciudadanos deben contribuir[101], enlazando directamente con el principio de solidaridad para la consecución de los intereses comunes, que ha reconocido el Tribunal Constitucional en la anteriormente citada sentencia 15/1982, de 23 de abril (FJ 7). Y esta confluencia entre la conservación del Estado y el principio de solidaridad no se produce, únicamente, en los supuestos de guerra o declaración del Estado de sitio, sino que la misma persiste en tiempo de paz, ya que uno de los principios propios de la defensa nacional, como se analizará con más detalle en el Capítulo , es el de planificación y anticipación, que unido al de disuasión, justifican el establecimiento de obligaciones específicas incluso en tiempo de paz, sin perjuicio de que alcancen su máxima plenitud en los supuestos excepcionales en los que la conservación del Estado se encuentra en peligro.

[98] «La defensa de la Patria es un deber sagrado del ciudadano. El servicio militar es obligatorio en la forma y en los límites que establecen las leyes».

[99] CARBONE, C., *I doveri pubblici individuali nella Costituzione,* Giuffré Editore, Milano, 1968, págs. 92 a 97.

[100] LOMBARDI, G. M. *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè Editore, Milano, 1967, pág. 244.

[101] Como recuerda MORET MILLAS, «Se debe insistir en que no sólo existe una ética y una juridicidad de los derechos. También existe una ética y una juridicidad de los deberes que precisamente forma parte indisoluble de esa sociedad de los derechos que hemos construido». MORET MILLAS, V., "Los deberes constitucionales… op. cit.

Por consiguiente, el deber de defender a España se caracteriza, en primer término, por ser un deber jurídico que viene impuesto directamente por la Constitución, habilitando al legislador a imponer las obligaciones que considere necesarias para atender al mismo, cuyo fundamento se encuentra en el propio concepto de defensa nacional, en la salvaguardia del propio Estado social y democrático de Derecho que la Constitución establece, conforme al principio de solidaridad.

En el momento actual, el citado deber de defensa se concreta por el legislador a través de la figura del reservista, estableciendo el artículo 29 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, en su letra a) que «la incorporación adicional de ciudadanos a la Defensa se apoyará en el principio de contribución gradual y proporcionada a la situación de amenaza que sea necesario afrontar, en la forma que establezca la ley, mediante la incorporación a las Fuerzas Armadas de los reservistas que se consideren necesarios».

La figura del reservista fue creada por la derogada Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, que procedió a la profesionalización de las Fuerzas Armadas, previendo la suspensión de la prestación del servicio militar obligatorio, y estableciendo un sistema de reclutamiento en el que el personal se vinculaba voluntariamente a las Fuerzas Armadas con una relación de servicios profesionales e incluyendo la aportación de recursos humanos cuando la defensa de España lo exigiera, con arreglo a las obligaciones militares que señala el artículo 30.2 de la Constitución regulando el régimen de los reservistas, clasificándolos en tres grupos: reservistas temporales, voluntarios y obligatorios. Posteriormente, la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, creó la figura del reservista de especial disponibilidad, a la que pueden acceder los militares de tropa y marinería cuando finalizan sus compromisos de larga duración, lo cual hizo innecesario mantener la figura del reservista temporal. En la actualidad, la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, establece en su artículo 122 que los reservistas se clasifican en reservistas voluntarios, reservistas de especial disponibilidad y reservistas obligatorios. De este modo, la Ley 39/2007, en situaciones de crisis en las que las necesidades de la defensa no pueden ser suficientemente atendidas, atribuye al Consejo de Ministros la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para la incorporación a las Fuerzas Armadas de reservistas voluntarios y de especial disponibilidad (artículo 123.1). Además, si el mismo Consejo de Ministros prevé que las necesidades de la defensa no quedan satisfechas con la

incorporación de los anteriores, podrá solicitar del Congreso de los Diputados la declaración general de reservistas obligatorios y, respetando el principio de contribución gradual y proporcionada a la situación que sea necesario afrontar, puede acordar la incorporación de los reservistas obligatorios a las Fuerzas Armadas (artículo 123.2)[102].

Por otro lado, el deber de defender a España no se limita exclusivamente a las obligaciones militares que el legislador pueda imponer a los españoles al amparo del artículo 30.2 de la Constitución, sino que tiene un contenido más amplio, que incluiría, el resto de supuestos contemplados en el artículo 30, incluidos el posible servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general o los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública y que CÁMARA considera a todos ellos como supuestos de defensa de la nación[103]. Además, esa consideración amplia va a justificar asimismo el establecimiento de otras limitaciones a otros derechos o la imposición de otras prestaciones personales o patrimoniales a todos los ciudadanos que deberán respetar el principio de reserva de ley establecido por el artículo 31.3, tal y como se estudiará posteriormente.

Este concepto amplio del deber de defensa es destacado por CASADO BURBANO[104]que señala que «la defensa nacional es un concepto que tiene un alcance genérico, más amplio, por tanto, que el específico de la defensa con las armas o defensa militar»; por otro lado, precisa que «la contribución ciudadana a la defensa puede revestir una muy variada gama de posibilidades, que va desde la plena y absoluta disponibilidad de personas y bienes para satisfacer esa necesidad primaria y vital de la comunidad, hasta la realización de prestaciones o servicios concretos o la limitación o restricción del ejercicio de determinadas facultades o derechos en aras de esa misma finalidad». Para

[102] De acuerdo con lo anterior, los artículos 136 a 140 de la Ley 39/2007 se refieren a la declaración general de reservistas obligatorios, a la comunicación a los interesados de su condición de reservistas obligatorios, a la activación de esta categoría de reservistas y su régimen de personal. Además, se reconoce el derecho de los reservistas obligatorios a declarar la objeción de conciencia a prestar servicio en las Fuerzas Armadas y en otras organizaciones con fines de interés general en las que se requiera el empleo de armas, sin que dicha declaración efectuada por el interesado necesite de ningún otro trámite de reconocimiento. El régimen correspondiente a las tres categorías actuales de reservistas (voluntarios, de especial disponibilidad y obligatorios) se encuentra establecido en líneas generales en el Título VI de la Ley 39/2007 (artículos 122 a 140), y se desarrolla por Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Reservistas de las Fuerzas Armadas.

[103] CÁMARA VILLAR, G., "El conflicto de los insumisos (reflexiones y propuestas sobre la objeción de conciencia y la insumisión en España)", en *Estudios de Derecho Público (Homenaje a J.J. Ruiz Rico)*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 726-756, en concreto página 738.

[104]CASADO BURBANO, P. *Iniciación al Derecho… op. cit.* pág. 98.

CÁMARA VILLAR[105] el deber de defensa no se identifica en exclusiva con las obligaciones militares, sino que responde a una concepción global de la defensa mediante prestaciones tanto militares como civiles, que, a su vez, pueden ser materiales o personales.

Ese criterio amplio aparecía ya recogido en la definición de la defensa nacional que se contenía en el artículo segundo[106] de la derogada la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, y que ampararía tanto a las prestaciones personales como patrimoniales y en la misma línea, la Ley 50/1969, de 26 de abril de Movilización Nacional, no reduce ésta a la movilización de las Fuerzas Armadas, sino que, conforme a su artículo 1, también se extiende a la movilización humana, económica, sanitaria, de los medios de investigación científica y técnica, de los transportes, las comunicaciones y los medios de información. Igualmente, el mismo puede considerarse derivado de la finalidad de la política de defensa establecida por el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional[107], de la que resultaría, como destaca FLORES GIMÉNEZ[108] que «la política de defensa, es decir, el conjunto de acciones orientadas a defender España, se manifiesta en una variedad de actividades dirigidas a fines compartidos por otras políticas no consideradas estrictamente "de defensa", es decir, militares. En consecuencia, lo que hoy se considera "defender España" (proteger tanto su independencia e integridad territorial como el Estado social, es decir, el pleno ejercicio de los derechos y libertades) puede ser y es realizado también por sujetos de naturaleza no militar por medios diferentes a los militares. No quiere decirse que solo por ellos, pero sí que también por ellos».

De este modo, y al amparo de la concepción amplia que del derecho/deber a defender España se introduce por el artículo 30 de la Constitución y la regulación

[105] CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema)*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 203 a 223.

[106] «Artículo segundo: La defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin».

[107] Artículo 2: «La política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en esta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España».

[108] FLORES GIMÉNEZ, F, "El derecho y el deber de defender España en el Siglo XXI. Una mirada constitucional"*, Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico,* Nº. 27, 2020 (Ejemplar dedicado a: Objetivismo moral y Derecho), págs. 122-136, en concreto pág. 132.

aprobada en desarrollo del mismo, puede afirmarse sin ninguna duda que la defensa nacional no es una cuestión que afecte exclusivamente a las Fuerzas Armadas, que son un instrumento fundamental pero no exclusivo de la defensa, que ha pasado a configurarse como un derecho y un deber de todos los españoles.

No obstante, en el momento actual dicho régimen se encuentra pendiente de completar tras la derogación, por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Ley 50/1969, de 26 de abril, Básica de Movilización Nacional[109], siendo necesario, por tanto, regular por ley la aportación de los recursos suplementarios que, excediendo de los puramente militares, puedan ser necesarios para atender a las necesidades de la defensa nacional.[110]

I.2.- La defensa nacional en el marco de la seguridad nacional.

I.2.A. La evolución del concepto: de la defensa nacional a la seguridad nacional.

En el momento actual, la defensa nacional ha perdido su conceptualización como elemento independiente, quedando integrada en el concepto más amplio de seguridad nacional, tal y como se recoge en la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional.

El concepto de seguridad nacional procede de la terminología anglosajona, surgiendo en Estados Unidos tras la Segunda Guerra Mundial, cuya primera Ley de Seguridad Nacional (National Security Act) se aprobó en 1947 con la intención de proporcionar un programa integral para la seguridad futura de los Estados Unidos y que previera el establecimiento de políticas y procedimientos integrados para los departamentos, agencias y funciones del Gobierno relacionados con la seguridad nacional. A estos efectos, la Ley creaba el Consejo de Seguridad Nacional, que se configura como un órgano asesor del Presidente de los Estados Unidos, permitiendo la

[109] Cuyo fundamento se encontraba, tal y como señalaba su Preámbulo, en que «La amplitud y complejidad que pueden alcanzar los problemas de la defensa nacional exigen que el Estado oriente en todo tiempo hacia los fines de aquélla, no sólo la organización de las fuerzas armadas, sino también la de todas las actividades de la Nación aptas para cooperar directa o indirectamente a la consecución de sus objetivos».

[110] Lo que ya ha sido previsto por el legislador en la Disposición final tercera de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional: «El Gobierno, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, deberá remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley reguladora de la preparación y disposición de la contribución de recursos a la Seguridad Nacional».

integración de la política interna, la política exterior y la política militar relacionadas con la seguridad nacional a fin de permitir que los servicios militares y los demás departamentos y agencias del Gobierno cooperen más eficazmente en asuntos relacionados con la seguridad nacional.[111]

Este concepto empezó a utilizarse doctrinalmente en Europa en la década de los 80 del siglo pasado[112], y tuvo su reflejo en la Ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, que si bien mantiene el concepto de defensa nacional[113], lo define en términos tan amplios que exceden a la mera intervención militar, aproximándose al concepto de seguridad nacional, a la cual se refiere específicamente en su artículo tercero, al señalar que «La defensa nacional será regulada de tal forma que, tanto en su preparación y organización como en

[111] Sec. 101. [50 U.S.C. §402] National Security Act of 1947.
https://www.dni.gov/index.php/ic-legal-reference-book/national-security-act-of-1947 (Consultado el 24 de agosto de 2021).

[112] De nuevo, un análisis riguroso sobre la evolución doctrinal del concepto de Seguridad Nacional lo encontramos en BALLESTEROS MARTÍN, M. Á. *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*… op. cit., en particular en las páginas 57 a 63. Dentro de las definiciones recogidas por el General Ballesteros, destacan las de John M.Collins, que define la seguridad nacional como «la protección de la nación contra todo tipo de agresión externa, espionaje, reconocimientos hostilles, sabotajes, molestias y otras influencias enemistosas» (COLLINS, J. M. *La gran estrategia. Principios y prácticas,* Círculo Militar, Buenos Aires, 1975, pág.23); la de Amos Jordan y William Taylor «La seguridad nacional, sin embargo, tiene un significado más amplio que protección de un daño físico; también implica protección, a través de una variedad de medios, de intereses vitales económicos y políticos cuyas pérdidas pueden amenazar valores fundamentales y la vitalidad del estado» (JORDAN, A. A. y TAYLOR, W. J. *American National Security: Policy and Procces,* The John Hopkins University Press, Baltimore, 1981, pág.5); la de Charles Mayer «La seguridad nacional se define mejor como la capacidad de controlar esas condiciones externas e internas que la opinión pública de una comunidad dada cree necesario para disfrutar su propia determinación, autonomía, prosperidad y bienestar» (citado por VERGARA, E., *La elaboración de las políticas de defensa: la preparación de los líderes para su formulación*, Universidad del Salvador, Buenos Aires, 2005); o la de Joseph J. Romm «Una amenaza a la seguridad nacional es aquella que puede llegar a degradar la calidad de vida del pueblo, o a limitar al gobierno sus opciones políticas» (ROMM, J.J, *Definiendo a la Seguridad Nacional,* Council of Foreign Relations Press, Nueva York, 1993, pág.2). El General Ballesteros considera que estas definiciones, que apuntaban en la buena dirección, no se ajustan a los conceptos actuales de seguridad que abarcan también otros ámbitos como son las relaciones internacionales, por lo que propone su propia definición: «Seguridad Nacional es la situación en la que el normal desarrollo de la vida de la nación está protegido contra riesgos, peligros o amenazas exteriores e interiores y permite al país defender sus intereses nacionales, cumplir con sus compromisos internacionales y contribuir a la paz y estabilidad internacional".

[113]«Artículo segundo. La defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución».

su ejecución, constituya un conjunto armónico que proporcione una efectiva seguridad nacional».

Posteriormente, una vez finalizada la Guerra Fría y diluida, en ese momento, la posibilidad de confrontación entre Estados, así como la aparición del fenómeno de la globalización, van a determinar que las amenazas dejan de poseer un carácter estrictamente militar, surgiendo nuevos riesgos, transfronterizos en su mayoría, que adquieren una importancia similar a la de la tradicional defensa militar, tales como el crimen organizado, el terrorismo, la degradación del medio ambiente, la disputa por los recursos naturales, los flujos incontrolados de refugiados, la inmigración no regulada, la pobreza y el hambre, lo que lleva a considerar la necesidad de ampliar el concepto de seguridad de manera multisectorial y a distintos niveles, no quedando limitados a la territorialidad y la defensa militar.

De este modo, en las últimas décadas se observa una evolución de una concepción de la defensa basada en la posibilidad de una invasión exterior convencional que pusiera en riesgo la soberanía de un Estado, incluida una invasión al territorio de un aliado sobre la base del «principio de defensa colectiva» recogido en el artículo 5 del Tratado de la OTAN a reconocer, tras la caída del muro de Berlín en 1988, la disolución de la URSS el 25 de diciembre de 1991 y, especialmente, a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001, que las amenazas habían pasado a ser globales, surgiendo las amenazas no estatales y los conflictos asimétricos, con actividades ejecutadas en una amplia zona gris ubicada entre la guerra y la paz, con medios militares y no militares, actores regulares e irregulares junto con la manipulación de la información como ventaja estratégica, lo que exigía replantearse la seguridad y defensa en cuanto a objetivos, medios y presupuestos. Como señala BALLESTEROS[114], sólo en la década de los años 90 se registraron 108 conflictos armados en 37 lugares diferentes del planeta, la mayoría de los cuales, concretamente 92, fueron de carácter intraestatal donde al menos uno de los actores en conflicto no era un Estado. Otros 9 conflictos fueron intraestatales pero con participación de Estados extranjeros y los 7 restantes fueron conflictos entre Estados.

[114] BALLESTEROS MARTÍN, M. A., "El terrorismo como conflicto asimétrico", *VIII Jornadas sobre Geopolítica y Geoestrategia*, IEEE.
http://www.ieee.es/Galerias/fichero/OtrasPublicaciones/Nacional/CEUTAVIIIJORNADASGEOPOLITICA.pdf (Consultado el 24 de agosto de 2021).

Esta situación se acentúa a partir de los atentados de Nueva York de 2001, y en el seno de la OTAN se optó en 2010 por una revisión del concepto estratégico para incluir de modo expreso los principales desafíos para la seguridad internacional: terrorismo, proliferación de armas de destrucción masiva, conflictos regionales, ciberamenazas, riesgos de naturaleza climática o seguridad de infraestructuras.

De este modo, la aparición de amenazas híbridas impide mantener la tradicional diferenciación entre defensa (para hacer frente a las amenazas procedentes del exterior y a las amenazas interiores más graves para la supervivencia del propio Estado) y la seguridad pública (para hacer frente a las amenazas de orden público interiores). Asimismo, en el ámbito internacional, se había empezado a diferenciar entre los aspectos diplomáticos de la defensa de los estrictamente militares, lo que había dado lugar a que los términos de defesa y seguridad se utilizaran de forma conjunta. La multiplicación de los espacios de cooperación internacional en las organizaciones internacionales y en las políticas de defensa fomentó la agregación de ambos términos para reflejar la importancia de las dos dimensiones de la defensa. La aparición de dichas amenazas obliga, por tanto, a una concepción integral de la Seguridad que garantice la acción coordinada de los distintos actores.

Consecuentemente, en el ámbito europeo se empieza a ampliar el concepto de defensa nacional, tendiendo hacia el concepto más amplio de seguridad nacional como elemento integrador necesario para hacer frente a los nuevos riesgos y amenazas, lo que se realiza en un primer momento a través de la elaboración y aprobación de las Estrategias de Seguridad Nacional[115], como la Británica, presentada en marzo de 2008 como *The National Security Strategy of the United Kingdom: Security in an Interdependent World* o a través de la actualización de los denominados Libros Blancos de la Defensa, como el de Alemania en 2006. Un supuesto particular es el de Francia que en 2008 aprobó el Libro Blanco de la Defensa y de la Seguridad con una naturaleza mixta, una mezcla de Estrategia de Seguridad Nacional y de Libro Blanco de Defensa, que define un nuevo

[115] BALLESTEROS MARTÍN, M. A., *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional* op. cit., página 15: «Antes de los atentados del 11-S solo Estados Unidos disponía de ESN. Se trataba de un documento aprobado por su presidente, que orientaba toda la estrategia de seguridad del país, pero con un componente dominante que era el empleo de sus capacidades militares. Es precisamente el 11-S lo que obliga a cuestionar la utilidad de todas las estrategias aprobadas hasta ese momento para hacer frente a una amenaza como el terrorismo yihadista. Desde entonces, los países con más tradición en el planeamiento estratégico han ido dando a su estrategia de defensa un enfoque más amplio hasta llegar a definir estrategias de seguridad nacional. Este proceso es lento pero imparable».

concepto de seguridad nacional y nuevos órganos para integrar la defensa y la seguridad nacional pero en el que se observa una situación de desequilibrio y un predominio claro de la defensa respecto del resto de las dimensiones de exteriores, interior, economía y otras que se recogen en el texto[116].

En el ámbito de la Unión Europea y con carácter previo a la aprobación de dichos documentos, se había aprobado en diciembre de 2003 la Estrategia Europea de Seguridad bajo el título «Una Europa segura en un mundo mejor» que establece la línea maestra político-estratégica del diseño de la política común de seguridad y defensa, y en la que por primera vez la UE se ponía de acuerdo para realizar una evaluación conjunta de las amenazas y establecer objetivos comunes para promover sus intereses de seguridad partiendo de sus valores básicos, siendo de destacar que la misma prevé un amplio abanico de instrumentos civiles y militares para la prevención de conflictos, la gestión de crisis y la gestión posconflicto y aplicarlos en cada caso particular.

En España, la recepción del concepto se produce de manera paulatina, a través de la publicación del Libro Blanco de la Defensa del año 2000, la Revisión Estratégica de Defensa del 2003, la Estrategia Militar de Defensa de 2003, quedando definitivamente reflejado en la Estrategia Española de Seguridad de 2011 y en la Estrategia de Seguridad Nacional de 2013.

La Estrategia Española de Seguridad de 22 de junio de 2011, destacaba ya en su título el alcance de la misma como «una responsabilidad de todos»[117], siendo la primera que se aprobaba tras el Tratado de Lisboa y el nuevo Concepto Estratégico de la OTAN. La EES establecía una política de seguridad basada en seis conceptos básicos, que desarrolla en su Capítulo 1: Enfoque integral de las diversas dimensiones de la seguridad; Coordinación entre las Administraciones Públicas y con la sociedad; Eficiencia en el uso de los recursos; Anticipación y prevención de las amenazas y riesgos; Resistencia y

[116] ARTEAGA, FÉLIX, El concepto de seguridad nacional en el Libro Blanco de la Defensa y la Seguridad Nacional de Francia, ARI 133/2008, Real Instituto Elcano. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari133-2008 (Consultado el 24 de agosto de 2021).

[117] La Estrategia Española de Seguridad fue coordinada por Javier Solana, quien previamente había sido como Secretario General y Alto Representante para la Política Exterior y Seguridad Común el artífice de la Estrategia Europea de Seguridad.

recuperación de sistemas e instrumentos; Interdependencia responsable con nuestros socios y aliados.

Posteriormente, la Estrategia de Seguridad Nacional fue aprobada por el Consejo de Ministros el 31 de mayo de 2013 con el título «La Estrategia de Seguridad Nacional. Un proyecto compartido» y, además del cambio de denominación para incluir el concepto de seguridad nacional, procedió por primera vez a la definición del mismo como la «acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos».

Dicha Estrategia procede a una revisión de la Estrategia Española de Seguridad aprobada en 2011, adaptando y actualizando su contenido a los cambios del escenario estratégico, configurando un nuevo Sistema de Seguridad Nacional e implicando a la sociedad civil en los ámbitos de interés prioritario de la seguridad nacional. Es de destacar el diseño del Sistema de Seguridad Nacional con la creación del Consejo de Seguridad Nacional y de un conjunto de órganos de apoyo, los Comités Especializados, previendo la aprobación de una ley para la adaptación normativa de los instrumentos de gestión de crisis.

La siguiente Estrategia de Seguridad Nacional, aprobada por el Consejo de Ministros el 1 de diciembre de 2017[118] con el lema «Un proyecto compartido de todos y para todos» realizó una necesaria actualización de la visión del entorno de seguridad internacional tras la presentación, en 2016, de la Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la Unión Europea, y contribuyó a consolidar el proyecto de seguridad nacional a través de la ampliación de la arquitectura de los órganos de apoyo del Consejo de Seguridad Nacional, el desarrollo de un modelo de gestión de crisis y la

[118] Real Decreto 1008/2017, de 1 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional. Es la primera Estrategia que se aprueba tras la entrada en vigor de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, por lo que su aprobación corresponde al Gobierno mediante real decreto según dispone el artículo 14.b) de la Ley, a propuesta del Presidente del Gobierno, según lo establecido en su artículo 15.b) del mismo texto legal.

elaboración de un Plan Integral de Cultura de Seguridad Nacional aprobado por el Consejo de Ministros el 25 de mayo de 2021[119].

En el momento actual, la crisis del coronavirus y las consecuencias derivadas de la misma en el contexto estratégico, tanto a nivel nacional como internacional, ha acelerado la necesidad de proceder a una revisión de la Estrategia de Seguridad Nacional, habiéndose aprobado en el seno del Consejo de Seguridad Nacional, en su reunión de 6 de octubre de 2020, el procedimiento para la elaboración de la Estrategia de Seguridad Nacional 2021[120].

Recientemente, mediante el Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre[121], se ha aprobado la Estrategia de Seguridad Nacional 2021, que identifica la pandemia de la COVID-19 como un factor que ha producido una aceleración de las principales dinámicas globales que afectan a la seguridad, percibiendo el momento actual como una etapa de transición en la que la característica predominante es la incertidumbre sobre un futuro donde la transformación digital y la transición ecológica se configuran como las principales palancas de cambio en un escenario de mayor competición geopolítica. Asimismo, destaca la inclusión entre los riesgos a las campañas de desinformación, el establecimiento de un sistema de alerta temprana, la integración de la información de la Seguridad Nacional a través de soluciones tecnológicas, la previsión de desarrollo de un plan integral de seguridad para Ceuta y Melilla, o la elaboración de un catálogo de recursos de la Seguridad Nacional. En lo que se refiere al objeto específico del presente trabajo, tiene especial importancia el planteamiento de iniciativas necesarias como la creación de una reserva estratégica basada en capacidades nacionales de producción industrial o la apuesta, en el plano internacional, por una mayor autonomía estratégica europea y un mayor protagonismo en la OTAN.

En el ámbito normativo, aunque la idea de una concepción integral de la seguridad que garantice la acción coordinada de los distintos actores subyacía en la definición de

[119] Orden PCM/575/2021, de 8 de junio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de mayo de 2021, por el que se aprueba el Plan Integral de Cultura de Seguridad Nacional («BOE» núm. 138, de 10 de junio de2021).
[120] Orden PCM/1028/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional por el que se aprueba el procedimiento para la elaboración de la Estrategia de Seguridad Nacional 2021 («BOE» núm. 292, de 05 de noviembre de 2020).
[121] Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2021, publicado en el «BOE» núm. 314, de 31 de diciembre de 2021, páginas 167795 a 167830 (36 págs.).

defensa nacional que contenía el artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1980, en España no se recoge normativamente hasta la aprobación de Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. Del mismo modo, en el ámbito europeo se ha ido produciendo la misma adaptación, no recogiéndose el concepto de seguridad nacional hasta el Tratado de Lisboa (en vigor desde el 1 de diciembre de 2009). Así, actualmente el término solo se recoge en el artículo 4 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea que señala que la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro y en el artículo 73 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea relativo a la cooperación y coordinación en materia de seguridad nacional. Por el contrario, son muchos los preceptos del tratado que mantienen la tradicional diferenciación entre seguridad pública (artículos 36, 45, 52, 66), o seguridad interior (artículo 72) y defensa (artículos 2, 222 y 333), sin perjuicio de las disposiciones correspondientes a la política común de seguridad y defensa. Este concepto también ha sido igualmente utilizado por las normas europeas coetáneas y posteriores al Tratado de Lisboa, como 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 que comienza señalando que «La seguridad nacional sigue siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro, tanto en el ámbito de la defensa como de la seguridad».

Tal y como se recoge en el Preámbulo de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, la misma parte de la configuración de la seguridad nacional tal y como se recoge en la Estrategia de Seguridad Nacional de 2013, siendo su primer postulado el de que «la seguridad constituye la base sobre la cual una sociedad puede desarrollarse, preservar su libertad y la prosperidad de sus ciudadanos, y garantizar la estabilidad y buen funcionamiento de sus instituciones» y que la legislación española se ha dotado de diversos instrumentos normativos que «regulan los aspectos fundamentales que han venido permitiendo a los poderes públicos cumplir con sus obligaciones en esta materia» y que se basa en la asignación de competencias a las distintas autoridades y Administraciones Públicas, conforme a un «modelo tradicional y homologable con los países de nuestro entorno» pero que «sin embargo, en el mundo actual, y en el entorno más previsible para el futuro, los actores y circunstancias que ponen en peligro los niveles

de seguridad, se encuentran sujetos a constante mutación, y es responsabilidad de los poderes públicos dotarse de la normativa, procedimientos y recursos que le permitan responder con eficacia a estos desafíos a la seguridad» y que «En este contexto aparece el campo de la Seguridad Nacional como un espacio de actuación pública nuevo, enfocado a la armonización de objetivos, recursos y políticas ya existentes en materia de seguridad».

De ahí que defina la seguridad nacional en términos idénticos a la ESN 2013, como «la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos» y su objetivo primordial sea el de consagrar una visión holística de la seguridad nacional, o, en términos de su Preámbulo, «una regulación normativa integral».

No obstante, pese a las declaraciones del Preámbulo, referidas a que la seguridad nacional es «un espacio de actuación pública nuevo, enfocado a la armonización de objetivos, recursos y políticas ya existentes en materia de seguridad» y que debe ser considerada «un objetivo compartido por las diferentes Administraciones, estatal, autonómica y local, los órganos constitucionales, en especial las Cortes Generales, el sector privado y la sociedad civil», La Ley no procede a una regulación que integre la actuación de los diferentes sujetos, públicos y privados, en materia de Seguridad Nacional, sino que articula un sistema que no se basa en la integración sino en la cooperación. La circunstancia de que la Ley haya optado por mejorar la coordinación entre los actores gubernamentales (*whole-of-the-government-approach*) en detrimento de la integración de las Comunidades Autónomas y de los actores privados (*whole-of-the-nation-approach*), así como en el hecho de que se haya centrado en exceso en la gestión de crisis (coordinación reactiva) en detrimento de la supervisión de las políticas implicadas en todas sus fases de elaboración, ejecución, revisión (coordinación proactiva) ha dado lugar a importantes críticas[122].

[122] ARTEAGA, FÉLIX, La Ley de Seguridad Nacional: tarde y mal pero ¿mejor que nunca?, Comentario Elcano 46/2015.
http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/defensa+y+seguridad/comentario-arteaga-ley-seguridad-nacional-tarde-mal-pero-mejor-que-nunca (Consultado el 24 de agosto de 2021).

Sin perjuicio de considerar que hubiera sido deseable avanzar más en la gestión verdaderamente integral de la seguridad nacional (para lo que hubiera sido necesario una norma de rango orgánico, tanto desde el punto de vista armonizador como por la afectación a derechos individuales, y no una ley ordinaria, tal y como parecía la intención inicial del Gobierno[123]) se deben destacar los aspectos positivos que presenta la nueva regulación.

En primer lugar, porque se reconoce normativamente el concepto de seguridad nacional, atribuyendo la competencia sobre la misma al Estado, como evolución de las competencias que ostenta en materia de defensa (artículo 149.1.4º CE) y de seguridad pública (artículo 149.1.29º CE), tal y como se establece en su disposición final primera y ratificó el Tribunal Constitucional en su sentencia 184/2016 de 3 noviembre, al resolver sobre el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra los arts. 4.3, 15 c) y 24 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de seguridad nacional (FJ 1):[124]

> «Por otra parte, siendo clara la competencia estatal, tanto en materia de defensa como en materia de seguridad pública, no tendría sentido que, en un ámbito como la seguridad nacional, tan estrechamente vinculado a ambas, hasta el punto de identificarse sus fines y objetivos y los bienes jurídicos protegidos en la forma indicada, la competencia estatal pasara a ser puramente residual.
>
> En definitiva, la seguridad nacional no es una competencia nueva sino que se integra en las competencias estatales de defensa y seguridad pública».

En segundo lugar, porque la misma refuerza la conceptuación de la seguridad nacional como un ámbito en el que deben intervenir diferentes sujetos, tanto públicos como privados. Se recoge, de este modo, a nivel normativo, una previsión ya contenida en el ámbito de la defensa y que se traslada a la seguridad nacional, implicando a los distintos poderes públicos, estatales y autonómicos, y a los sujetos privados[125].

---

[123] El proyecto se tramitó como Anteproyecto de ley orgánica hasta la emisión del dictamen del Consejo de Estado, que en atención a su concreto contenido no consideró necesario dicho rango.

[124] A este respecto, rechaza el argumento defendido por el Abogado del Estado respecto de la consideración de la «seguridad nacional» como una competencia nueva no prevista en el art. 149.1 CE ni en los Estatutos de Autonomía, que corresponde al Estado en virtud de la cláusula residual del art. 149.3 CE.

[125] La Ley incluye entre los órganos competentes en materia de Seguridad Nacional (artículo 12) a las Cortes Generales, el Gobierno, el Presidente del Gobierno, los Ministros, el Consejo de Seguridad

En tercer lugar, porque se refuerzan los mecanismos de coordinación interadministrativa[126], y se regula el Sistema de Seguridad Nacional como un conjunto que no se limita a órganos y organismos, sino que incluye también los recursos y procedimientos que la ley contempla, y que no se conciben de forma aislada sino integrados en una estructura, a cuya cabeza se sitúa el Presidente del Gobierno asistido por el Consejo de Seguridad Nacional.

En cuarto lugar, porque la Ley tiene una incidencia especial en la preparación para hacer frente a las situaciones de crisis y la capacidad para poder reponerse de las mismas, en atención a los principios básicos que la misma contiene: unidad de acción, anticipación, prevención, eficiencia, sostenibilidad en el uso de los recursos, capacidad de resistencia y recuperación, coordinación y colaboración. La necesidad de una respuesta efectiva a las situaciones de crisis requiere de una adecuada preparación que exige una planificación adecuada y coordinada y disponer de los elementos personales y materiales para ello, garantizando su compatibilidad, interoperabilidad y posibilidad de utilización conjunta[127].

Por último, se refuerzan las competencias del Gobierno para la gestión de crisis, creando una nueva situación, intermedia entre los supuestos de «normalidad» y los de «excepcionalidad» regulados en el artículo 116 de la Constitución española, la «situación de interés para la seguridad nacional», prevista en el artículo 23 para hacer frente a

Nacional, los Delegados del Gobierno, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y de las ciudades con Estatuto de Autonomía de Ceuta y Melilla y las autoridades locales. Asimismo, contempla la colaboración de entidades privadas, singularmente la de las operadoras de servicios esenciales y de infraestructuras críticas que puedan afectar a la Seguridad Nacional (artículo 7) y la participación ciudadana (artículo 8), estableciendo la obligación del Gobierno de promover una cultura se Seguridad Nacional que favorezca la implicación activa de la sociedad (artículo 4).

[126] La Ley crea la Conferencia Sectorial para asuntos de la Seguridad Nacional como órgano cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas y las Ciudades con Estatuto de Autonomía de Ceuta y Melilla (artículo 6) y prevé que las autoridades autonómicas afectadas puedan formar parte del Consejo de Seguridad Nacional (artículo 21.5).

[127] A esta parte dedica la Ley su Título IV, referido a la Contribución de recursos a la Seguridad Nacional, estableciendo la obligación de las Administraciones Públicas de elaborar los correspondientes planes de recursos humanos y materiales (artículo 27), la aprobación por el Gobierno del catálogo de recursos humanos y de medios materiales de los sectores estratégicos de la Nación que puedan ser puestos a disposición de las autoridades competentes en la situación de interés para la Seguridad Nacional, que habrá de servir de base a los componentes del Sistema de Seguridad Nacional para la elaboración de los planes de preparación y disposición de recursos para la Seguridad Nacional (artículo 28) y la aprobación por el Gobierno de la Declaración de Recursos que se podrán emplear en la situación de interés para la Seguridad Nacional (artículo 29). Y en su disposición final tercera contiene el mandato al Gobierno de remitir al Congreso de los Diputados un proyecto de ley reguladora de la preparación y disposición de la contribución de recursos a la Seguridad Nacional.

situaciones de crisis, caracterizadas por la gravedad de sus efectos, urgencia y transversalidad de las medidas para su resolución, que se enmarca en el desempeño de atribuciones ordinarias por las autoridades competentes y que va a requerir una coordinación reforzada de dichas autoridades cuya dirección asume el Gobierno «en el marco del sistema de seguridad nacional»[128]. Y dicha declaración supondrá, de acuerdo con el artículo 24.2. «la obligación de las autoridades competentes de aportar los medios humanos y materiales necesarios que se encuentren bajo su dependencia, para la efectiva aplicación de los mecanismos de actuación».[129]

Por lo tanto, conforme al esquema señalado, la defensa nacional es un medio que contribuye a la consecución de la seguridad nacional, y que atiende, fundamentalmente, a los peligros y amenazas de carácter militar. No obstante, coincidimos con BALLESTEROS en que el límite entre seguridad y defensa no es nítido. Como señala el actual Director del Departamento de Seguridad Nacional:

> «Existe una zona difuminada en la que, según las circunstancias y el punto de vista del observador, se puede considerar que las acciones para hacer frente a un riesgo, peligro o amenaza, etc. deben llevarse a cabo por la defensa nacional o por otro medio distinto, el más idóneo en cada caso, buscando siempre que la seguridad nacional en ningún momento se vea disminuida. El terrorismo internacional, hasta los atentados del 11 de septiembre de 2001, estaba considerado un riesgo objeto de seguridad, sin embargo estos ataques fueron considerados por EE.UU., la OTAN y la UE como una caso de defensa. El consejo del Atlántico Norte calificó

[128] «Artículo 23. Situación de interés para la Seguridad Nacional.
1. La gestión de crisis se desarrollará en la situación de interés para la Seguridad Nacional, adaptándose a las específicas circunstancias de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en este título.
2. La situación de interés para la Seguridad Nacional es aquella en la que, por la gravedad de sus efectos y la dimensión, urgencia y transversalidad de las medidas para su resolución, requiere de la coordinación reforzada de las autoridades competentes en el desempeño de sus atribuciones ordinarias, bajo la dirección del Gobierno, en el marco del Sistema de Seguridad Nacional, garantizando el funcionamiento óptimo, integrado y flexible de todos los recursos disponibles, en los términos previstos en esta ley.
3. La situación de interés para la Seguridad Nacional se afrontará con los poderes y medios ordinarios de las distintas Administraciones Públicas y en ningún caso podrá implicar la suspensión de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos».

[129] La constitucionalidad de dicho precepto fue declarada por la citada sentencia 184/2016 de 3 noviembre, siempre que se interprete conforme a su Fundamento Jurídico 7, en el que, después de una extensa argumentación, se concluye que "la constitucionalidad del apartado 2 del art. 24 de la Ley 36/2015 siempre y cuando se entienda que se refiere estrictamente a los recursos humanos y materiales, identificados de acuerdo con lo dispuesto en el título IV de la misma Ley, que sean necesarios para afrontar la situación de interés para la seguridad nacional con los poderes y medios ordinarios de las administraciones aportantes, en el ejercicio de sus respectivas competencias".

los ataques como un caso contemplado en el artículo 5 del Tratado de Washington».[130]

I.2.B. La Estrategia de Seguridad Nacional y su afectación a la actividad de contratación.

La Estrategia de Seguridad Nacional, en cuanto elemento planificador del poder político, identifica, como hemos visto, una serie de riesgos y amenazas y establece los objetivos y las líneas de acción para hacer frente a los mismos. Dichos riesgos y amenazas se recogen en la Estrategia de Seguridad Nacional 2021, que presente un mapa de riesgos con dos características diferenciales respecto a modelos anteriores, derivadas, por un lado, del papel primordial de la tecnología en la mayoría de las amenazas y la prominencia de las estrategias híbridas y, por otro, de la acentuación de las interconexiones entre los distintos riesgo y amenazas. Entre dichos riesgos y amenazas se incluyen la tensión estratégica y regional, derivada del retroceso del multilateralismo y el clima de creciente tensión internacional, que puede derivar en un conflicto armado, el terrorismo y la radicalización violenta (singularmente, el terrorismo yihadista), las epidemias y pandemias, las amenazas a las infraestructuras críticas, emergencias y catástrofes, el espionaje y las injerencias desde el exterior, las campañas de desinformación, la vulnerabilidad del ciberespacio, del espacio marítimo y del aeroespacial, la inestabilidad económica y financiera, el crimen organizado y la delincuencia grave, los flujos migratorios irregulares, la vulnerabilidad energética, la proliferación de armas de destrucción masiva y el cambio climático y la degradación del medio natural.

En cuanto a los objetivos y líneas de acción, los mismos ordenan, posicionan y priorizan la acción del Estado en materia de seguridad nacional junto con la asignación adecuada de recursos, capacidades y esfuerzos, siempre bajo la lógica de su optimización y uso eficiente, lo que, consecuentemente, va a tener incidencia en la actividad contractual dirigida a la obtención de dichos recursos, actuando de este modo la Estrategia como un mandato a tener en cuenta en la planificación y obtención de los mismos. En este sentido,

[130] BALLESTEROS MARTÍN, M.A., *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional, op. cit.,* pág. 52.

en el ámbito específico de la defensa nacional, la ESN 2021 destaca la importancia de la disuasión y recoge las siguientes líneas de actuación:

> L.A. 1. Asegurar las capacidades militares necesarias para proporcionar una disuasión creíble y una respuesta eficaz en todo el espectro de la crisis o conflicto, garantizando su sostenibilidad en el tiempo bajo un marco presupuestario, suficiente y estable.
>
> L.A. 2. Reforzar las capacidades de defensa a través de la investigación, el desarrollo y la innovación tecnológica como vectores de ventaja estratégica.
>
> L.A. 3. Desarrollar el sector industrial de la defensa, la seguridad y el espacio, así como las tecnologías duales, mediante la cooperación público-privada y el aprovechamiento de sinergias con las herramientas existentes tanto en el marco nacional como de las Organizaciones Internacionales de Seguridad y Defensa a las que pertenece España, en particular los Fondos Europeos de Defensa y la Cooperación Estructurada Permanente de la Unión Europea.

Por otro lado, tal y como hemos visto, el concepto de seguridad nacional surge como evolución del de defensa nacional, que en nuestro ordenamiento jurídico pasa a configurarse como el primero de los componentes fundamentales de la seguridad nacional, que ya no puede concebirse de una manera aislada sino integrada en el mismo con el resto de dichos componentes: la seguridad pública y la acción exterior, apoyados por los servicios de inteligencia e información del Estado[131].

Asimismo, la LSN ha definido una serie de ámbitos de especial interés de la seguridad nacional, algunos de los cuales (si no todos) se encuentran estrechamente vinculados con la defensa nacional, como la ciberseguridad, la seguridad marítima o la

[131] «Artículo 9. Componentes fundamentales de la Seguridad Nacional.
1. Se consideran componentes fundamentales de la Seguridad Nacional a los efectos de esta ley la Defensa Nacional, la Seguridad Pública y la Acción Exterior, que se regulan por su normativa específica.
2. Los Servicios de Inteligencia e Información del Estado, de acuerdo con el ámbito de sus competencias, apoyarán permanentemente al Sistema de Seguridad Nacional, proporcionando elementos de juicio, información, análisis, estudios y propuestas necesarios para prevenir y detectar los riesgos y amenazas y contribuir a su neutralización».

seguridad del espacio aéreo y ultraterrestre[132] en los cuales se establece un específico deber de coordinación entre las Administraciones Públicas competentes[133].

Por consiguiente, la defensa nacional, primer componente fundamental de la seguridad nacional, no puede concebirse de forma aislada para el desempeño de la misión que específicamente le corresponde y que la Estrategia de Seguridad Nacional de 2021 vincula a la protección de la soberanía nacional, la población y su libertad, con el fin de contribuir a una disuasión creíble «desde la premisa de que la diplomacia y el Derecho Internacional son los principales instrumentos para proteger los intereses nacionales». Es de destacar que esta nueva Estrategia supera, en cierta medida, el carácter restringido y parcial con el que se recogía el concepto de defensa nacional en la ESN 2017, centrado en la función tradicional de defensa exterior[134], al incluir ya no solo las operaciones de combate, sino también «el apoyo a autoridades civiles en la gestión de crisis». En este sentido amplio, la defensa nacional debe coordinarse con el resto de los elementos del Sistema de Seguridad Nacional, lo que va a exigir, como veíamos, la elaboración de estrategias y planes y la dotación de los recursos necesarios, que deberán cumplir con determinados requisitos operativos y técnicos, incluida la necesaria compatibilidad e interoperabilidad de productos y sistemas. Asimismo, hay que tener en cuenta la importancia de la tecnología en el nuevo escenario de conflictos asimétricos, y la necesaria interacción entre la tecnología civil y la militar para alcanzar la deseada

[132] «Artículo 10. Ámbitos de especial interés de la Seguridad Nacional.
Se considerarán ámbitos de especial interés de la Seguridad Nacional aquellos que requieren una atención específica por resultar básicos para preservar los derechos y libertades, así como el bienestar de los ciudadanos, y para garantizar el suministro de los servicios y recursos esenciales. A los efectos de esta ley, serán, entre otros, la ciberseguridad, la seguridad económica y financiera, la seguridad marítima, la seguridad del espacio aéreo y ultraterrestre, la seguridad energética, la seguridad sanitaria y la preservación del medio ambiente».

[133] «Artículo 11. Obligaciones de las Administraciones Públicas en los ámbitos de especial interés.
1. En el marco del Sistema de Seguridad Nacional, las Administraciones Públicas con competencias en los ámbitos de especial interés de la Seguridad Nacional, estarán obligadas a establecer mecanismos de coordinación e intercambio de información, especialmente en relación con los sistemas de vigilancia y alerta ante posibles riesgos y amenazas.
2. Asimismo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa reguladora de protección de infraestructuras críticas, las Administraciones Públicas citadas anteriormente asegurarán la disponibilidad de los servicios esenciales y la garantía del suministro de recursos energéticos, agua y alimentación, medicamentos y productos sanitarios, o cualesquiera otros servicios y recursos de primera necesidad o de carácter estratégico».

[134] La ESN de 2017 le atribuía como objetivo: «Asegurar la defensa de la soberanía e integridad de España y la protección de la población y el territorio frente a cualquier conflicto o amenaza proveniente del ámbito exterior, de forma autónoma o junto a socios y aliados. Asimismo, contribuir a crear un entorno internacional más estable y seguro mediante la proyección de estabilidad y el refuerzo de la cooperación con los socios, particularmente en las áreas de especial interés para España»

superioridad tecnológica[135]. Todos estos factores van a incidir en los procedimientos de contratación de los mismos, debiendo valorarse, según los casos, la normativa que podrá ser de aplicación a los mismos, si la general de contratación administrativa o la específica del ámbito de la defensa, en los términos que se estudian en el capítulo correspondiente.

II.- LA INCIDENCIA DE LA ACTIVIDAD DE DEFENSA EN LAS ACTIVIDADES ORDINARIAS DEL ESTADO: LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA AL SERVICIO DE UN FIN CONSTITUCIONAL.

II.1.- La actividad de defensa nacional como actividad pública transversal.

Tal y como se ha venido destacando en el presente trabajo, el mismo se centra en el concepto de defensa nacional, entendida como la función del Estado dirigida a garantizar la salvaguardia del propio Estado social y democrático de derecho para cuya consecución, dada la prevalencia de dicha finalidad o, en términos del Tribunal

[135] Estos aspectos tecnológicos son destacados por MARTÍN CASARES, G. y AMOR MORENO, M. E. La política industrial de defensa y su financiación, *Economía industrial*, Nº 412, 2019 (Ejemplar dedicado a: Industria de defensa), págs. 49-56. En este estudio, los autores señalan cómo el papel de la tecnología es vital también en el conflicto asimétrico actual. A este respecto es de reseñar que la Estrategia Tecnológica e Industrial de Defensa de 2015 ya ha empezado a priorizar las tecnologías necesarias para el conflicto no convencional. Seguirán existiendo sistemas complejos tecnológicamente pero, además, con este tipo de amenazas aparece una nueva dimensión más ligada al concepto seguridad.
Por lo tanto, en el futuro convivirán sistemas complejos de desarrollos similares a los actuales y sistemas/equipos ligados a la seguridad que necesitarán soluciones innovadoras con tecnologías ya desarrolladas, en las que probablemente nuestro tejido industrial más ágil, rápida y flexible (PYMES) podrían tener una oportunidad de mercado. Ya se ha producido la ruptura de barreras entre la tecnología civil y la militar. La fiabilidad de los componentes y equipos civiles ha permitido su utilización en el ámbito militar, aunque se han generado problemas de obsolescencia, por la rápida evolución tecnológica que impulsan algunos sectores civiles. El papel relevante de la tecnología en la amenaza/conflicto futuro se va a incrementar considerablemente, la superioridad tecnológica en todas sus dimensiones, va a ser esencial para vencer conflictos asimétricos. La actual tecnología más avanzada es civil que previamente modificada para cumplir algunos requisitos esenciales de seguridad operativa y física podrá ser incorporada a sistemas específicamente militares. Han aparecido nuevas amenazas en un mundo donde la separación entre la Seguridad y la Defensa ya no existe, como el incremento de ataques selectivos con medios, sistemas y armas de una alta tecnología relativa, que ya no son potestad exclusiva de los estados nacionales ;ataques con agresivos y armas químicas o biológicas; Incremento de la complejidad en la obtención y análisis de inteligencia operacional y táctica; Acciones de interferencias de comunicaciones (jammers, inhibidores, troyanos, etc.); IED´s , minas y cargas explosivas con dispositivos de acción y control mejorados; etc. Además, el campo de batalla adquiere nuevas dimensiones: ciberespacio, ciberinteligencia, mando y control difuso y desestructurado, comunicaciones flexibles no estructuradas; lo que implica: ciberdefensa, flexibilidad, integración estructurada estratégica, operacional y táctica, NEC, Radio software, encriptación y desencriptación, etc.
En la Comunicación Comisión UE (2016), se apunta el interés de la Comisión por avanzar junto a los países en utilizar los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos en el fortalecimiento de la investigación, del desarrollo tecnológico y de la innovación del mercado de la defensa.

Constitucional, de los "altos fines" recogidos en el artículo 8 del texto constitucional, el mismo diseña un sistema en el que intervienen el Jefe del Estado y todos los poderes del mismo: el legislativo, con importantes funciones autorizatorias y de control de la acción del Gobierno; el ejecutivo, correspondiendo al Gobierno, como hemos visto, la dirección de la defensa del Estado y de la Administración militar; y el judicial, manteniendo aunque restringiendo el ámbito de la Jurisdicción militar. Asimismo, supera la concepción de la defensa como una misión exclusiva de las Fuerzas Armadas, estableciendo un derecho y un deber de todos los españoles de defender a España. Éste es el marco que desarrollan las normas posteriores y que vamos a analizar en el presente apartado, al objeto de determinar el carácter transversal de la defensa nacional, y habiéndose analizado ya la implicación que en la misma corresponde a los ciudadanos, nos centraremos en la de los poderes públicos y la organización administrativa existente para la adecuada ejecución de la política de defensa. Para ello comenzaremos con un análisis de la evolución histórica, en el que veremos cómo se conjugan aspectos constitucionales, administrativos, internacionales y operativos, teniendo todos ellos una importante incidencia en la determinación de dicha organización.

II.1.A. Breve reseña histórica.

En los orígenes del Estado Moderno en España y la configuración de un Ejército permanente a partir de los Reyes Católicos, la organización política característica de los siglos XVI y XVII se articula mediante un sistema que se basaba en distintos Consejos, que ejercían la autoridad plena por delegación del Rey, cuyas competencias venían delimitadas bien por razón del territorio (Consejo de Indias, el de Castilla, el de Aragón, el de Italia, etc.) o por razón de la materia, dentro de los cuales tienen particular relevancia el de Estado y el de Guerra, aunque estaban también el Consejo de la Santa Inquisición, el de Hacienda, el de la Cruzada y el de Órdenes.

De uno u otro modo, eran varios los Consejos citados que tenían gobierno sobre las Fuerzas Armadas de aquel entonces. Los territoriales en relación a las fuerzas que guarnecían cada uno de los territorios, y de los materiales aquellos orientados básicamente hacia lo que hoy conocemos como política internacional.

De todos es sabido que la política exterior de los siglos XVI y XVII era una política internacional que reposaba sobre el uso de la fuerza. En la Corona española, salvo algún breve periodo de tiempo, se vivió una situación de conflicto más o menos latente durante aquellos dos siglos. Y era el Consejo de Guerra el que, por su relación con la materia o por su especialidad, debía gobernar las Fuerzas Armadas. Sin embargo, como ya he señalado, todos los consejos territoriales compartían el gobierno de la fuerza armada a lo largo de la monarquía de los dos primeros siglos de historia de España.

Ya en el siglo XVIII, con la entronización de Felipe V, primer rey de España, de la dinastía Borbón, cambia completamente el sistema de gobierno.

En 1705 se toma una decisión trascendental para la historia del Ministerio de Defensa, porque en ese año se crea la Secretaría de Guerra y Hacienda. Esta Secretaría era un órgano único, unipersonal y dependiente directamente del Rey, que tenía bajo su responsabilidad el gobierno de todos los asuntos de guerra y también todos los asuntos de Hacienda.

Nueve años más tarde, en 1714, se segrega la Secretaría de Guerra de la Secretaría de Hacienda y se crea la Secretaría de Marina. Ésta fue una decisión trascendental que tuvo una utilidad notabilísima para los ejércitos españoles de aquel entonces. Y es precisamente esta organización la que, con pequeñas reformas, llega hasta el año 1977. El primer cambio se produce en 1834 tras la muerte de Fernando VII. Y es meramente nominal, cambiándose la denominación de Secretaría por la de Ministerio, que afecta al conjunto de departamentos, y por el que se transforman las Secretarías de Guerra y de Marina en sendos Ministerios. El segundo cambio de importancia no ocurrirá sino mucho más tarde, cuando en el mes de agosto de 1939 se crea el Ministerio del Aire como tercero de los que ya se conocen como «Ministerios Militares». Con estos dos leves ajustes, la estructura de Felipe V llegará intacta hasta 1977.

No obstante, si desde la perspectiva de la organización administrativa no son muy relevantes los cambio que se producen desde el siglo XIX, por el contrario sí que lo son los que tienen lugar a nivel constitucional.

De este modo, el inicio del constitucionalismo español supone la recepción de los postulados políticos liberales, y el reconocimiento de algunos de los nuevos principios de

ubicación de la fuerza militar. Siguiendo a COTINO HUESO[136], entre estas novedades se encuentra la atribución al Congreso de la competencia para prestar el previo consentimiento a los tratados de alianza ofensiva (artículo 131.7º) para conceder o denegar la admisión de tropas extranjeras en el Reino (artículo 131.8) para fijar el número de tropas y el modo de levantarlas (artículos 131.10ª, 357 y 358), aprobar las normas que regulaban al Ejército, la Armada y la milicia nacional así como la enseñanza militar (art. 131.11, 359 y 363), si bien no se incluyó entre sus competencias la de prestar el consentimiento previo de la Cámara a la declaración de la guerra, manteniéndose la prerrogativa regia de declarar la guerra, y hacer y ratificar la paz, dando después cuenta documentada a las Cortes (artículo 171.3º).

Además, se constitucionalizó el servicio militar, cuya limitación territorial correspondía a las Cortes (Artículos 9 y 357 y 361), y se le atribuía el Ejército no sólo la defensa exterior del Estado, sino también la conservación del orden interior (art.356)[137] y se constitucionalizó en su artículo 308 el derecho de excepción, del que se hará una continua aplicación a lo largo del siglo XIX.

Conjuntamente con el proceso de disipación de las milicias nacionales, en 1844 surgió la fórmula de la Guarda Civil. Mediante este cuerpo se institucionalizó la participación militar en las tareas de orden público que había comenzado años antes.

La Constitución de 1869 destaca la constitucionalización de garantías de legalidad para la adopción y vigencia de medidas de excepción en razón de la seguridad del Estado (artículo 31), que se recogen igualmente en la constitución de 30 de julio de 1876 (artículo 17) reforzando el papel de las Cortes. Y de la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931, además de la novedosa afirmación de su artículo 6 conforme a la cual «España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional», destaca la posibilidad del Estado de exigir prestaciones civiles o militares sometidas a la reserva de ley (artículo 37), la atribución al Estado central, en el marco del Estado integral, de la exclusiva competencia en la legislación y ejecución directa de lo relativo a la fuerza militar y la defensa nacional (Artículo 14). Las importantes competencias que corresponde al Ejecutivo en relación con la defensa se ven sometidas a un mayor control por parte del Congreso que, además de sus competencias legislativas, era quien elegía el Presidente de

[136] COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional, op. cit.* págs. 223 a 257
[137] *Ïbidem,* págs. 256 y 257.

la República y éste, a su vez al del Gobierno. Y se procede a una reorganización de la jurisdicción militar, creando una Sala de Justicia Militar en el Tribunal Supremo.

Como señala COTINO[138] «El texto de 1931 supuso la primera recepción seria -aun incompleta- del asentamiento de la fuerza de las armas en un sistema constitucional democrático: supremacía civil, neutralidad militar, desmilitarización del orden público, limitación del fuero militar y, sobre todo, limitación del empleo de la fuerza a través de los mecanismos de la división de poderes en el marco de un sistema efectivamente representativo. En este sentido, ya la limitación de la declaración de guerra y, en especial, el control de la adopción de las medidas de excepción resultarían bien significativas».

Asimismo, además de los cambios producidos a nivel constitucional, desde el punto de vista organizativo deben destacarse otros cambios significativos que a lo largo del siglo XX van a tener una notoria influencia en el proceso de configuración organizativa de la defensa nacional y de transformación de las Fuerzas Armadas. Entre ello, además de algunos a los que ya se ha hecho referencia, como la superación del concepto tradicional de defensa nacional y su sustitución por el más amplio de seguridad nacional o la profesionalización de las Fuerzas Armadas, destacan especialmente, en mi opinión, dos factores, uno de carácter operativo y otro de carácter internacional.

Desde la perspectiva internacional, prevista en el propio Preámbulo de la Constitución, que proclama la voluntad de la Nación Española de «Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra» es de notoria relevancia la participación de las Fuerzas Armadas españolas en misiones internacionales en operaciones combinadas con nuestros socios y aliados, como las de Bosnia y Herzegovina, Kosovo, Albania, Macedonia, Afganistán, Irak, Líbano, la Operación Atalanta en el índico, y más recientemente las de Mali, Republica Centro Africana o la coalición contra el Estado Islámico, que evidenciaban la necesidad de contar con unas Fuerzas Armadas con un elevado nivel de preparación, un alto grado de disponibilidad y una notable capacidad de reacción.

Desde el punto de vista operativo, creo que ha tenido especial trascendencia la potenciación de «lo conjunto». La actuación de las Fuerzas Armadas no puede realizarse de manera individual por cada uno de los Ejércitos, sino que su empleo en operaciones debe realizarse bajo la premisa de una coordinación de la actuación de los Ejércitos, en

[138] *Íbidem,* 277 y 278.

lo que ha venido a denominarse «combate conjunto» y que es el generalizado en los países de nuestro entorno. En España, como veremos, la configuración independiente de cada uno de los ejércitos con un ministro diferente al frente de cada uno de ellos dificultaba esta concepción. No obstante, la firma de los Acuerdos con los Estados Unidos permitieron a los oficiales de nuestras Fuerzas Armadas empezar a conocer otros formas y procedimientos de actuación basados en la actuación conjunta, lo que motivó que ya desde los años 50 se empezara a plantear la necesidad de una mayor coordinación de los Ejércitos, con la creación del Alto Estado Mayor, lo que supuesto un primer paso que se potenciaría a partir de la creación del Ministerio de Defensa y de la figura del JEMAD, así como consecuencia de la incorporación de España a diversas organizaciones internacionales, especialmente la OTAN, la UE y la ONU, tal y como se analizará detenidamente en otro capítulo.

II.1.B. La defensa nacional y los poderes del Estado.

Procedemos, a continuación, a analizar las competencias que el texto constitucional, complementado por la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, atribuye a los distintos poderes del Estado, destacando la implicación de todos ellos en esta importante función del Estado, lo que vienen a poner de manifiesto, una vez más, la trascendencia de la misma.

No obstante, en este análisis, dirigido a destacar dicha implicación, debe tenerse en cuenta, igualmente y por las razones anteriormente explicadas, la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, que al configurar como el primero de sus componentes fundamentales la defensa nacional, y proceder en su Título I a la regulación de los órganos competentes de la seguridad nacional, ha procedido a una asignación de competencias que no siempre coinciden y se solapan con las previstas en la LODN (como ocurre, por ejemplo, con el Consejo de Defensa Nacional, que no ha vuelto a reunirse tras la aprobación de la LSN, habiendo sido sustituido de facto por el Consejo de Seguridad Nacional). Por esta razón, considero que hubiera sido más conveniente una regulación de la seguridad nacional que hubiese integrado en su texto, de una manera más intensa y como evolución del concepto de defensa nacional hacia la seguridad nacional, la normativa sobre defensa nacional contenida en la LODN, incluidas sus misiones y la

contribución de recursos, tratando de manera conjunta la defensa y la seguridad nacional, de manera similar a lo realizado en Francia, en un concepto verdaderamente integrador y sin duplicidad de competencias, creando un único Consejo de Defensa y Seguridad Nacional. Y manteniendo, en la LODN, la regulación de la organización militar, conforme a lo previsto en el artículo 8.2. de la Constitución.

Una vez realizada dicha salvedad, procedo al estudio de la intervención que la Constitución reserva a los distintos poderes del Estado en la defensa nacional, siguiendo el esquema de la propia LODN:

a) El Rey.

La Constitución atribuye distintas funciones al Rey, como Jefe del Estado, en relación con la defensa nacional, además de las genéricas de sancionar y promulgar las leyes, expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros, conferir los empleos civiles y militares y conceder honores y distinciones, ser informado de los asuntos de Estado o manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados. Dentro de dichas competencias específicas, se encuentran el mando supremo de las Fuerzas Armadas (artículo 62.h) y, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz (artículo 63.3).

De todo el elenco de facultades que corresponden al titular de la Corona, la LODN ha querido destacar la relativa al mando supremo de las Fuerzas Armadas[139], siendo esta función una de las más controvertidas en cuanto a su alcance en los primeros años de nuestra Monarquía Parlamentaria, si bien debe considerarse un debate actualmente superado.

En este sentido, debe partirse de la configuración de una Monarquía Parlamentaria que se caracteriza porque *el Rey reina, pero no gobierna*, ya que, como señala

[139] Que en su artículo 3, dedicado a la Corona, dispone que «Corresponden al Rey el mando supremo de las Fuerzas Armadas y las demás funciones que en materia de defensa le confiere la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico». Esta especial relevancia se reconocía, igualmente, en la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, cuyo artículo quinto señalaba que «Corresponden al Rey las funciones que, en materia de defensa nacional, le confieren la Constitución, las Reales Ordenanzas y las demás leyes y, en especial, el mando supremo de las Fuerzas Armadas».

RODRIGUEZ ZAPATA[140] la monarquía parlamentaria es, según la Constitución de 1978, una forma de Jefatura de Estado en la que el Rey no ostenta ninguno de los clásicos poderes estatales, y no retiene por ello el Poder ejecutivo, quedando reducido simplemente a una magistratura simbólica e integradora. De este modo, el Rey no es responsable de sus actos en virtud de la institución del refrendo, que como señalara SÁNCHEZ AGESTA, es una de las máximas sutilezas del derecho constitucional contemporáneo, y que, en el régimen parlamentario, es fundamentalmente una limitación material del poder regio en cuanto quien refrenda asume íntegramente la responsabilidad de la legalidad y de la oportunidad del acto[141]. No obstante, siendo generalmente admitida dicha configuración, no faltaron autores que consideraron que el mando supremo de las Fuerzas Armadas atribuía al Rey una función con perfiles propios. A este respecto, ya SÁNCHEZ AGESTA[142] señalaba que, a diferencia de aquellos actos que son propios de la competencia del Gobierno, en los que el Rey debe ser informado y puede animar o advertir, en el «mando supremo de las Fuerzas Armadas» parecía que puede corresponder al Rey una cierta participación, correspondiente a la autoridad de un superior que implica «un mando», aunque exija siempre el refrendo del Gobierno, en lo que se correspondería con lo que Bahegot llamaría los poderes mágicos de la Monarquía.

Uno de los principales y más acérrimos defensores de la atribución el Rey de poderes efectivos como mando supremo de las Fuerzas Armadas ha sido HERRERO DE MIÑÓN, que partiendo de su consideración del refrendo como un acto complejo en el que se produce la confluencia de dos voluntades, la del órgano refrendante y la voluntad regia, que los ministros no pueden forzar y sustituir y sin la cual no podrían producirse aquellos actos que formalmente emanan del Jefe del Estado bajo el refrendo y consiguiente responsabilidad de su Gobierno, no considera a la facultad regia de mando militar como una facultad exclusivamente formal carente de contenido, no se trata de una

[140] RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, pág.393. En este mismo sentido, BLANCO VALDÉS señala que «La monarquía parlamentaria es aquella especie (forma de gobierno parlamentaria) de un género más amplio (forma de Estado democrático) caracterizada por la naturaleza no electiva, hereditaria y vitalicia de la Jefatura del Estado, en que el Rey, como titular de un órgano estatal, la Corona, se limita a formalizar- a *nacionalizar* como ha apuntado certeramente Solozábal (1987, p.60)- decisiones políticas ajenas tomadas por órganos del Estado responsables dotados de poder: el Parlamento y el Gobierno».

[141] SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1984, pág. 244.

[142] Í*bidem*, pág. 238

atribución meramente simbólica de la Corona, sino de una atribución efectiva[143]. De este modo, como señala BLANCO VALDÉS, Herrero de Miñón coloca al Rey «como garante político del ordenamiento constitucional, adhiriéndose así a una concepción de recia tradición entre la doctrina jurídica europea más conservadora que ve en el Jefe del Estado el *guardián de la Constitución*. En efecto, si al Rey corresponde el mando supremo de las Fuerzas Armadas (artículo 62.*h* CE), a éstas la defensa del ordenamiento constitucional (artículo 8º.1 CE), y si el Rey debe prestar juramento de guardar y hacer guardar la Constitución (art. 61.1 CE), la interpretación conjunta de estos tres preceptos debe llevar a concluir, en opinión de Herrero, que al Jefe del Estado corresponde la defensa del ordenamiento constitucional cuando se encuentra interrumpido el funcionamiento regular de los poderes públicos»[144].

Frente a esa postura, prevalece la que podemos considerar mayoritaria, iniciada por ALZAGA[145] que, en respuesta a los postulados de SÁNCHEZ AGESTA, sostuvo que el mando del Rey sobre nuestras Fuerzas Armadas no era efectivo (como lo es el del Presidente de los Estados Unidos de América) sino de carácter eminente y complementario de la facultad efectiva que el artículo 97 CE otorga al Gobierno de dirigir «la Administración militar y la defensa del Estado».

Esta postura se correspondería con la que tradicionalmente corresponde a cualquier Jefatura del Estado, como detalladamente ha estudiado COELLO DE PORTUGAL, quien, partiendo de la función primigenia de la Jefatura del Estado de ejercer la representación jurídica del Estado, destaca lo siguiente: «Función clásica de cualquier Jefatura del Estado constitucional es la Jefatura de las Fuerzas Armadas, de las que su titular es frecuentemente mando supremo o comandante en jefe. La máxima legitimidad para ostentar la Jefatura militar del Estado -en un sentido obviamente formal- así como una de las mejores vías para que se perciba la legitimidad de estas fuerzas

[143] HERRERO DE MIÑÓN, M., "El Rey y las Fuerzas Armadas", *Revista del Departamento de Derecho Público*, UNED núm.7,1980, pág. 47 a 50.

[144] BLANCO VALDES, ROBERTO L., *La ordenación constitucional… op. cit.,* pág.129

[145] ALZAGA VILLAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. y RODRÍGUEZ ZAPATA, J. *Derecho Político Español… op. cit.* pág. 309. Entre los autores que defienden esta tesis, cita a Álvarez Conde, Aragón Reyes, Cazorla, Pérez, Ruiz-Rico, López-Lendínez y Bonachela Mesas, entre otros. Asimismo, cita la postura con matices de Trillo Figueroa, quien considera compatible con defender que el Rey sólo es cabeza del ejército a título representativo el que le corresponda asumir, en su condición de alto moderador, una excepcional garantía última, de carácter no material o ejecutivo, sino tan sólo «disuasiva» en situaciones de extrema gravedad (TRILLO FIGUEROA, Federico: «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española», REP, núm.12, Nueva Época, nov-dic.1979, pp.123-124 y 133 a 136.)

militares estatales y su integración en el sistema constitucional es, precisamente, la situación del titular de le Jefatura del Estado en la cúpula de las mismas, como símbolo último del orden constitucional vigente y de las libertades públicas que la Constitución garantiza»[146].

Además, en el caso de nuestra monarquía parlamentaria, como acertadamente indica CAZORLA, «el factor simbólico, presente en el sentir popular y en la política en general, desempeña un papel apreciable en la legitimación monárquica»[147], recogiendo el citado autor los postulados de ARAGÓN: «Reinar significa algo más que ser el Jefe del Estado y por ello un órgano de participación necesaria en los actos estatales más importantes. También significa desplegar una función simbólica que se deriva no de ser el Jefe del Estado, sino de ser el Monarca, y que se manifiesta por las capacidades de la Corona como símbolo de integración histórica, social, territorial, cultural y política del Reino»[148].

De este modo, no correspondiendo al presente estudio profundizar en dichas tesis, compartimos la defensa del carácter simbólico del mando que la Constitución confiere al Rey sobre las Fuerzas Armadas, pero sin que el reconocimiento de dicho carácter reste importancia a la atribución que lleva a cabo el texto constitucional. En este sentido, el reconocimiento del mando supremo sobre las Fuerzas Armadas responde no solo a la histórica vinculación entre la figura del Rey y sus ejércitos y al poder moderador que al mismo corresponde, sino muy especialmente, a la configuración del Rey como Jefe del Estado y símbolo de su unidad y permanencia, lo que realza, de nuevo, la trascendencia de la función de defensa nacional, reconocida en el artículo 8º como misión de las Fuerzas Armadas, dirigida a garantizar la propia supervivencia del Estado y a cuya cabeza se sitúa al Jefe del Estado, como representante de dicho Estado que se pretende salvaguardar, sin perjuicio de que su garantía efectiva esté atribuida a otros poderes del Estado, singularmente al poder ejecutivo y al poder legislativo. De este modo, el propio texto constitucional está destacando, una vez más, la importancia que para el mismo tiene la defensa nacional.

[146]COELLO DE PORTUGAL, J.M., *La Jefatura del Estado,* Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
[147] CAZORLA PRIETO, L.M. *Legitimidad monárquica y gestión económica de la corona,* Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pág. 27.
[148] ARAGÓN REYES, M. «Veinticinco años de monarquía parlamentaria», *Revista Española de Derecho Constitucional,* año 24, número 70, enero-abril, 2004, págs. 14 y 15.

Precisamente, para destacar ese carácter simbólico, al tiempo que se potencia su función moderadora, la LODN prevé específicamente el Consejo de Defensa Nacional en pleno informará al Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno y que cuando el Rey asista a las reuniones del Consejo, lo presidirá (artículo 8.2) y en idéntico sentido la LSN ha previsto la participación del Monarca en el Consejo de Seguridad Nacional, debiendo ser informado, al menos una vez al año (artículo 21.2).

b) Las Cortes Generales.

El control parlamentario de la acción de gobierno se configura como uno de los pilares básicos del principio de la división de poderes en el constitucionalismo clásico, aunque no falten autores, como el profesor FERNÁNDEZ-MIRANDA, que consideren que, como consecuencia del «Estado de partidos», este mecanismo de control del poder «ha envejecido»[149].

Nuestro texto constitucional recoge algunas de las funciones que los textos constitucionales han venido atribuyendo al Poder Legislativo, y que deben completarse con las previsiones de la LODN y la LSN. Asimismo, como señala BLANCO VALDÉS[150], la intervención de las Cortes Generales en los temas de defensa se convirtió, ante la renuencia gubernamental, «en el verdadero caballo de batalla» del debate parlamentario de la LODNOM.

[149] FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. «Las Cortes Generales», *Revista de Derecho Político,* núm. 36, 1992, págs. 335-346, en concreto, págs. 344 y 345: «Prescindiendo aquí del poder judicial, la proyección de la doctrina de la división de poderes en el constitucionalismo clásico se construye desde la dialéctica política entre Gobierno y Parlamento, dialéctica que durante la larga etapa del doctrinarismo político es reflejo del conflicto histórico de legitimidades entre el principio «democrático» y el principio monárquico. El Parlamento legitima y deslegitima a los gobiernos y el Parlamento los controla. Tal construcción de la división de poderes (aunque sea flexible colaboración en el régimen parlamentario) responde adecuadamente a la praxis política histórica y a las necesidades de control del poder. Hoy ha envejecido. El Derecho Constitucional ha envejecido. La conocida transformación de la dialéctica política, en el régimen parlamentario y en el Estado de partidos, en dialéctica mayoría-minoría, reclama, a mi juicio, la constitucionalización de la posición de las minorías parlamentarias para reconstruir desde aquí la doctrina de la división de poderes y, con ello, las posibilidades de efectivo control del poder. Con mayorías políticamente dependientes del Gobierno (aunque el control que ejerce la mayoría cumple sus funciones y dista de ser irrelevante) los instrumentos de control administrados por un Parlamento que funciona con la regla de la mayoría, pierden gran parte de eficacia».

[150] BLANCO VALDES, R. L., *La ordenación constitucional… op. cit.*

Actualmente, conforme se enumera en el artículo 4 de la LODN, a las Cortes Generales les corresponde: a) Otorgar las autorizaciones previas para prestar el consentimiento del Estado a obligarse por medio de los tratados y convenios internacionales, así como las restantes autorizaciones previstas en el artículo 94.1.b) de la Constitución. b) Aprobar las leyes relativas a la defensa y los créditos presupuestarios correspondientes. c) Debatir las líneas generales de la política de defensa. A estos efectos, el Gobierno presentará las iniciativas correspondientes, singularmente los planes de reclutamiento y modernización. d) Controlar la acción del Gobierno en materia de defensa. e) Acordar la autorización a que se refiere el artículo 63.3 de la Constitución.

Dentro de estas competencias, se encuentran las previstas específicamente en el texto constitucional derivadas del régimen parlamentario[151], reconociendo un importante papel al órgano representativo de la Soberanía Nacional en los temas de defensa, debido, nuevamente, a la trascendencia que dicha función tiene para el Estado. Esta importancia, que se pone de manifiesto en las distintas autorizaciones que deben prestar como en el control de la acción del gobierno, se pone igualmente de manifiesto, como veremos en otro capítulo, en la aprobación de los créditos presupuestarios necesarios para hacer frente a las necesidades de la defensa, así como a la aprobación de la leyes en esta materia y que inciden notoriamente en las misiones y en la propia configuración de las Fuerzas Armadas, no solo a través de la LODN sino de otras normas de singular importancia, como la Ley de la Carrera Militar, que incluye la limitación de efectivos de las Fuerzas Armadas[152], o la normativa sobre derechos y deberes de los militares, régimen disciplinario y código penal militar[153].

En relación con dichas funciones cuya concreción específica se realiza en la LODN, destacan las relativas al control de la acción del Gobierno en materia de defensa y las de debatir las líneas generales de la política de defensa, debiendo el Gobierno

[151] Sobre el sistema parlamentario de gobierno véase FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR A., *Sistema electoral, partidos políticos y Parlamento.* Colex, Madrid, 2003.

[152] El número máximo de militares profesionales en servicio activo se fija entre 130.000 y 140.000 efectivos, en los que están incluidos un máximo de 50.000 oficiales generales, oficiales y suboficiales. El número máximo de oficiales generales será de 200. El número máximo de coroneles será de 1.050. En las leyes de Presupuestos Generales del Estado se determinará el objetivo de militares de tropa y marinería para cada ejercicio.

[153] Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

presentar las iniciativas correspondientes, singularmente los planes de reclutamiento y modernización, pudiendo considerarse que se ha ido incrementando paulatinamente la intervención de las Cortes, singularmente a través de las Comisiones de Defensa del Congreso y del Senado, en los temas relacionados con la defensa nacional[154]. En este sentido, y pese a que tradicionalmente se considera que, en materia de defensa, la posición del Parlamento es secundaria respecto a la hegemonía del Gobierno[155], se viene recomendando una incorporación mayor del debate parlamentario acerca de esta materia, lo que supone incrementar la democraticidad de la misma, ya que es el Parlamento el que permite exponer ante la opinión pública los hechos y las opciones[156].

Y, precisamente, una de las principales novedades (que no la única, como se verá al analizar la organización de las Fuerzas Armadas) ha sido la de potenciar el papel que corresponde a las Cortes Generales en la política exterior y de defensa, introduciendo su preceptiva autorización para las misiones en el exterior, recogiendo con carácter general en su artículo 4.2. que al Congreso de los Diputados le corresponde autorizar, con carácter previo, la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en la propia ley. La necesidad de esta autorización se desarrolla en su artículo 17, que introduce un matiz en mi opinión contradictorio, y que solo puede entenderse en el marco temporal de aprobación de la LODN, tras la participación de España en la guerra de Irak. Dicho matiz hace referencia a que la necesidad de autorización se limita a las operaciones en el exterior «que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional», lo que, en mi opinión, es una contradicción. En primer lugar, considero contradictorio afirmar, en el contexto de los nuevos conflictos asimétricos, riesgos y amenazas, que se recogen en los modernos conceptos estratégicos e integrados en el concepto amplio de seguridad nacional, que incluyen, además de los conflictos armados, otros como el terrorismo, el

[154] Como señalara López Garrido en el año 1986, durante el periodo de transición democrática «el grado de control parlamentario respecto de la política de defensa y, dentro de ella, respecto de la Administración Militar, ha sido muy débil, por no decir prácticamente nulo». LÓPEZ GARRIDO, D., "Algunos datos sobre el control de la política de defensa y la Administración militar en el Congreso de los Diputados, 1977-1985", *Revista de las Cortes Generales*, núm.8, 1986 https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249135.pdf (Consultado el 25 de septiembre de 2021).

[155] COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional, op. cit.* pág. 312.

[156] MORET MILLÁS, V., "La autorización de las operaciones en el exterior de las Fuerzas Armadas: una propuesta de regulación parlamentaria", *CEFLegal: revista práctica de derecho*. *Comentarios y casos prácticos*, Nº. 151-152, 2013, pág. 15. https://www.ieee.es/Galerias/fichero/OtrasPublicaciones/Nacional/VicenteMoretMillas_OperacionesExteriorFFAA_PropuestaRegulacionParlamentaria.pdf (Consultado el 25 de septiembre de 2021)

crimen organizado o la proliferación de armas de destrucción masiva, la participación de España en misiones internacionales como las de Afganistán, República Centroafricana, Mali o Irak, y, en general las 17 misiones en las que participa actualmente España en el exterior[157], no estén directamente relacionadas con la defensa o los intereses nacionales, incluidos, dentro de dichos intereses, los de contribuir al principio de defensa colectiva de la OTAN, dadas las implicaciones de esta organización internacional para nuestra propia seguridad, o cumplir con los compromisos asumidos con Naciones Unidas. Por otro lado, si se interviniera en operaciones militares que no atiendan a los intereses nacionales, ello supondría tanto como reconocer una intervención arbitraria que se estaría apartando de la consecución del interés general y, por tanto, manifiestamente inconstitucional por contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrado por el artículo 9.3. de la CE.

Por ello, la práctica gubernamental y parlamentaria ha supuesto que, a partir de la entrada en vigor de la LODN, la participación de España en nuevas misiones en el exterior se someta a la autorización previa del Congreso de los Diputados, salvo en los casos de urgencia, en los que se ha sometido a su ratificación posterior. Y por eso, debería modificarse la LODN para suprimir la referencia a «que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o del interés nacional», exigiendo la autorización parlamentaria para toda participación en misiones en el exterior, reforzando de esta manera la importancia del control parlamentario en un ámbito tan relevante que afecta a la defensa nacional y a las relaciones internacionales. De este modo, se estaría adaptando la tradicional competencia del Parlamento para autorizar la declaración de guerra al contexto actual, en el que la principal amenaza para la defensa de un Estado, la confrontación bélica con otros Estados y la defensa de sus fronteras, aún sin desaparecer, ha dejado paso a otras amenazas de carácter más difuso y a las que debe hacerse frente, incluso, más allá de nuestras fronteras, en lo que se ha denominado como frontera avanzada[158].

[157] https://www.defensa.gob.es/misiones/en_exterior/ (Consultado el 17 de febrero de 2022). Se incluye la misión de entrenamiento militar en Mozambique (EUTM Mozambique), creada por la Unión Europea el 15 de octubre de 2021 y el despliegue desde el 11 de febrero de 2022 de cuatro aviones 'Eurofighters' del Ala 14 del Ejército del Aire en la base aérea de Graf Ignatievo, Bulgaria, para llevar a cabo la misión de Policía Aérea de la OTAN junto a la fuerza aérea búlgara.

[158] Sumario de las ponencias presentadas en las Jornadas «El Ejército de Tierra y los retos futuros. Contribución del Ejército a la Seguridad de África: Frontera Avanzada» https://ejercito.defensa.gob.es/Galerias/Descarga_pdf/EjercitoTierra/departamentocomunicacion/frontera-avanzada-3.pdf (Consultado el 25 de septiembre de 2021).

Por último, debe hacerse referencia a una trascendental función que la Constitución atribuye a las Cortes Generales para el mantenimiento del orden público interno mediante el recurso a las Fuerzas Armadas en relación con el estado de sitio, ya que de acuerdo con el artículo 116.4, únicamente podrá ser declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno y determinando el Congreso su ámbito territorial, duración y condiciones.

c) El Gobierno.

La Constitución atribuye las principales competencias en materia de defensa al Gobierno, al que le atribuye específicamente en el artículo 97 la dirección de la defensa del Estado. De este manera se mantiene la estrecha vinculación histórica entre la defensa y el Poder Ejecutivo, que se atribuye al Gobierno en su conjunto, como órgano colegiado, y que concreta la LODN, correspondiéndole determinar la política de defensa y asegurar su ejecución, así como dirigir la Administración militar y acordar la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional. No obstante, como veremos a continuación, las principales competencias en la materia se atribuyen, en primer término, al Presidente del Gobierno, y posteriormente, al Ministro de Defensa[159].

No obstante, hay que tener en cuenta que son muchos otros los ministerios que ostentan competencias relacionadas, directamente, con la defensa nacional y, en algunos supuestos, con una incidencia notable en su articulación. En este sentido, además del Ministerio de Hacienda, por sus competencias en materia presupuestaria y de control del gasto público[160], pueden citarse el Ministerio de Asuntos Exteriores, por sus competencias en materia de acción exterior del Estado, de la que las Fuerzas Armadas son un pilar básico[161], el Ministerio del Interior, dada la contribución prevista a la defensa nacional de la Guardia Civil y de la Policía Nacional o el Ministerio de Industria, por las implicaciones que la obtención de las capacidades militares tienen en el tejido industrial

[159] En el presente trabajo, siguiendo la terminología de la LODN y las recomendaciones de la Real Academia Española, su utiliza el masculino genérico para referirse a las personas que ocupen los distintos cargos que en el mismo se citan.
[160] Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
[161] Artículo 8 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.

y que ha llevado a diseñar un modelo específico de financiación de los principales programas de armamento, tal y como se analizará detenidamente en otro capítulo.

Por otro lado, hay que destacar el papel relevante que corresponde al Consejo de Estado, en cuanto supremo órgano consultivo del Gobierno (artículo 107 de la Constitución), del que es miembro, como consejero nato, el JEMAD, y al que le corresponde informar preceptivamente, entre otros supuestos recogidos en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, los tratados o convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado o las disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo.

d) El Presidente del Gobierno.

Ya tras la modificación de la LODNOM por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, el Presidente del Gobierno pasó a convertirse en el «órgano protagonista de la defensa nacional»[162], asumiendo las principales funciones en la materia: la dirección de la política de defensa, ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas, la dirección de la guerra, la formulación de las directivas para las negociaciones exteriores y la definición de los grandes planteamientos, tanto estratégicos como de la política militar, definir los grandes objetivos estratégicos, aprobar los planes que se derivan de esta definición, la distribución de las fuerzas y las medidas destinadas a proveer las necesidades de los Ejércitos.

Estas competencias se refuerzan en la LODN, cuyo artículo 6 es del siguiente tenor:

«Artículo 6. El Presidente del Gobierno.

1. Corresponde al Presidente del Gobierno la dirección de la política de defensa y la determinación de sus objetivos, la gestión de las situaciones de crisis que

[162] BLANCO VALDES, R. L., *La ordenación constitucional … op. cit.* p.162.

afecten a la defensa y la dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza.

2. El Presidente del Gobierno ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas así como disponer su empleo.

3. Asimismo, en el marco de la política de defensa, le corresponde de forma específica:

a) Formular la Directiva de Defensa Nacional, en la que se establecerán las líneas generales de la política de defensa y las directrices para su desarrollo.

b) Definir y aprobar los grandes objetivos y planteamientos estratégicos, así como formular las directivas para las negociaciones exteriores que afecten a la política de defensa.

c) Determinar la aplicación de los objetivos y las líneas básicas de actuación de las Fuerzas Armadas, tanto en el ámbito nacional como en el de la participación en las organizaciones internacionales de las que España forma parte.

d) Ordenar las misiones de las Fuerzas Armadas.

e) Ejercer las demás funciones que le atribuyen las disposiciones legales y reglamentarias».

De su lectura, resulta indudable ese papel protagonista del Presidente del Gobierno en relación con la política de defensa y las propias Fuerzas Armadas, situándose, asimismo, en la cúspide la de cadena de mando, lo que determina el pleno sometimiento de las Fuerzas Armadas a «su autoridad», que ejerce a través del Ministro de Defensa, hasta llegar al JEMAD, el cual a su vez ha sido nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del Presidente[163]. De este modo, las principales funciones en materia de defensa nacional se residencian en órganos unipersonales, apartándose del esquema existente en principio, en que, conforme al artículo 97 de la Constitución y la LODNOM, se asignaban a órganos colegiados (el Gobierno, la Junta de Defensa Nacional, la Junta de Jefes de

[163] Artículo 13.1. de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.

Estado Mayor), lo que producía una falta de concreción de sus atribuciones y dificultaba la toma de decisiones y la coordinación de los ejércitos[164].

e) El Ministro de Defensa.

Al igual que el Presidente del Gobierno, su postura se ve reforzada tras la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, correspondiéndole, con carácter general, el desarrollo y la ejecución de la política de defensa y, específicamente, asistir al Presidente del Gobierno en la dirección estratégica de las operaciones militares; dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas bajo la autoridad del Presidente del Gobierno; determinar y ejecutar la política militar; dirigir, como miembro del Gobierno, la Administración militar y desarrollar las directrices y disposiciones reglamentarias que adopte el Consejo de Ministros y ejercer las demás funciones que le atribuyen las disposiciones legales y reglamentarias, destacando, entre estas últimas, las relativas a los ascensos, nombramientos y destinos militares.

Asimismo, dentro de las competencias que el ordenamiento jurídico atribuye al Ministro de Defensa, se encuentra la declaración de afectación a los intereses esenciales de la Defensa y Seguridad Nacional, elemento de especial trascendencia en cuanto permite aplicar las excepciones dirigidas a garantizar la primacía de dichos intereses frente a otros, tal y como se recoge en la normativa especial que será objeto de análisis posteriormente.

f) Las Fuerzas Armadas.

Se configuran como el elemento esencial del que se dota el Estado para garantizar su defensa. Son elemento constitutivo de la defensa nacional, hasta el punto de que las funciones que le corresponden como fin esencial de supervivencia del Estado se recogen en el artículo 8º de la Constitución, identificándolas, en nuestra opinión, con las misiones que se atribuyen a las Fuerzas Armadas. Al mismo tiempo, se configuran como

[164] MINISTERIO DE DEFENSA, "Proceso Evolutivo del Ministerio de Defensa", líneas 110 y ss, ya no disponible. Citado en SEPÚLVEDA, I. Y ALDA, S. (Eds), *Fuerzas Armadas y Políticas de Defensa: transición y modernización*, Congreso de Historia de la Defensa, IUGM-UNED, Madrid, 2007.

componente fundamental de la seguridad nacional[165] y pilar básico en la acción exterior del Estado[166].

La LODN introdujo importantes modificaciones en la organización de las Fuerzas Armadas, que pasan a concebirse como una entidad única, que se organiza en dos estructuras, una orgánica, para la preparación de la fuerza, y otra operativa, para su empleo en las misiones que se le asignen, y potenciando las competencias que corresponden al JEMAD como máximo responsable de la estructura operativa y, por tanto, del empleo de las Fuerzas Armadas.

Asimismo, se recoge la integración de las Fuerzas Armadas en el Ministerio de Defensa[167], buscando dar un paso más en la eficacia de su actuación, señalando que dicha integración se hace de forma que el conjunto de la organización adquiera la necesaria vertebración para posibilitar la ejecución eficaz de la política de defensa y de la política militar.

g) Otros órganos de la Administración que intervienen en la defensa nacional.

A este respecto, la LODN se refiere expresamente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, diferenciando entre la Guardia Civil, como instituto armado de naturaleza militar, y el Cuerpo Nacional de Policía. De este modo, se prevé que, mediante real decreto, se regularan las misiones de carácter militar que, de acuerdo con su naturaleza militar y atendiendo a sus capacidades, pueden encomendarse a la Guardia Civil, para su ejecución en espacios de soberanía nacional o en el exterior[168], así como se prevé la dependencia directa del Ministro de Defensa en los supuestos de conflicto bélico y durante la vigencia del estado de sitio. En cuanto al Cuerpo Nacional de Policía, se prevé igualmente su intervención en los supuestos de conflicto bélico y durante la vigencia del estado de sitio, manteniendo su dependencia del Ministro del Interior.

Por otro lado, se prevé asimismo, la intervención del Centro Nacional de Inteligencia, que contribuirá a la obtención, evaluación e interpretación de la información

[165] Artículo 9.1. de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional

[166] Artículo 8 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.

[167] Pese a su creación en 1977, las Fuerzas Armadas no se integraron formalmente en el Ministerio de Defensa hasta la aprobación del Real Decreto 135/1984, de 25 de enero, por el que se reestructura el Ministerio de Defensa.

[168] Real Decreto 1438/2010, de 5 de noviembre, sobre misiones de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil.

necesaria para prevenir y evitar riesgos o amenazas que afecten a la independencia e integridad de España, a los intereses nacionales y a la estabilidad del Estado de Derecho y sus instituciones.

En tiempo de conflicto bélico y durante la vigencia del estado de sitio, el Consejo de Defensa Nacional coordinará las actuaciones del sistema de cooperación en materia de Protección Civil. A estos efectos, la acción permanente de los poderes públicos tendrá en cuenta las directrices emanadas del Consejo (Artículo 28 LODN).

h) El Poder Judicial: la Jurisdicción militar.

Aunque existen precedentes en disposiciones de la Edad Media referentes a la Justicia Militar en España[169], dispersas en el Fuero Juzgo, el Fuero Real, los Fueros municipales y, especialmente, en las Partidas, en las que se recogen de forma más explícita y sistematizada, es comúnmente aceptado que, en sentido estricto, el Derecho judicial militar surge con la aparición de los ejércitos permanentes a finales del siglo XV, momento en el cual comienzan a promulgarse las primeras Ordenanzas, en las que se establece una justicia autónoma dirigida a mantener la disciplina de las unidades militares, entre las que destacan las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 13 de mayo de 1587 y las Ordenanzas de Carlos III de 22 de octubre de 1768. Estas Ordenanzas se basan en el modelo francés, que había creado los Consejos de Guerra para enjuiciar los delitos esencialmente militares, y en los que, junto al militar que ostenta el mando, el Capitán General, interviene la figura del Auditor como técnico en Derecho, y cuyos principios se mantendrían combinados con los del proceso codificador en el primer Código de Justicia Militar, aprobado por Decreto de 27 de septiembre de 1890.

Aunque no procede un análisis exhaustivo de la evolución de la Justicia Militar en España, que excede al ámbito del presente trabajo, sí interesa destacar como, durante el siglo XIX y, especialmente, desde principios del Siglo XX, se produce una extensión del ámbito propio de la jurisdicción castrense, que se inicia con la Ley de Jurisdicciones de 23 de marzo de 1906 y que confirma el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, en el que, como señala ANTÓN ONECA, si bien sigue dominando la idea del

[169] Para las referencias históricas se ha partido de MILLÁN GARRIDO, A., *Justicia Militar*, Ariel, Madrid, 2010, págs. 22 a 35.

mantenimiento de la disciplina, ante las especiales circunstancias políticas en que surge, asume de igual forma la defensa no ya del propio Ejército, sino del Estado y de la Nación.[170]

La reforma integral de la Justicia militar española parte de los Pactos de la Moncloa de 1977, entre cuyos Acuerdos figuraba la reforma parcial y urgente de la legislación penal y procesal militar con el fin de adaptarla a las exigencias propias de la nueva realidad democrática[171].

A este marco de reforma de la Jurisdicción Militar responden los principios recogidos en la Constitución de 1978, que mantiene el reconocimiento[172] de la jurisdicción militar como parte integrante del Poder Judicial y conforme al principio de unidad jurisdiccional, si bien limitando su ámbito de actuación al estrictamente castrense y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios[173] de la propia Constitución[174] y que darían lugar a la reforma del Código de Justicia Militar por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre y, posteriormente, a la aprobación del Código Penal Militar por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre.

---

[170] ANTÓN ONECA, J, *Derecho Penal*, Tomo I, «Parte General», Madrid, 1946, p.86.

[171] Estos Acuerdos incluían la «reconsideración de sus límites en relación con la competencia de la jurisdicción militar: 1.º Por razón de delito: resolver la dualidad de tipificaciones en el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose éste al ámbito de los delitos militares; 2.º Por razón del lugar: limitar la competencia de la jurisdicción militar a los actos cometidos en centros o establecimientos o lugares estrictamente militares; 3.º Por razón de la persona: revisar los supuestos de desafuero y los términos en que se resuelve la competencia cuando concurre personal militar y no militar en unos mismos hechos que no constituyan delito militar; 4.º Sometimiento a los Tribunales Ordinarios de las Fuerzas de Orden Público, cuando actúen en el mantenimiento del mismo; 5.º Fortalecimiento de las garantías procesales y defensa en los procedimientos de la jurisdicción militar»

[172] Como señala CALDERÓN CEREZO, «Esta declaración de subsistencia, más bien de reconocimiento como JM de nuevo cuño, resultaba imprescindible porque de otro modo la añeja JM preconstitucional iba a resultar incompatible con el Poder Judicial del que necesariamente iba a formar parte». CALDERÓN CEREZO, A., XXV años de la sala de lo militar del Tribunal Supremo, *Revista Española de Derecho Militar*, núm 100, Ministerio de Defensa, Madrid, 2013, pág. 68

[173] Dentro de estos principios básicos destacan las previsiones del artículo 15, inciso final, sobre la pena de muerte; el artículo 17.3, sobre la información al detenido y el artículo 24.2 relativo a la tutela judicial efectiva.

[174] La necesaria adaptación a sus principios se llevó a cabo mediante la codificación separada de los principales ámbitos de la misma: el penal (Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar), el disciplinario (Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, posteriormente sustituida por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre), el orgánico (Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar) y el procesal (Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar). Dichas normas supusieron la introducción en la Jurisdicción Militar de principios tan relevantes como el de unicidad del Poder Judicial del Estado, legalidad, igualdad de partes o independencia de los órganos judiciales, y dieron lugar a una nueva organización de la que desaparecían los órganos de mando a los que tradicionalmente se les había concedido el ejercicio de la jurisdicción.

Recientemente, se ha aprobado un nuevo Código Penal Militar por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, cuya necesidad se había puesto de manifiesto, entre otras circunstancias, para reforzar su carácter ley especial así como adaptarlo al proceso de modernización de la organización militar, la profesionalización ya culminada de las Fuerzas Armadas así como el nuevo modelo organizativo y de despliegue territorial de la fuerza, la permanente participación de unidades militares españolas en misiones internacionales, o la necesidad de introducir nuevas figuras delictivas que otorguen protección penal al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los militares por exigirlo la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas[175].

Es muy de destacar de esta ley las modificaciones que introduce especialmente en la Ley Orgánica 4/1987 de Organización y Competencia de la Jurisdicción Militar regulando el nombramiento por o a propuesta del Consejo General del Poder Judicial de los miembros de los órganos judiciales militares, siguiendo la senda que ya se había iniciado con la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que añadió un artículo 344 bis en el que para el nombramiento de los magistrados de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo procedentes del Cuerpo Jurídico Militar, suprime la presentación de ternas por el Ministerio de Defensa, en lo que la propia ley considera como el «encaje definitivo de la Jurisdicción Militar en el Poder Judicial». Esto no supone que no se reconociera ya la Jurisdicción Militar como parte del único Poder Judicial ni que no estuviera ya garantizada la independencia, imparcialidad (que se vio reforzada tras la reforma operada en el año 2003 para evitar la denominada «imparcialidad objetiva»), inamovilidad y sometimiento único a la ley y al derecho de los jueces y magistrados militares, así como la tutela e inspección por parte del CGPJ, sino que como ha destacado la doctrina científica, lo que se viene a reforzar es la «apariencia de independencia», atribuyendo dicho nombramiento al CGPJ de manera análoga a lo dispuesto en el artículo 122.2 de nuestra Carta Magna para los jueces y magistrados de carrera.[176]

[175] RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Introducción» en DE LEÓN VILLALBA, F. J., JUANES PECES, A. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (Dirs.) *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 39 y 40.

[176] SANTOS SÁNCHEZ, D. J., «Prólogo a la Segunda Edición» en *Manual básico de tribunales y procedimientos militares*, Ministerio de Defensa, Tribunal Militar Central, Madrid, 2017.

Por lo tanto, además de la intervención del Poder Judicial para controlar la actuación del Ministerio de Defensa y de las Fuerzas Armadas en los distintos ámbitos jurisdiccionales (singularmente, y en lo que afecta a la materia de contratación en la que se centra el presente trabajo, a través de la Jurisdicción contencioso administrativa), la Constitución reconoce específicamente la Jurisdicción militar como una jurisdicción especial, integrada en el poder judicial, justificada por la peculiaridad de la tutela judicial que debe impartir en virtud de las características de los bienes jurídicos a preservar como propios de la organización castrense, actuando, de este modo, como elemento fundamental para garantizar los principios de jerarquía, disciplina y unidad en que se sustentan las Fuerzas Armadas para el cometido de la trascendental misión que tienen asignada, tal y como ha resaltado reiteradamente el Tribunal Constitucional[177], y limitando su actuación al ámbito estrictamente castrense y a los supuestos de estado de sitio. De este modo, se reconoce la especial trascendencia que tiene la defensa nacional, cuya garantía requiere la existencia de dicha jurisdicción especial dentro de la unidad jurisdiccional, cuyos cometidos, además, varían, en función de que nos encontremos en tiempo de paz o en situación de conflicto armado o durante la vigencia del estado de sitio, y en cuya cúspide se encuentra, como manifestación de su plena integración en el Poder Judicial, la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo[178].

i) Los ciudadanos.

Los ciudadanos también están llamados a participar, por mandato constitucional, en la defensa de España. En este sentido, hemos analizado ya el derecho/deber de defender a España que se establece en el artículo 30 de la Constitución y que impide considerar, únicamente, a las Fuerzas Armadas profesionales como las únicas garantes de la defensa nacional.

Además de dicho supuesto de participación personal en la defensa, la Constitución también permite establecer las correspondientes prestaciones patrimoniales necesarias para atender a la defensa nacional, sometidas al principio de reserva de ley. En este

[177] SSTC. 97/1985, de 29 de julio; 280/1985, de 19 de diciembre; 107/1986, de 24 de julio; 60/1991, de 14 de marzo; y 115/2001, de 10 de mayo.
[178] Creada por La Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

sentido, el artículo 29 de la LODN se limita a indicar que la contribución de los recursos materiales a las diversas necesidades de la defensa se efectuará a través del órgano interministerial competente, cuya composición y funciones se establecerán reglamentariamente. Asimismo, la LSN ha regulado con más detalle, en su Título IV, la «Contribución de recursos a la Seguridad Nacional». No obstante, la falta de una ley que regule dichas aportaciones con carácter general dificulta su materialización, razón por la cual la LSN en su disposición final tercera, ha incluido el mandato al Gobierno, para que remita al Congreso de los Diputados un proyecto de ley reguladora de la preparación y disposición de la contribución de recursos a la seguridad nacional.[179]

Por otro lado, la sociedad está asimismo llanada a participar en la defensa nacional de modo que «conozca, valore y se identifique con su historia y con el esfuerzo solidario y efectivo mediante el que las Fuerzas Armadas salvaguardan los intereses nacionales», estableciendo el artículo 31 de la LODN un mandato al Ministerio de Defensa[180] para que promueva el desarrollo de la cultura de defensa[181] con dicha finalidad, estableciendo, asimismo, la obligación del resto de los poderes públicos de contribuir al logro de este fin. En este mismo sentido, la LSN impone en su artículo 5 la obligación al Gobierno promover una cultura de seguridad nacional que favorezca la implicación activa de la sociedad en su preservación y garantía, como requisito indispensable para el disfrute de la libertad, la justicia, el bienestar, el progreso y los derechos de los ciudadanos[182].

Son numerosas las publicaciones, tanto generales como especializadas, así como las declaraciones de los representantes políticos, que vienen incidiendo en el déficit de cultura de defensa en la sociedad española, pese a que las Fuerzas Armadas son una de las instituciones mejor valoradas por los españoles y que más confianza generan a los ciudadanos, lo que tiene una notable incidencia en la adopción de las correspondientes decisiones políticas.

[179] La ley establece el plazo de un año desde su entrada en vigor, que venció el 30 de septiembre de 2016, sin que todavía haya sido atendido.

[180] Plan Director de Cultura de Defensa aprobado por la Directiva 5/2002 del Ministro de Defensa, pendiente de actualización.

[181] Como señala CALDUCH, La cultura de defensa se asienta en cuatro componentes básicos: conocimiento, comunicación social, concienciación y compromiso. CALDUCH CERVERA, R., "Cultura de Defensa"… op. cit., pág. 147.

[182] Orden PCM/575/2021, de 8 de junio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de mayo de 2021, por el que se aprueba el Plan Integral de Cultura de Seguridad Nacional.

Así se recoge en el XII Estudio del CIS: "Defensa Nacional y Fuerzas Armadas"[183] en el que se refleja que las Fuerzas Armadas en su conjunto, son valoradas positivamente por la mayoría de los españoles, así como se apoya mayoritariamente la participación de las Fuerzas Armadas en las misiones internacionales de paz, y se considera positiva la participación en la OTAN para los intereses de España. En cuanto a las amenazas, el terrorismo y la inestabilidad económico-financiera son los aspectos que los encuestados perciben como mayores riesgos a la seguridad nacional y percibiéndose un incremento en la percepción de las amenazas, tanto las provenientes un país que pueda suponen una amenaza militar a España como las derivadas de conflictos internacionales.

Sin embargo, en relación con los gastos de defensa y seguridad en España la mitad de los encuestados no tiene opinión formada a este respecto mientras que uno de cada cuatro los considera excesivos, siendo conscientes de que es inferior al que dedican el resto de países de nuestro entorno. En este mismo sentido, uno de cada tres desconoce la adecuación o no del volumen de tropas y de los medios técnicos o de material.

Y pese al elevado porcentaje de desconocimiento, la mayoría de la sociedad española tiene escaso o ningún interés por el seguimiento informativo de los asuntos relacionados con las Fuerzas Armadas y nunca o rara vez hablan con familiares y amigos sobre temas relacionados con seguridad y defensa

De ahí que la Directiva de Defensa Nacional 2020 incluya entre sus objetivos prioritarios el fomento de la conciencia y la cultura de defensa «pues no puede existir una defensa eficaz sin el interés y la concurrencia de los ciudadanos».

II.2.- La incidencia de la actividad de defensa en la actividad ordinaria del Estado.

La función esencial atribuida por la Constitución a la defensa nacional despliega su eficacia en otros ámbitos que, dada la extensión del presente trabajo, no pueden ser objeto de un análisis detallado, por lo que nos centraremos específicamente en el ámbito de la contratación administrativa, ya que, a diferencia de esos otros ámbitos, no ha sido objeto de un estudio amplio y genérico, siendo la mayoría de los estudios que se van a citar de carácter específico, centrados en aspectos concretos, como la aplicación del actual

[183] http://www.cis.es/cis/opencm/EN/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14363

artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o las especialidades de la contratación en el exterior.

No obstante, considero necesario hacer referencia, aunque sea de forma somera, a esos otros ámbitos de actuación estatal en los que incide la defensa nacional, para poner de manifiesto una característica común a todos ellos, cual es la existencia de importantes limitaciones y restricciones, tanto en el ámbito público como en el privado, derivadas de esa función esencial, comenzando por la propia relación estatutaria que liga al personal militar profesional con la Administración militar, y continuando en ámbitos concretos como los bienes públicos o la expropiación forzosa, dejando el análisis de los aspectos vinculados con la producción industrial, incluida la exportación y las inversiones extranjeras, para el capítulo correspondiente a la industria de defensa. Asimismo, las limitaciones al derecho a la transparencia y acceso a la información pública previstas en el artículo 105.b) de la Constitución serán objeto de estudio en el capítulo correspondiente al analizar el principio de seguridad de la información.

II.2.A La relación estatutaria del personal profesional de las Fuerzas Armadas.

En este apartado, vamos a analizar las principales restricciones y limitaciones de derechos que, tanto el texto constitucional como la legislación de desarrollo, impone a los militares profesionales, y que BLANCO VALDÉS[184] configura como una de los principios constitucionales que deben informar la organización militar, al que denomina como «el principio de la posible limitación de los derechos y libertades políticas del militar profesional», y cuyo fundamento debe encontrarse, una vez más, en los «altos fines» que la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas y en los principios de unidad, jerarquía y disciplina, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 179/2004 de 21 octubre :

> «Por otra parte, que «la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales» en el ámbito militar ya lo reconoció tempranamente nuestra

[184] BLANCO VALDES, R. L., *La ordenación constitucional… op. cit.,* pág. 83: «el principio de la posible limitación de los derechos y libertades políticas del militar profesional, recogido en diversos artículos de la Constitución (artículo 28.1 en lo relativo a la libertad sindical; artículo 29.2. en relación con el derecho de petición y art.701.e en lo relativo al derecho de sufragio pasivo) como garantía del apartidismo de las Fuerzas Armadas y, en consecuencia, de su subordinación y disciplina, principio configurador de un nuevo status político del militar profesional».

> STC 21/1981, de 15 de junio , F. 9, y también lo confirmamos en los precitados ATC 121/1984, F. 4 y STC 97/1985, F. 4, doctrina ésta que se recordó por la STC 180/1985, de 19 de diciembre, F. 2, al señalar que las «peculiaridades del Derecho penal y procesal militar resultan genéricamente, como se declaró en la Sentencia 97/1985, de 29 de julio (F. 4), de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el art. 8 de la Constitución», doctrina a la que asimismo se remite la STC 107/1986, de 24 de julio, F. 4. Con posterioridad hemos vuelto a reiterar esta doctrina, en relación con el problema de las limitaciones al ejercicio de los derechos del art. 20 CE, en la STC 371/1993, de 13 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico 4 se señala que «Dadas las importantes tareas que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 CE, representa un interés de indudable relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas para el cumplimiento de esos cometidos (ATC 375/1983). A tal fin, la atención de las misiones que les encomienda el mencionado precepto constitucional requiere una adecuada y eficaz configuración de las Fuerzas Armadas de la que, entre otras singularidades, deriva su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida (arts. 1 y 10 RROO)».

Estas limitaciones derivan, en primer término, del propio texto constitucional, que establece o ampara la posible limitación de los derechos y libertades de los miembros de las Fuerzas Armadas, como ocurre en el artículo 15 respecto del derecho a la vida, en el artículo 25.3. en relación con el derecho a la libertad personal, el artículo 28.1 en lo relativo a la libertad sindical, el artículo 29.2. en relación con el derecho de petición y el artículo 70. 1.e en lo relativo al derecho de sufragio pasivo.

En el momento actual, para el análisis de dichas limitaciones, debe atenderse, además de al texto constitucional, a la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y al Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, así como

a la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar[185].

En primer lugar, interesa destacar las limitaciones que puede imponer al derecho a la vida, una de cuyas manifestaciones deriva de la abolición, por el artículo 15 de la Constitución, de la pena de muerte, «salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». No obstante, la pena de muerte en tiempo de guerra, admitida por el propio texto constitucional, ha sido definitivamente abolida a partir de la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra.

No obstante, lo que nos interesa destacar en este momento es cómo la normativa que rige la conducta del militar profesional le exige cumplir con su misión incluso con entrega de la propia vida, si fuera necesario, lo que se recoge como la primera de las reglas esenciales de comportamiento del militar en el artículo 6 de la Ley Orgánica 9/2011:

> «La disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario, constituye su primer y más fundamental deber, que ha de tener su diaria expresión en el más exacto cumplimiento de los preceptos contenidos en la Constitución, en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional y en esta ley».

Y cuyo incumplimiento se encuentra tipificado tanto a nivel disciplinario como penal, destacando el delito de cobardía tipificado en el artículo 51 del Código Penal Militar, que sanciona al «militar que por temor a un riesgo personal rehusare permanecer o situarse en su puesto, lo abandonare, incumpliere la misión encomendada o realizare actos susceptibles de infundir pánico o producir grave desorden entre la propia fuerza» con pena que podrá alcanzar los veinticinco años de prisión. Asimismo, dicho deber afecta igualmente al derecho a la integridad física, castigando el artículo 54 al que «Fuera de los casos anteriores, el militar que, por temor a un riesgo personal, violare un deber militar establecido en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, cuya naturaleza exija afrontar el peligro y superar el miedo, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión».

[185] Un análisis exhaustivo y actual de la cuestión se encuentra en FERNANDEZ GARCÍA, I., *Los derechos fundamentales de los militares,* Ministerio de Defensa, Madrid, 2015.

Por consiguiente, aun siendo el derecho a la vida, tal y como señalara el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985, de 11 de abril «la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible», se admite su limitación en el caso del personal militar, atendiendo, de nuevo, a la esencialidad de la misión que tienen atribuida, al tratarse de un supuesto en que entra en colisión con otro valor constitucionalmente reconocido, las necesidades de la defensa, teniendo en cuenta que en el momento actual y suprimido el servicio militar obligatorio, la vinculación del personal militar, incluso de los reservistas voluntarios, responde a su exclusiva voluntad.

No obstante, considero que debe articularse una equilibrada ponderación de los dos términos en conflicto, atendiendo a las circunstancias concurrentes, no siendo lo mismo las situaciones en las que existe un conflicto armado o se ha declarado el estado de sitio, de otras en las que no concurren dichas circunstancias ni existe un peligro claro e inminente, circunstancias que son tenidas en cuenta tanto por el régimen disciplinario como por el penal para valorar la gravedad de la infracción.

Asimismo, en tiempo de paz, la necesaria preparación de las Fuerzas Armadas, si bien implica la asunción de un riego voluntario por el militar, no excluye el deber de indemnizar cuando se ha incrementado dicho riesgo por la Administración, tal y como viene declarando reiteradamente el Consejo de Estado[186] al dictaminar sobre los expedientes de responsabilidad patrimonial. De acuerdo con la doctrina sentada por el alto órgano consultivo, cuando la Administración crea un riesgo objetivo, es decir, cuando se trata de un riesgo situado más allá de lo exigible a un militar profesional durante el desarrollo de un ejercicio de entrenamiento en territorio nacional en tiempo de paz, surge la obligación de indemnizar, al existir un título específico de imputación a la Administración Militar. Y el propio Consejo diferencia este riesgo de aquél -mucho mayor- que se encuentran obligados a soportar los miembros de las Fuerzas Armadas que se encuentran en una misión internacional.

Por último, en cuanto a la aplicación del «primer deber del militar» a los reservistas obligatorios, su incorporación a las Fuerzas Armadas, en virtud de la cual

[186] Entre otros, véase el Dictamen 1096/2015, de 16 de diciembre de 2015.

adquieren la condición de militar[187], responde a situaciones de extrema gravedad, que no pueden ser atendidas con los militares profesionales y que debe ser apreciada por el Congreso de los Diputados, siendo dicha gravedad la que justifica la prevalencia de las necesidades de defensa, reconociéndoles el derecho a la objeción de conciencia[188].

En cuanto al derecho a la libertad personal, el artículo 25.3 establece que «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad», lo que ampara que la Administración militar sí pueda imponerlas, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 21/1981 de 15 junio:

> «La Constitución española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. Del artículo 25.3 se deriva «a sensu contrario» que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. Y el artículo 17.1 establece que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley. De ambos artículos se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la ley para la fijación de los supuestos».

No obstante, como recuerda HERBÓN COSTAS[189], esta interpretación del artículo 25.3. CE que, si a efectos internos otorgaba plena cobertura a esta potestad exorbitante de la Administración militar, entraba en directa contradicción con la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había ya realizado sobre el alcance del art. 5.1 a) del Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo referido a la privación de libertad por autoridades no judiciales, y que obligó a España, al adherirse a dicho tratado, a formular una reserva a la aplicación al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas de las previsiones contenidas en los arts. 5 y 6 CEDH que, más de cuarenta años después, sigue vigente.

En los últimos años, esta posibilidad ha sido muy discutida por las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas, especialmente por lo que se refiere a los arrestos disciplinarios por faltas leves, que la vigente ley disciplinaria mantiene, con

[187] Artículo 3.7. de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.
[188] Artículo 138 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.
[189] HERBÓN COSTAS, J. J., «Los arrestos disciplinarios españoles y el convenio europeo de derechos humanos: necesidad de una reforma», *Revista de Administración Pública*, núm. 215, mayo - agosto (2021), págs. 179 a 204.

atribución al mando de la opción, según la gravedad de la infracción, entre la reprensión, la sanción económica o el arresto, justificándolo, además de por su indiscutible eficacia para restablecer la disciplina, por la existencia de arrestos o privaciones de libertad como sanciones por faltas leves en la inmensa mayoría de los sistemas disciplinarios militares de los países de nuestro ámbito sociocultural o pertenecientes a la Alianza Atlántica. No obstante, se introducen importantes modificaciones en su régimen jurídico, limitando considerablemente la extensión máxima del arresto por faltas leves, que pasa de treinta a catorce días, restringiendo la competencia para imponerlo, pues se confiere únicamente a determinados escalones del mando y limitando su imposición cuando se vea afectada la disciplina o las reglas esenciales que definen el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Por otro lado, el principio de neutralidad política, derivado del principio de disciplina y como manifestación de la subordinación del poder militar al poder civil establecida por el artículo 97, produce, asimismo, importantes limitaciones en los derechos políticos de los militares, como son la libertad de expresión, de manifestación o de sindicación, y encuentra su fundamento, de nuevo, en la esencial función que las Fuerzas Armadas tienen asignadas, tal y como recuerda la Sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2006:

> «El concepto de neutralidad equivale, en lo que ahora interesa, a no tomar parte en las opiniones que se mantengan sobre un asunto sometido a debate o controversia, absteniéndose el sujeto obligado de pronunciarse o emitir su parecer al respecto. En este sentido las ideas de inacción y de imparcialidad forman parte de dicho concepto. De otro lado, las opciones políticas se identifican con la libertad o facultad que se tiene, para elegir entre diversas alternativas en lo concerniente a la organización y funcionamiento de la sociedad plural conformada como Estado. El apartamiento de los miembros de los Ejércitos y de los Institutos armados de naturaleza militar del debate político, constituye un interés protegible que forma parte de su estatuto jurídico fundado, entre otras razones, en las misiones que constitucional y legalmente se confían a los Ejércitos con el consiguiente monopolio del uso de las armas si fuera necesario».

Actualmente, el deber de neutralidad política ha sido expresamente recogido en el artículo 7 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas:

«Artículo 7. Neutralidad política y sindical.

1. El militar está sujeto al deber de neutralidad política. No podrá fundar ni afiliarse a partidos políticos y mantendrá una estricta neutralidad pública en relación con la actuación de los partidos políticos.

2. El militar no podrá ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. Tampoco permitirá su ejercicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas, salvo las que para el personal civil se contemplan en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y demás legislación aplicable. En todo caso mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos.

Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas».

Asimismo, aparece como límite a la libertad de expresión en el artículo 12.2 de la citada ley:

«2. En cumplimiento del deber de neutralidad política y sindical, el militar no podrá pronunciarse públicamente ni efectuar propaganda a favor o en contra de los partidos políticos, asociaciones políticas, sindicatos, candidatos a elecciones para cargos públicos, referendos, consultas políticas o programas u opciones políticas».

Desde el punto de vista disciplinario, su incumplimiento se sanciona como falta grave por el artículo 7.32 de la Ley Orgánica 8/2014:

«32. Efectuar con publicidad manifestaciones o expresar opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad política o sindical. Fundar un partido político o sindicato, así como constituir una asociación que, por su objeto, fines,

procedimientos o cualquier otra circunstancia conculque los deberes de neutralidad política o sindical. Afiliarse a este tipo de organizaciones o promover sus actividades, publicitarlas, así como inducir o invitar a otros militares a que lo hagan. Ejercer cargos de carácter político o sindical, o aceptar candidaturas para ellos, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en las normas específicamente aplicables a los reservistas».

Otras limitaciones son las que afectan al derecho de reunión, que el artículo 13 de la Ley Orgánica 9/2011 limita, de modo que no podrá organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical, así como vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar, no podrá organizar, participar ni asistir en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo; al derecho de sufragio, que en consonancia con lo dispuesto en el artículo 70.1.e) de la Constitución, el artículo 15.2. incluye a los militares entre las causas de inelegibilidad que impiden el ejercicio del derecho de sufragio pasivo; o el derecho de petición, que el artículo 16 de la Ley admite solo de forma individual, conforme al mandato del artículo 29.2 de la Constitución.

El incumplimiento de estas prohibiciones tiene su reflejo en distintas faltas del régimen disciplinario, habiendo introducido la Ley Orgánica 8/2014 un nuevo supuesto de infracción muy grave en los casos de reiteración de dichas conductas en su artículo 8.13:

> «Infringir reiteradamente los deberes de neutralidad política o sindical, o las limitaciones en el ejercicio de las libertades de expresión o información, de los derechos de reunión y manifestación y del derecho de asociación política o profesional».

De este modo, se observa cómo la Constitución, que en su artículo 10 consagra a los derechos y libertades fundamentales como fundamento del orden político y de la paz social[190], atendiendo a la importante función que corresponde a la defensa nacional y a las misiones que, en relación con la misma, se asignan a las Fuerzas Armadas, y la necesidad de garantizar los principios propios que las configuran para poder cumplir con eficacia

[190] Y que la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero, califica como «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional».

dichas misiones, justifica la limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas de sus miembros.

II.2.B. Los bienes públicos y privados y la defensa Nacional.

Los bienes afectados a la defensa nacional se configuran, tradicionalmente, como los ejemplos típicos del dominio público por afectación a un servicio público, tal y como se recoge en la clásica definición contenida en el artículo 339.2 del Código Civil:

> «2.º Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión».

De este modo, los bienes afectados a la defensa nacional, en cuanto bienes de dominio público, se encuentran protegidos por los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que proclama el artículo 132 de la Constitución Española y también del artículo 6 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), regulando el Capítulo I del Título IV de la misma la utilización de los bienes y derechos de dominio público, y, por tanto, la competencia, las condiciones y el procedimiento que rige el otorgamiento de las autorizaciones y concesiones demaniales[191].

Como especialidad aplicable al ámbito de defensa, destaca la existencia del organismo autónomo "Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa" (INVIED O.A.)[192], al que se refiere la disposición adicional séptima de la

[191] Correspondiendo a la Dirección General de Infraestructura, dependiente de la Secretaría de Estado de Defensa, dirigir la gestión de los bienes y derechos inmobiliarios afectos al Ministerio de Defensa y llevar su inventario, gestionando sus adquisiciones, expropiaciones y arrendamientos, conforme al artículo 7.2.h) del Real Decreto 372/2020, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.

[192] Fue creado por la disposición adicional quincuagésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, que autorizó la refundición de los Organismos Autónomos Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa. Posteriormente, en el ámbito de las medidas de racionalización propuestas por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa aprobó la integración del organismo autónomo Servicio Militar de Construcciones (SMC) en el INVIED, lo que se llevó a cabo de manera efectiva con la entrada en vigor del nuevo Estatuto, aprobado por el Real Decreto

LPAP[193], al que le corresponde, entre otros, la gestión de las viviendas militares, así como la de los bienes que le sean adscritos o se pongan a su disposición. La principal especialidad de este régimen radica en que puede proceder a la enajenación de los bienes del Ministerio de Defensa que se pongan a su disposición previa desafectación, así como a la utilización y explotación comercial y económica de los bienes en dominio público, incorporando a su patrimonio todos los ingresos obtenidos como consecuencia de las enajenaciones de todo tipo de bienes inmuebles y muebles así como los resultantes de su explotación. Los ingresos procedentes de sus actividades se aplicarán a cubrir las obligaciones derivadas del funcionamiento y de los fines del organismo y a atender la adquisición de infraestructura y equipamiento para su uso por las Fuerzas Armadas, la compensación económica y las ayudas para la adquisición de vivienda de sus miembros, así como a los fines de profesionalización y modernización de la defensa y del personal al servicio de la misma, y a programas específicos de investigación, desarrollo e innovación en el ámbito de la defensa y la ejecución de obras con su presupuesto para los Cuarteles Generales de los Ejércitos, Órgano Central y demás organismos dependientes del Ministerio de Defensa, de acuerdo con el Plan de Inversiones del organismo en coordinación con la Dirección General de Infraestructura. Asimismo, podrán aplicarse a las necesidades operativas de las Fuerzas Armadas, pudiendo cumplirse tales fines mediante las oportunas transferencias del INVIED O.A. al Estado.

Este régimen jurídico especial se completa con la normativa contenida 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, y que regula el régimen de enajenación por parte del Ministerio de Defensa de los materiales, bienes muebles y productos de defensa útiles para el servicio y afectados al uso de las Fuerzas Armadas necesarios para las operaciones militares, que figuran en sus respectivos inventarios, así como aquellos suministros que, sin figurar en inventario, resulten precisos para el desarrollo de las misiones en que las Fuerzas Armadas participen. siempre que no se ponga en riesgo la operatividad de la fuerza propia ni la seguridad nacional. Se trata del

1080/2017, de 29 de diciembre, sin que el INVIED haya mantenido la calificación de medio propio que correspondía al extinto SMC.

Uno. Se aprueba la refundición de los Organismos Autónomos Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas y Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa

[193] Habiéndose ampliado la vigencia de este régimen especial hasta el 1 de enero de 2033 por la disposición final 10.1 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

denominado material surplus, que ya ha estado en uso en las Fuerzas Armadas, y cuya enajenación, que se puede hacer por enajenación directa, siempre que se realice con otras Administraciones públicas o entidades de derecho público, gobiernos extranjeros, entidades de carácter asistencial sin ánimo de lucro, organizaciones internacionales de las que sea miembro el Estado Español, o por razón de compromisos derivados de Acuerdos internacionales, permite generar ingresos que, en el caso de efectuarse por el INVIED, se destinarán a los fines previstos en su Estatuto sin ser transferidos al Tesoro Público.

De este modo, se articula un sistema que permite utilizar el patrimonio del Ministerio de Defensa para generar ingresos dirigidos directamente a financiar las propias necesidades de la defensa nacional[194], lo que supone una excepción a las reglas generales sobre desafectación y enajenación de bienes inmuebles contenidas en la LPAP, así como a las competencias que con carácter general corresponden al Ministerio de Hacienda.

Asimismo, existen especialidades en otras normas reguladoras del dominio público, como ocurre en el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que excluye de su ámbito de aplicación los puertos, bases, estaciones, arsenales e instalaciones navales de carácter militar y zonas militares portuarias, de modo que los espacios de dominio público afectados quedan reservados a la Administración General del Estado, ejerciéndose las competencias propias de ésta por el Ministerio de Defensa, quien también ejercerá las competencias que le corresponden en virtud de lo previsto por la legislación de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional; o en el artículo 21 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, que excluye de las limitaciones y servidumbres que la misma impone a los terrenos expresamente declarados de interés para la seguridad y la defensa nacional, conforme a su legislación específica, excepción que igualmente prevé la disposición adicional cuarta de Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras respecto de las sujeciones y limitaciones impuestas para la zona de protección de las carreteras. Por otro lado, la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas (artículo 7) permite al Estado reservarse zonas de cualquier extensión en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental en

[194] Tanto de personal, facilitando la movilidad geográfica del personal mediante compensaciones económicas y ayudas para la adquisición de vivienda, como la de material, mueble e inmueble, incluido el equipamiento militar.

las que el aprovechamiento de uno o varios yacimientos minerales y demás recursos geológicos pueda tener especial interés para la defensa nacional.

Asimismo, la relevancia de la defensa nacional incide igualmente en relación con las obras públicas que puedan realizarse, a las que se exceptúan de obtener las licencias, permiso y autorizaciones previstos en la legislación administrativa con carácter general. De este modo, están exentos de evaluación ambiental estratégica los planes y programas que tengan como único objeto la defensa nacional (artículo 8 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental), así como de la obtención de licencias y demás actos de control preventivo municipal las que hayan sido calificadas por el Ministro de Defensa, a propuesta de los Jefes de Estado Mayor, como obras públicas que afecten directamente a la defensa nacional (disposición adicional novena de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social). Asimismo, la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos exceptúa de la preceptiva autorización, en los distintos supuestos que la misma contempla, a los proyectos de instalaciones necesarias para la defensa nacional consideradas de interés militar, conforme a la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, y su normativa de desarrollo (artículo 46 bis para las instalaciones de gases licuados del petróleo a granel y artículo 55 para las instalaciones destinadas al suministro a los usuarios de combustibles gaseosos por canalización).

Y la afectación a la Defensa Nacional también tiene trascendencia en el ámbito tributario, estando el Estado exento del pago de tasas por los servicios que inmediatamente interesen a la defensa nacional, así como del Impuesto sobre Bienes Inmuebles respecto de los inmuebles afectos a la defensa nacional[195] y del Impuesto sobre

[195] Con ocasión de la actividad litigiosa a la que dio lugar la aplicación de dicha exención a los terrenos ocupados por la empresa pública Navantia en el astillero de Ferrol, y que llevaron incluso a plantearse por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de Ferrol una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la posible consideración como ayuda de Estado, resulta en su sentencia de 9 octubre 2014, y planteándose posteriormente dicha cuestión por el astillero de Cartagena, el Tribunal Supremo, en su sentencia 1251/2020, de 2 octubre, ha mantenido su criterio favorable a la exención, considerando que se trata de exención de carácter objetivo, aplicable a los inmuebles en función de su finalidad, con independencia de si los mismos son utilizados directamente por el Estado o por una empresa pública, o de si la figura jurídica con la que instrumentaliza su derecho de uso es la concesión demanial. Recopilando esta doctrina, en su sentencia 1073/2021 de 21 de julio, ha señalado que «La exigencia de que el inmueble propiedad del Estado esté afecto a la Defensa Nacional ha de ser interpretada con criterio amplio. La evolución legislativa nos lleva a entenderlo así pues la afección a los intereses de la Defensa Nacional ya no tiene que producirse "directamente" como imponía el artículo 64.a) de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre , reguladora de las Haciendas Locales. La justificación última que abrigó la reforma ya en la Ley 51/2002, de 27 de diciembre -como se señaló en explicación de la

Vehículos de Tracción Mecánica respecto de los vehículos oficiales adscritos a la defensa nacional (artículos 21, 62 y 93 de Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales)[196].

No obstante las especialidades del régimen jurídico aplicable a los bienes afectos a la defensa nacional, lo que nos interesa destacar en este momento, siguiendo la línea argumental anterior, es las importantes limitaciones que la defensa nacional impone a los bienes de propiedad privada, suponiendo, de nuevo, otro supuesto en el que la finalidad esencial afecta a un derecho particular, en el presente caso, el derecho de propiedad reconocido por el artículo 33 de la Constitución.

A estas limitaciones se refiere el artículo 30 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, que prevé expresamente que «En las zonas del territorio nacional consideradas de interés para la defensa, en las que se encuentren constituidas o se constituyan zonas de seguridad de instalaciones, militares o civiles, declaradas de interés militar, así como en aquellas en que las exigencias de la defensa o el interés del Estado lo aconsejen, podrán limitarse los derechos sobre los bienes propiedad de nacionales y extranjeros situados en ellas, de acuerdo con lo que se determine por ley».

Es de destacar que estas limitaciones, cuyos orígenes se remontan al Real Decreto de 17 de marzo de 1891, en el que por vez primera se establecieron y delimitaron las zonas militares de costas y fronteras, se encuentran reguladas por una norma preconstitucional, Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la

---

enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado- fue "reforzar la seguridad jurídica en el supuesto de exención del Impuesto de Bienes Inmuebles correspondiente a los bienes afectados a un interés público tan relevante y exclusivo del Estado como es la Defensa Nacional; parece evidente que la intención del legislador no era otra que, de esta manera, evitar que opere la exención del tributo sólo cuando la afectación a la Defensa Nacional del bien inmueble sea directa, y así extenderla -a partir de la entrada en vigor de la reforma- a todos los bienes en que tal afectación exista, independientemente de que esta pueda considerarse de mayor o menor intensidad», y añade que «No hay incompatibilidad entre la naturaleza de estos terrenos, propiedad del Estado y de interés para la Defensa Nacional, y la circunstancia de que NAVANTIA realice actividades que por su propia naturaleza persigan un fin lucrativo. Ni la naturaleza jurídica de aquella empresa ni el fin lucrativo que la misma pueda perseguir desvirtúan la naturaleza de aquellos terrenos ni el fin público que los mismos cumplen como afectos, directa o indirectamente, a la Defensa Nacional, sin perjuicio de que su gestión se encomiende a una empresa , sin que esta gestión conlleve ninguna transmisión o cesión de terrenos, que siguen siendo de titularidad estatal, así como tampoco altera el fin, que sigue siendo el alcance o logro de uno de los objetivos del servicio público de la Defensa Nacional».

[196] Un estudio amplio sobre las especialidades en la tributación de las Fuerzas Armadas se contiene en CHICO DE LA CÁMARA, P. y FRAILE FERNÁNDEZ, R. *Fiscalidad de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil,* Aranzadi, Cizur-Menor, 2021.

Defensa Nacional.[197] Conforme al artículo primero de la ley, su finalidad es salvaguardar los intereses de la defensa nacional y la seguridad y eficacia de sus organizaciones mediante el establecimiento de una serie de limitaciones sobre los bienes situados en dichas zonas que se clasifican en tres categorías: de interés para la defensa nacional; de seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar; y de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros.

Centrándonos en las zonas de interés para la defensa nacional[198], se definen como las extensiones de terreno, mar o espacio aéreo que así se declaren en atención a que constituyan o puedan constituir una base permanente a un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin, regulando el procedimiento, cuya declaración se realiza por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa[199], debiéndose determinar la zona afectada y fijar las prohibiciones,

[197] Desarrollada por el Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

[198] Previamente, al analizar la competencia exclusiva del Estado en materia de defensa, hemos analizado la doctrina constitucional respecto de la concurrencia de títulos competenciales de diferentes Administraciones Públicas en zonas declaradas de interés para la defensa nacional, y que requiere, en primer término, que dichas situaciones de concurrencia competencial se resuelvan acudiendo a técnicas de colaboración y concertación previstas en las normativas legales correspondientes. Partiendo de este criterio, diversas leyes sectoriales vienen articulando como mecanismo de coordinación en relación con la defensa nacional el informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Defensa. En este sentido, una de las primeras normas fue la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, que recogía dicho informe en su disposición adicional primera y que hoy se contiene en la disposición adicional segunda del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, respecto de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, cualquiera que sea su clase y denominación; la disposición adicional sexta de la Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, respecto de los caminos naturales; la disposición adicional undécima de la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales respecto de la declaración de parques nacionales y de los instrumentos de planificación previstos en la misma; la disposición adicional decimoséptima de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, respecto de cualquier actuación administrativa medioambiental o de otra índole de las comunidades autónomas o de las entidades locales; o la disposición adicional única del Real Decreto 79/2019, de 22 de febrero, por el que se regula el informe de compatibilidad y se establecen los criterios de compatibilidad con las estrategias marinas.

[199] En los últimos tiempos se ha incrementado el número de zonas declaradas de interés para la Defensa Nacional, pudiendo citar al efecto los siguientes reales decretos:

Real Decreto 600/2012, de 30 de marzo, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional el Campo Nacional de Maniobras y Tiro de Pájara, Fuerteventura.

Real Decreto 537/2014, de 20 de junio, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional la propiedad denominada "Base El Goloso".

Real Decreto 538/2014, de 20 de junio, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional la propiedad denominada "Campo de Tiro y Maniobras de San Gregorio".

Real Decreto 703/2014, de 1 de agosto, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional la propiedad denominada "Campamento y Campo de Tiro y Maniobras Álvarez de Sotomayor" en Viator, Almería

Real Decreto 704/2014, de 1 de agosto, por el que se declaran zonas de interés para la Defensa Nacional las propiedades denominadas "El Bujeo", "Punta Camarinal", "Sierra Plata", "Sierra El Cabrito", "Cerro Buenavista", "Charcorredondo", "Punta Acebuche", "Sierra Carbonera" y "Facinas", ubicadas en la provincia de Cádiz.

Real Decreto 885/2014, de 10 de octubre, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional la propiedad denominada "Campo de Adiestramiento Sierra del Retín" en Barbate, Cádiz.

Real Decreto 237/2018, de 27 de abril, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional la propiedad denominada "Base General Álvarez de Castro y su Campo de Maniobras y Tiro", en la provincia de Girona.

Real Decreto 238/2018, de 27 de abril, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional la propiedad denominada "Base General Menacho", en la provincia de Badajoz.

Real Decreto 239/2018, de 27 de abril, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional la instalación militar denominada "Base Naval de Rota", en la provincia de Cádiz.

Real Decreto 240/2018, de 27 de abril, por el que se declaran zonas de interés para la Defensa Nacional las propiedades denominadas "Base y Campo de Maniobras y Tiro de Cerro Muriano" y "Polvorín del Vacar", ubica-das en la provincia de Córdoba.

Real Decreto 241/2018, de 27 de abril, por el que se declaran zonas de interés para la Defensa Nacional las propiedades denominadas "Acuartelamiento Loyola" y "Campo de Maniobras y Tiro de Jaizquibel", en la provincia de Guipúzcoa.

Real Decreto 282/2018, de 11 de mayo, por el que se declaran zonas de interés para la Defensa Nacional las propiedades denominadas “Arsenal Militar de Ferrol, Estación Naval de la Graña, propiedades militares colindantes y espacios marítimos de recalada, en Ferrol”, A Coruña.

Real Decreto 283/2018, de 11 de mayo, por el que se declaran zonas de interés para la Defensa Nacional las propiedades denominadas "Acuartelamiento Alférez Rojas Navarrete", "Campo de Maniobras y Tiro de Agost" y "Campo de Tiro de Fontcalent", ubicadas todas ellas en la provincia de Alicante.

Real Decreto 284/2018, de 11 de mayo, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional la propiedad denominada "Base de Araca y su Campo de Maniobras y Tiro", en la provincia de Álava.

Real Decreto 285/2018, de 11 de mayo, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional la propiedad denominada "Base El Copero", en la provincia de Sevilla.

Real Decreto 286/2018, de 11 de mayo, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional la propiedad denominada "Cortijo Buenavista o Yeguada Militar", ubicada en la provincia de Cádiz.

Real Decreto 398/2019, de 21 de junio, por el que se declaran zonas de interés para la Defensa Nacional las propiedades denominadas "Campo de Maniobras y Tiro de Las Batiellas", "Campamento de Rioseta", "Campamento de Candanchú", "Refugio Militar de Cerler" y "Terreno adjunto", en la provincia de Huesca.

Real Decreto 399/2019, de 21 de junio, por el que se declaran zonas de interés para la Defensa Nacional las propiedades denominadas "Acuartelamiento Héroes del Revellín" y "Campo de Maniobras y Tiro La Rad de Lassuen", en la provincia de La Rioja.

Real Decreto 400/2019, de 21 de junio, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional la propiedad denominada "El Palancar (Academia de Ingenieros)", en la provincia de Madrid.

Real Decreto 401/2019, de 21 de junio, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional la propiedad denominada "Campo de Maniobras y Tiro de Chinchilla y su Polvorín", en la provincia de Albacete.

Real Decreto 402/2019, de 21 de junio, por el que se declaran zonas de interés para la Defensa Nacional las propiedades denominadas "Base Cid Campeador con su Campo de Maniobras y Tiro de Matagrande" y "Polvorín de Ibeas de Juarros", en la provincia de Burgos.

Real Decreto 403/2019, de 21 de junio, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional la propiedad denominada "Base Coronel Sánchez Bilbao", en la provincia de Ciudad Real.

Real Decreto 368/2020, de 11 de febrero, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional la propiedad denominada "Base Jaime I y su Campo de Maniobras y Tiro", en la provincia de Valencia.

Real Decreto 396/2020, de 18 de febrero, por el que se declaran zonas de interés para la Defensa Nacional los asentamientos de las estaciones de vigilancia aérea números 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 21 y 22 del Ejército del Aire y sus accesos.

Real Decreto 363/2021, de 18 de mayo, por el que se declaran de interés militar las instalaciones civiles del denominado "Polvorín de Cadrete", ubicado en el polígono 109 del término municipal de Zaragoza.

limitaciones y condiciones que en ella se establezcan, referentes a la utilización de la propiedad inmueble y del espacio marítimo y aéreo que comprenda, respetando los intereses públicos y privados, siempre que sean compatibles con los de la defensa nacional, previéndose, en caso contrario, la correspondiente indemnización o compensación, conforme a lo dispuesto en la legislación sobre expropiación forzosa.

Partiendo de lo anterior, puede afirmarse que la declaración de una zona como de interés para la defensa nacional tiene por objeto, tal y como se recoge en los diferentes reales decretos citados, preservar la propiedad militar y sus instalaciones de cualquier actuación que pudiera afectarla, de modo que se considerarán prioritarios los intereses de la defensa nacional estableciendo una serie de limitaciones que se recogen en los citados reales decretos, y que con carácter general son las siguientes:

a) Interesar y obtener autorización del Ministerio de Defensa para la determinación de la compatibilidad con los fines de la defensa nacional de cualquier regulación, ordenación o actuación administrativa que pueda incidir en la utilización militar de las correspondientes propiedades.

b) Someter a la autorización previa del Ministerio de Defensa la transmisión de la propiedad, así como la constitución, transmisión y modificación de cualquier derecho real sobre la misma, con independencia de la nacionalidad o naturaleza de los otorgantes.

c) Someter a la autorización previa del Ministerio de Defensa cualquier obra de edificación o construcción, promovida por entidades públicas o privadas, así como la cesión por cualquier título de los aprovechamientos agrícolas, pecuarios o cinegéticos de los territorios afectados.

Además de los supuestos de las zonas de interés para la defensa nacional, la Ley 8/1975 contempla las zonas de seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar, las situadas alrededor de las mismas, que quedan sometidas a las limitaciones que establece, en orden a asegurar la actuación eficaz de los medios de que disponga, así como el aislamiento conveniente para garantizar su seguridad y, en su caso, la de las propiedades próximas, cuando aquéllas entrañen

Real Decreto 120/2022, de 8 de febrero, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional la propiedad denominada "Base Conde de Gazola y su Campo de Maniobras y Tiro de El Ferral", localizada en el término municipal de San Andrés de Rabanedo, en la provincia de León.

peligrosidad para ellas; y las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros que son aquéllas en que por exigencias de la defensa nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero.

En consecuencia, puede observarse cómo, una vez más, la importancia de la defensa nacional legitima un régimen exorbitante a aplicable a los bienes afectos a la misma, así como la imposición de importantes limitaciones a los bienes de propiedad privada, llegando incluso a impedir la adquisición de la propiedad y demás derechos reales en caso de extranjeros.

Asimismo, la incidencia en la propiedad privada por razones de defensa nacional aparece igualmente prevista en la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, que regula como procedimiento especial la expropiación por razones de defensa nacional y seguridad del Estado[200], comenzando con los supuestos de expropiaciones militares, en los casos de adquisición de inmuebles situados en la zona militar de costas y fronteras, o por otras necesidades urgentes de la defensa y seguridad nacional, en el que la principal especialidad radica en su tramitación siempre como urgente, así como, al igual que ocurre en otros tantos supuestos de procedimientos administrativos en los que se ve afectada la defensa nacional, en la atribución de las correspondientes competencias a la Administración militar.

Asimismo, regula las requisas militares[201], que ESCUIN PALOP[202] define como la «operación por la que la autoridad militar de forma unilateral obliga a los particulares

[200] Título III, Capítulo VIII, artículos 100 a 107. Este último precepto preveía la aprobación de un Reglamento especial para este tipo de expropiaciones, el cual no ha sido aprobado, por lo que, conforme al artículo 3º del Decreto de 23 de diciembre de 1955 por el que se determina las disposiciones sobre expropiación forzosa que deben estimarse vigentes con arreglo a la disposición final tercera de la Ley de 16 de diciembre de 1954, hasta que no se proceda a su aprobación quedarán «subsistentes con la categoría de normas reglamentarias y en todo aquello que no se oponga a los preceptos de la Ley citada, las disposiciones que hasta ahora han regido la expropiación forzosa en los Ministerios del Ejército, Marina y Aire, tanto en tiempo de paz como de guerra, en zonas polémicas, de costas, fronteras y seguridad y las que regulan las requisiciones».

[201] Además de las requisas militares, nuestro ordenamiento jurídico regula también las requisas civiles, limitadas, igualmente, a supuestos de máxima gravedad, como ocurre en los supuestos de anormalidad constitucional, regulados en el artículo 116 de la Constitución y en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, o en los casos de emergencias y catástrofes de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil.

[202] ESCUIN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de expropiación forzosa,* Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pág. 101.

a proporcionar prestaciones de servicios, uso de bienes inmuebles o la propiedad y el uso de bienes muebles, en orden a la satisfacción de necesidades militares», y cuyas principales características serían siguiendo a MORENA[203], las siguientes:

1.ª Se recurre a ellas en situaciones de grave necesidad o emergencia, como cuando existe una declaración del estado de guerra o una movilización total o parcial.

2ª. La conexión de las requisas a supuestos de circunstancias excepcionales determina la práctica inexistencia de procedimiento, ya que la Administración se apodera inmediatamente de los bienes que precisa, ejercitando, en su caso, la coacción directa sobre las personas que se le resistan, sin hacer una previa valoración de los bienes, ni consignar cantidad alguna como anticipo, entregándose como única garantía un simple recibo acreditativo de la entrega.

3.ª El objeto de la requisa no es la propiedad de las cosas, sino la utilización de las mismas. Superada la situación de necesidad, las cosas se devolverán a quienes nunca dejaron de ser sus dueños, salvo, naturalmente, en el caso de que se trate de cosas consumibles o que resultaran destruidas.

4.ª Como se observa al analizar su objeto, las requisas desbordan el ámbito de la expropiación para introducirse en el de las prestaciones forzosas, en el que no sólo se imponen obligaciones de dar, sino también obligaciones de hacer, que afectan a la conducta personal, superando el objeto de la expropiación.

5.ª Toda requisa da derecho a una indemnización por el importe del servicio prestado, del valor objetivo de lo requisado o de los daños y perjuicios producidos, con la sola excepción del alojamiento de militares en casas particulares o edificios públicos.

En este punto, resulta muy relevante la diferenciación que establece entre los supuestos en que nos encontremos en tiempo de guerra y en caso de movilización total o parcial que no sea para maniobras, en el que no se establecen límites respecto de los bienes y derechos a los que puede afectar, que puede abarcar «toda clase de bienes muebles, inmuebles, derechos, empresas, industrias, alojamientos, prestaciones personales y, en general, todo cuanto sirva directa o indirectamente a los fines militares», con la única excepción, aplicable a todo supuesto de requisa, de no poder afectar a recursos superiores a los que posean los Municipios, debiéndoseles respetar siempre los

[203] MORENA DE LA MORENA, L., *Curso de Derecho Administrativo,* IV, Madrid, 1992, págs. 211 a 213.

víveres necesarios para alimentación civil durante un tiempo prudencia.[204] En este caso, su justificación se encontraría, tal y como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, en la existencia de un *estado de necesidad*.[205]

Por el contrario, en aquellos supuestos en los que no concurran dichas circunstancias, es decir, en tiempo de paz, incluidas las grandes maniobras que se realicen para la preparación de la Fuerza, se establecen, además de limitaciones temporales, limitaciones materiales, ya que únicamente podrán ser objeto de requisa los alojamientos para personal, ganado y material; las raciones de pan, y pienso, así como el combustible y el alumbrado, el alojamiento y cuanto sea necesario para la asistencia a enfermos o heridos; los medios terrestres, marítimos o aéreos para locomoción o transporte de personal, ganado o material de los ejércitos o sus servicios, y en los períodos de grandes maniobras de concentración de fuerzas, propiedades rústicas y urbanas como medios auxiliares para las maniobras, con las limitaciones y formas señaladas en los reglamentos especiales.

II.2.C. Atribuciones competenciales específicas en los ámbitos de la actividad administrativa que afectan a la defensa nacional.

Por otro lado, interesa destacar la generalización, respecto de la actividad administrativa cuando afecta a la defensa nacional, de la atribución de las competencias correspondientes a los órganos propios del Ministerio de Defensa, en vez de a los que son

[204] Como recuerda ESCUIN PALOP, el precedente de esta regla debe buscarse en el artículo 11 de la Ley de 29 de junio de 1918, cuya vigencia se mantiene, si bien cabe observar que el desarrollo económico ha producido un indudable desfase entre la norma y la realidad, ya que la ampliación del espacio económico ha hecho perder el carácter autosuficiente de los municipios, establecimientos o granjas agrícolas y casas de labor, sobre el que se fundamenta. ESCUIN PALOP, V., Comentarios…op. cit., pág. 104.

[205] Para el ilustre administrativista, las requisas son expropiaciones en estado de necesidad y. como tales, dispensadas del procedimiento ordinario, que por formal y solemne no permite atender las necesidades imperiosas que tratan de atenderse, y que pueden ser requisas civiles (la situación de necesidad es aquí una calamidad pública o un grave trastorno del orden: art. 120 LEF), o militares (la situación de estado de necesidad es la guerra o una movilización total o parcial que la dé por probable: art. 101 LEF). Y el sacrificio del bien inferior por el superior, que es propio de la dogmática del estado de necesidad, justifica aquí sacrificar el procedimiento expropiatorio formal y, dentro de él, la regla del previo pago, de modo que la Administración se apodera de los bienes precisos para atender la apremiante situación de necesidad, por simple coacción directa frecuentemente, o por el procedimiento sumario de la entrega de un recibo, de modo que el pago queda remitido a un momento posterior al de la efectividad del despojo. La regla *ad impossibilia nemo tenetur*, y la dogmática del estado de necesidad, justifican aquí la quiebra de la regla común e impide hablar de inconstitucionalidad de la solución. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, Civitas Ediciones, Madrid, 2000, pags. 280 y 281.

competentes con carácter general, tal y como hemos visto en el caso de las expropiaciones y requisas militares. Así resulta, por ejemplo, en el ámbito de los hidrocarburos, en los que las inspecciones y revisiones de las instalaciones petrolíferas para uso de las Fuerzas Armadas, que estén ubicadas dentro de la zona e instalaciones de interés para la defensa nacional, serán realizadas por los órganos correspondientes de las Fuerzas Armadas, conforme a la disposición adicional quinta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos; en el ámbito de la salud pública, en el que la disposición adicional segunda de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, establece que, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, la Inspección General de Sanidad de la Defensa coordinará con las otras autoridades sanitarias las acciones encaminadas al cumplimiento de los objetivos de la referida ley, y realizará, en el seno de las Fuerzas Armadas, las acciones necesarias para el cumplimiento de sus disposiciones; en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, en el que la inspección técnica de vehículos de las Fuerzas Armadas se podrá llevar a cabo por los propios organismos de las mismas encargados de su mantenimiento y su utilización (artículo 7.3. del Real Decreto 920/2017, de 23 de octubre, por el que se regula la inspección técnica de vehículos).

Asimismo, destaca la existencia de órganos propios encargados de la asesoramiento y control de la actividad del Ministerio de Defensa, como son el Cuerpo Jurídico Militar, que asume el asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa y de los Organismos autónomos adscritos al mismo (artículo 1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y artículo 37.1. de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar) y el Cuerpo Militar de Intervención al que corresponde el control interno de la gestión económico-financiera, dependiendo funcionalmente de la Intervención general de la Administración del Estado, mediante el ejercicio de la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública, en los términos previstos por la Ley General Presupuestaria; el ejercicio de la notaría militar, en la forma y condiciones establecidas en las leyes, y el asesoramiento económico-fiscal (artículo 38.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar y artículo 143 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria que se refiere a la Intervención General de la Defensa y a su dependencia funcional de la Intervención General de la Administración del Estado).

Como puede observarse, en los distintos supuestos de regulación que se han citado, se observa una prevalencia de los fines de la defensa nacional respecto de los

derechos, bienes, medios y técnicas administrativa de diferente tipo, que en lo que afectan a la defensa nacional se ven limitados, restringidos o excepcionados.

II.2.D- La defensa nacional como servicio público.

La defensa nacional, además de configurarse, desde la óptica del Derecho Constitucional, como un fin del Estado, presenta en el ámbito administrativo las características propias de un servicio público, concepto central del Derecho Público en los albores del siglo XX gracias a los trabajos de la Escuela de Burdeos[206], siendo clásica la definición de HAURIOU[207] como «servicio técnico prestado a los ciudadanos de forma regular y continua, por una organización pública no lucrativa, y con el objeto de satisfacer una necesidad pública». Siguiendo esta definición, GARRIDO FALLA[208] lo conceptúa como el «servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial».

De este modo, a lo largo del siglo XX y a medida que los fines del Estado aumentan, con el consiguiente incremento de la actividad administrativa, el concepto de servicio público se constituye en el eje central en torno al cual se construye dicha actividad[209], tal y como señalara FERNÁNDEZ DE VELASCO: «toda actividad del Estado acaba cristalizando en funciones determinadas que se ejecutan por órganos especiales, constituyendo lo que se llaman servicios públicos. Por esto, los fines del Estado se traducen en servicios públicos. De manera que, al justificarse el Estado por sus

[206] A partir de diversos casos resueltos por el Consejo de Estado francés, partiendo del *asunto Blanco, de 1873*, y continuando con el *asunto Terrier* de 1903 y el *asunto Théron* de 1910. Un estudio detallado de los mismos se encuentra en LONG, M., WEIL, P. DEVOLVÉ, O. y GENEVOIS, B. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, París, 2015.

[207] HAURIOU M., *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 8ª edic., 1914, pág. 13.

[208] GARRIDO FALLA, F.: "El concepto de servicio público en el Derecho español" en *Revista de Administración Pública*, Núm. 135. Septiembre-diciembre 1994, pág. 21.

[209] Aunque en el momento actual, al tiempo que en el ámbito de la Unión Europea está siendo desplazado por los conceptos de «servicios de interés general» y «servicios de interés económico general», en lo que se refiere a la contratación administrativa, se esté trasladando el concepto de servicio público, como elemento diferenciador de los contratos de concesión de servicios, al de riesgo operacional, lo que introduce importantes distorsiones, tal y como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, relativo al anteproyecto de la vigente 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,

fines, al traducirse éstos en hechos reales mediante la prestación de servicios públicos y por ser el Estado una abstracción, necesitando actuarse por personas individuales, son aquellos servicios públicos el límite máximo y mínimo jurídico del Estado y los gobernantes se encuentran sometidos a ellos y con la obligación de activarlos».[210]

No obstante, pese a ser la defensa nacional, desde una perspectiva jurídica, un servicio público, su percepción como tal por la sociedad no siempre resulta factible, cuya explicación, además de por las razones sociológicas vinculados con la cultura o conciencia de defensa, nos la da la teoría económica, al tratarse la defensa nacional del ejemplo clásico de bien público puro[211], ya que no es suministrado por el mercado, no puede ser disfrutado de manera selectiva por los ciudadanos, no es excluyente ni éstos rivalizan por su consumo.

Por ello, señala NEVADO MORENO[212] que «se trata de un servicio público en el que resulta ciertamente complejo apreciar la actividad prestacional de la administración-que de forma muy sencilla es el rasgo calificador del servicio público "ordinario", ya que el principal destinatario del mismo es el Estado en su conjunto, por lo que los ciudadanos sólo reciben de forma indirecta la relevancia del mismo».

No obstante, dichas circunstancias no privan a la defensa nacional de sus características esenciales como servicio público y que, por lo tanto, la Administración pública está obligado a prestarlo de manera objetiva y eficaz, siendo esa configuración como servicio público la que resalta la vigente Directiva de Defensa Nacional de 2020:

> «La Defensa es un servicio público que contribuye a mantener la seguridad y los derechos y libertades de los españoles en cualquier situación. Garantizar la Defensa Nacional constituye por ello una obligación de todo gobierno».

---

[210] Citado por AVEZUELA CÁRCEL, J., «El contrato de concesión de servicios», en PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (Dir) *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2018, pág.744.

[211] Siguiendo a STIGLIZ, un bien público puro es un bien público en el que los costes marginales de suministrarlo a una persona más son estrictamente cero y en el que es imposible impedir que la gente reciba el bien. La defensa nacional es uno de los pocos ejemplos de bien público puro. STIGLITZ, J., *La economía del sector público*, Antoni Bosch S.A., Barcelona, 2000, pág. 155.

[212] NEVADO MORENO, P. T. "El modelo de función pública militar. Una reflexión sobre la Ley 17/1989, de 19 de julio, sobre el régimen del personal militar profesional y en normativa de desarrollo", en DOMÍNGUEZ-BERRUETA, M. y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 187 a 263, cita de la página 191.

III. Una propuesta de definición de la defensa nacional.

Para concluir este capítulo, atendiendo a las distintas características de la defensa nacional que se han venido analizando a lo largo del mismo, propongo la siguiente definición de la defensa nacional:

La defensa nacional, como componente fundamental de la seguridad nacional, es una función esencial del Estado social y democrático de Derecho, dirigida a asegurar su supervivencia mediante la garantía de la soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, que obliga a todos los poderes públicos y a los particulares, legitima la imposición de limitaciones y restricciones a los bienes y derechos de titularidad privada y pública y debe tener carácter prevalente al configurar y emplear las distintas técnicas administrativas dirigidas a su consecución.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ENTORNO DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO EN MATERIA DE DEFENSA: EL MERCADO MUNDIAL DE LA DEFENSA

I.- LOS SUJETOS DEL MERCADO DE LA DEFENSA.

I.1. Los Estados.

Como se ha analizado en el anterior Capítulo, la defensa nacional es una actividad pública dirigida a garantizar la supervivencia del propio Estado frente a las amenazas exteriores y los conflictos de mayor gravedad que puedan surgir a nivel interno, cuya garantía requiere en último término de la coerción y para lo que el Estado goza del monopolio jurídico de la fuerza[213] y debe dotarse de las capacidades y medios necesarios para cumplir adecuadamente dicha función.

Se trata, por tanto, de una función derivada del concepto de soberanía y que, en cuanto tal, está vinculado a la denominada «autonomía estratégica», a la que posteriormente nos referiremos, y que se vincula a las capacidades militares indispensables para llevar a cabo acciones autónomas por un actor estratégico. Consecuentemente, dentro del concepto se engloba la «producción autónoma» (independiente de terceros) de bienes y servicios a ser utilizados en caso de conflicto. Además, esta autonomía está vinculada a las propias circunstancias del país, incluida su situación política, el contexto geoestratégico, los riesgos y amenazas que le afecten, el presupuesto disponible, o la conciencia de defensa de su población.

Por otro lado, la necesidad de garantizar la superioridad frente al posible adversario, obteniendo los medios que lo disuadan de usar la violencia y, en caso de usarla permitan gozar de una posición de ventaja, determina, como señala MARTÍ SEMPERE, que las capacidades requeridas dependan de la capacidades que posean otras naciones, potencialmente antagonistas, y de cómo evolucionen éstas, lo que implica que los Estados

[213] El monopolio del uso legítimo de la fuerza es un elemento esencial del Estado, tal y como destacara WEBER. WEBER, M. La ciencia como … op. cit. pág. 88: «el Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un territorio –el territorio es un elemento distintivo–, reclama para sí (con éxito) el monopolio de la violencia física legítima».

inviertan cantidades significativas desarrollando conceptos de operación y soluciones técnicas más avanzadas, formando y entrenando a sus cuadros y adquiriendo y sosteniendo los quipos que estas capacidades precisan, generando una competencia que, cuando es intensa, se conoce como carrera de armamentos, que Intriligator y Brito definen como «un proceso dinámico de interacción entre países en su adquisición de armamento»[214].

Por otro lado, desde una perspectiva económica, la defensa nacional es considerada como uno de los principales ejemplos de «bien público puro» del que disfrutan todos los ciudadanos sin que su coste se incremente en función del número de ciudadanos a defender. De este modo, la prestación de la defensa, como bien público, es una responsabilidad irrenunciable e indelegable del Estado.[215]

Por eso, coincido con MARTÍ SEMPERE cuando destaca las dificultades que plantea el acudir a sistemas de mercado cuando se trata de este tipo de bienes, que no se proveen por la iniciativa privada a diferencia de otros como la sanidad o la educación.[216]

De ahí que los sujetos que intervienen en el mercado de defensa como adquirentes o compradores de los productos de defensa sean los Estados[217], existiendo en la actualidad

[214] MARTÍ SEMPERE, C. *Sobre la eficiencia en Defensa,* IUGM, Madrid, 2015, pág.33

[215] En este punto, es importante señalar la diferencia entre la provisión de la defensa como bien público y la producción de los bienes y servicios necesarios para la defensa como actividad privada.

[216] MARTÍ SEMPERE, C. *Sobre la eficiencia… op. cit.*, pág.32: «Este carácter público hace que su provisión siga reglas diferentes a las que siguen los bienes privados, donde estas características permiten usar un sistema de centralizado de decisión conocido como el mecanismo de mercado. Este mecanismo permite, bajo ciertas condiciones, una asignación óptima de recursos vía precios, como mostraría Wilfredo Paretto, a comienzos del siglo XX, en el sentido de que no puede mejorarse la satisfacción de un consumidor sin disminuir la de otro. Por ello, las decisiones sobre la provisión del bien defensa y los recursos dedicados a la misma se organizan en torno a instituciones de decisión colectiva, como elecciones, parlamentos y organizaciones estatales. La responsabilidad de esta provisión recae exclusivamente en el Estado, al contrario que otros bienes, como la sanidad o la educación, donde la iniciativa privada ofrece también estos bienes. El mecanismo de mercado solo se utiliza para la obtención de algunos productos y servicios intermedios que precisa la provisión de este bien».

[217] No obstante, en los últimos años, se observa un resurgir de las fuerzas mercenarias, que el artículo 47 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales define como «toda persona que a) haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero a fin de combatir en un conflicto armado; b) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades; c) que tome parte en las hostilidades animadas esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa parte». Especialmente, en el ámbito anglosajón, surgen con la forma de empresas privadas que cooperan o sustituyen en determinados ámbitos a las Fuerzas Armadas. Como señala CRUZ ALLI, «En el ámbito global nos encontramos con verdaderas empresas especializadas en el apoyo a los Ejércitos. En efecto, la reducción en el número de efectivos de los ejércitos y su especialización suprema en el ejercicio de estrictas funciones bélicas ha puesto en manos de empresas privadas un sinnúmero de funciones

distintos instrumentos internacionales que limitan la adquisición de dichos productos a los Estados que cumplan con determinados requisitos. Asimismo, las normas nacionales e internacionales controlan el comercio de este tipo de productos, impidiendo que las empresas que los fabrican y suministran puedan venderlo a otro tipo de sujetos y sujetando dichas ventas a las correspondientes autorizaciones que únicamente se conceden a socios y aliados.

Dentro de cada Estado, son distintos los órganos que participan en la adquisición de dichos bienes, siendo lo frecuente que la ejecución de la misma corresponda al Gobierno, normalmente a través de los correspondientes Ministerios de Defensa, correspondiendo a los Parlamentos la función de aprobar y controlar la política general del Gobierno y ejerciendo sus principales funciones mediante la aprobación de los presupuestos, aunque en algunos casos, singularmente en Estados Unidos, tienen reconocida una mayor intervención dada la importancia del presupuesto que dicho país dedica a defensa y la importancia que tiene para su industria nacional, llegando incluso a tener competencias autorizatorias para la venta de determinado material de defensa a través del FMS, como se analiza en el capítulo correspondiente.[218]

En España, como se ha visto, la competencia corresponde fundamentalmente al Ministerio de Defensa y, dentro del mismo, a la Secretaría de Estado de Defensa, sin

"añadidas": comunicaciones, transporte, logística, alimentación, vigilancia, sanidad, reconstrucción de zonas, establecimiento de campamentos, escolta de personas, mantenimiento de equipos, asesoramiento militar, etc. Empresas como Halliburton´s Kellog Brown & Root, Dyncorp. Vinnell, Military Profesional Resources o AECOM government services, son algunas de las más conocidas -norteamericanas casi todas, aunque extienden sus brazos a todo el mundo. Se empieza admitir –visto el fracaso de las misiones de la Organización de Naciones Unidas– incluso, la creación de "ejércitos privados" de mercenarios que actúen en "Estados fallidos" (sobre todo africanos) como guardia de corps, lucha antinsurgencia e instructores de las fuerzas de esos países, así como protectores de las industrias de los países que los envíen (claro está). Estas empresas actúan como verdaderos "concesionarios de servicio público", de una manera, además, muy indirecta puesto que apenas hay participación pública a través de empresas cuasi-administrativas. No obstante, las relaciones informales son fuertes, debido a la porosidad entre público y privado en Estados Unidos y a la labilidad de lo público -por ello esas empresas están plagadas de antiguos militares». CRUZ ALLI TURRILLAS, J. «Desnacionalización y privatización de los ejércitos. (La vuelta al modelo tardo-renacentista)» *Boletín de Información CESEDEN*, Ministerio de Defensa, Nº. 285, 2004. Un estudio ampliado sobre estas empresas lo encontramos en LABORIE IGLESIAS, M. A., «Empresas de seguridad, mercenarios y derecho internacional humanitario», en *Cuadernos de estrategia, Nº. 160,* Ministerio de Defensa, 2013 (Ejemplar dedicado a: La respuesta del derecho internacional a los problemas actuales de la seguridad global), págs. 261 a299.

[218] Otro supuesto excepcional en la adquisición de material de guerra es el de Suiza, que decidió someter a referéndum la adquisición de sus nuevos cazas de combate, el cual, tras un primer rechazo en 2014, fue aprobado 20 de septiembre de 2020.
https://www.icex.es/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/paises/navegacion-principal/noticias/suiza-aprueba-compra-aviones-combate-new2020861322.html?idPais=CH (Consultado el 30 de agosto de 2021).

perjuicio de preceptiva autorización del Consejo de Ministros para autorizar la compra o elevar los techos de gasto.

Algunos países de nuestro entorno han optado por crear organismos especializados para la adquisición del material de defensa, como la Agencia Noruega de Material de Defensa[219], mientras que en España se ha optado por centralizarlo en la Dirección General de Armamento y Material (DGAM). De este modo, el Real Decreto 524/2014, de 20 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 454/2012 que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, crea la Subdirección General de Adquisiciones de Armamento y Material a la que le corresponde «realizar la administración y gestión económica y contractual de los programas de investigación y desarrollo, así como de programas de obtención, de modernización y de sostenimiento común, no incluidos en la contratación centralizada, de sistemas de armas y equipos de defensa, así como la gestión, negociación y administración de los contratos que pudieran derivarse del apoyo a la internacionalización de la industria española de defensa y la exportación asociada de material de defensa».

De este modo, los adquirentes en el mercado de defensa son los Estados, quienes además lo hacen para sus Fuerzas Armadas. En el caso de España, [220] en relación con las

[219] Un análisis detallado de dichos organismos se contiene en el Documento de Trabajo del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN) 7/2015: LA AGENCIA CENTRAL DE ADQUISICIONES: ¿UNA ALTERNATIVA VIABLE? http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2015/DIEEET07-2015_AgenciaCentral_Adquisiciones.pdf (Consultado el 31 de agosto de 2021)

[220] Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas:
«Artículo 6.
1. Se consideran armas de guerra, quedando en consecuencia prohibidos su adquisición, tenencia y uso por particulares:
a) Armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre igual o superior a 20 milímetros.
b) Armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre inferior a 20 milímetros, cuyos calibres sean considerados por el Ministerio de Defensa como de guerra.
c) Armas de fuego automáticas.
d) Las municiones para las armas indicadas en los apartados a) y b).
e) Los conjuntos, subconjuntos y componentes esenciales de las armas y municiones indicadas en los apartados a) a d), así como, en su caso, sus sistemas entrenadores o subcalibres.
f) Bombas de aviación, misiles, cohetes, torpedos, minas, granadas, así como sus subconjuntos y componentes esenciales.
g) Las no incluidas en los apartados anteriores y que se consideren como de guerra por el Ministerio de Defensa.
2. Corresponde al Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Defensa y del Interior, determinar las armas comprendidas en este artículo que pueden ser utilizadas como dotación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
3. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Gobierno, en los supuestos de vigilancia y protección relacionados con la defensa nacional, las infraestructuras críticas, los buques mercantes, pesqueros o de transporte marítimo comercial, los convoyes de alto valor y los edificios sensibles, a propuesta conjunta de los Ministros de Defensa y del Interior, podrá fijar por Orden los términos y condiciones para la

armas de fuego y sus municiones, se prohíbe a los particulares la tenencia de armas de guerra, cuyo uso queda reservado a las Fuerzas Armadas, si bien se admite excepcionalmente que puedan utilizarse por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y por empresas de seguridad privada.

Por consiguiente, la característica de este mercado, desde el punto de vista de la demanda, se caracteriza por tener un comprador único, el Estado, normalmente a través de su Ministerio de Defensa o los organismos públicos especializados que se hayan podido constituir, y que estará vinculada al presupuesto disponible, ya que la incertidumbre que caracteriza estas adquisiciones dificulta la entrada de capital privado.

Desde una perspectiva histórica, se observa cómo los Estados han venido desarrollando esta actividad dotándose de los medios necesarios, mediante empresas públicas o privadas, favoreciendo a su industria nacional y estableciendo barreras al acceso de competidores internacionales en el mercado.

Un estudio detallado de la evolución de la industria española es el realizado por los profesores DOMINGUEZ NAFRÍA y DOMÍNGUEZ TORRES-FONTES[221], quienes destacan cómo desde la aparición de la industria de Defensa, los Estados han tratado de intervenir en la misma, buscando preferiblemente que la misma dependiera directamente del Estado (Reales Fábricas de Armas, Reales Atarazanas, Maestranzas, arsenales y atarazanas), proceso que se acentúa en el siglo XVIII por los reyes de la casa de Borbón, mediante la creación, integración e intervención de todos los establecimientos productores de material bélico con la finalidad de conseguir el autoabastecimiento. No obstante, no todos los suministros de armas procedían de la gestión directa, las armas de mano continuaron suministrándose por de forma privada a través de la figura del «asiento», en los que se detallaban las armas y sus plazos de entrega siendo los asentistas los que habitualmente financiaban la producción. Tras la I Guerra Mundial y la imposibilidad de importar material bélico a causa de la misma, se impulsaron en muchos países (entre ellos España) los planes de movilización industrial con un marcado carácter proteccionista, optándose por el establecimiento de empresas públicas o dotando de una especial protección a las empresas privadas. En el Siglo XX y XXI, atendiendo a los

tenencia, control, utilización y, en su caso, adquisición por parte de las empresas de seguridad privada, de armas de guerra, así como las características de estas últimas».

[221] DOMINGUEZ NAFRÍA, J. C. y DOMÍNGUEZ TORRES-FONTES, C., «Introducción a la historia de la industria al servicio de la defensa en España» en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.) *Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 27 a 76.

avances tecnológicos y su elevado coste, se ha optado en mayor medida por externalizar a la empresa privada, procediéndose a la privatización de las empresas públicas o a su integración en consorcios internacionales, aunque en determinados supuestos, por razones de defensa o por otras razones de política pública, se ha optado por mantener la titularidad privada[222]

En la actualidad, se observa cómo las Fuerzas Armadas acuden cada vez más a la externalización para obtener materiales, instrumentos y, en general, apoyo logístico, a través de la técnica de la contratación. En este punto, hay que diferenciar los países de tradición de Derecho administrativo, en los que dicha contratación debe realizarse a través de los cauces jurídicos normativizados (Ley de Contratos, Ley de Patrimonio del Estado, leyes presupuestarias, principalmente) y los países de tipo anglosajón, como Inglaterra o Estados Unidos, con una mayor flexibilidad.

No obstante, la insuficiencia de presupuesto, las sucesivas crisis económicas y la necesidad de optimizar las adquisiciones a través de las economías de escala ha dado lugar a un incremento de la colaboración de los Estados, bien en el seno de las organizaciones internacionales de seguridad y defensa, bien de manera bilateral o multilateral mediante la participación en programas internacionales y la constitución de consorcios internacionales, lo que requiere que los Gobiernos negocien y alcancen acuerdos.

I.2. Las Organizaciones Internacionales.

En el régimen surgido tras la II Guerra Mundial, los Estados hacen frente a sus necesidades en materia defensa de forma colectiva y compartida, en el seno de diversas organizaciones internacionales, siendo el multilateralismo una de las principales características de la acción militar exterior[223], recogiéndose el compromiso de España con esta actuación multilateral en la Directiva de Defensa Nacional 2020:

[222] Como ha ocurrido en España con el proceso privatizador de finales del s. XX, con la privatización de Santa Bárbara, Indra (aunque posteriormente el Estado recuperó una participación en su accionariado), la integración de Construcciones Aeronáuticas en EADS (actualmente Airbus), manteniéndose la titularidad pública de NAVANTIA (sucesora de IZAR, en la que se habían integrado Astilleros Españoles SA (AESA) y la Empresa Nacional Bazán).

[223] No obstante, destaca ARGUMOSA PILA cómo desde la caída de la Unión Soviética y la aparición de amenazas híbridas, el siglo XXI está asistiendo a múltiples «terremotos estratégicos» en el que las

> La actuación exterior de las Fuerzas Armadas contribuirá todo lo posible a desarrollar un multilateralismo eficaz, siendo las organizaciones internacionales y las coaliciones temporales de Estados, que se agrupan para conseguir objetivos de seguridad y protección, nuestros marcos habituales y preferentes de actuación.

Respecto de dicha actuación multilateral, destaca el compromiso con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales de todos aquellos países que son miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que establece un sistema de seguridad colectiva, de prevención y resolución de conflictos armados de forma multilateral.[224] En este sentido, destaca el impulso desde el año 1948 de las Operaciones

instituciones que se habían establecido para contener la crisis están siendo superadas o se han mostrado incapaces con el resultado de que el control de crisis ha sido renacionalizado. De esta forma, el unilateralismo es el modo de conducta preferido, citando como ejemplos la anexión de Crimea, el apoyo a los separatistas orientales de Ucrania junto con la intervención en la guerra de Siria, por parte de Rusia; las actividades reivindicativas, de carácter agresivo, de China en el mar de China Meridional; la salida -Brexit- del Reino Unido de la Unión Europea; la elección de Trump como presidente de Estados Unidos con su política nacionalista y aislacionista; o las intervenciones de Arabia Saudí y los Emiratos Árabes Unidos en Yemen. ARGUMOSA PILA, J. R. L, «Estrategia de Defensa», en ARGUMOSA PILA, J. R. (Ed.) *Defensa: Estado y Sociedad. El caso de España*. Instituto Europeo de Estudios Internacionales, Salamanca-Stockholm, 2018, pág.78.

Como hechos más recientes que ponen de manifiesto la crisis por la que atraviesa el multilateralismo, derivados, entre otras circunstancias, del traslado del escenario estratégico hacia Asia-Pacífico y la retirada unilateral por Estados Unidos de sus tropas en Siria y Afganistán, ya con la Administración Biden, pueden citarse las declaraciones de Macron sobre la «muerte cerebral» de la OTAN (https://elpais.com/internacional/2019/11/07/actualidad/1573151898_032867.html, consultado el 9 de octubre de 2021). Asimismo, la formalización por Estados Unidos, Gran Bretaña y Australia de un acuerdo de cooperación en seguridad y defensa, conocido por el acrónimo Aukus (de AUS, UK y US), que compromete a Estados Unidos y a Gran Bretaña a compartir con Australia tecnología avanzada de defensa para reforzar las capacidades militares de este último frente a las amenazas que se ciernen en la región del Indo-Pacífico y que ha supuesto la cancelación, sin previo aviso, de un importante contrato suscrito con la compañía francés Naval Group para construir doce submarinos convencionales *Shortfin Barracuda* para la Armada australiana por un valor de unos 56.000 millones de euros, y que ha abierto una importante crisis diplomática (https://elpais.com/internacional/2021-09-17/francia-retira-a-sus-embajadores-de-estados-unidos-y-australia.html. Consultado el 9 de octubre de 2021).

[224] De acuerdo con el artículo 1 de la Carta Fundacional de San Francisco de 1945, los propósitos de las Naciones Unidas son:

«Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;

Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;

Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y

Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes».

de Mantenimiento de la Paz (OMP)[225], que como señala IGLESIAS VELASCO «se han consolidado durante la evolución histórica de Naciones Unidas como un ejemplo característico de los esfuerzos multilaterales por lograr la pacificación de conflictos armados surgidos en cualquier parte del mundo»[226].

En este momento y en relación con el mercado de defensa, lo que interesa destacar es que la pertenencia a estas organizaciones favorece la difusión de nuevas capacidades, como ocurre en el caso de las naciones pertenecientes a la Alianza Atlántica, que obtienen ventajas importantes al usar una doctrina común y medios comunes como armas y equipos.[227] Por ello, me centraré en las principales actuaciones que, en este sentido, se están llevando a cabo en el ámbito de la OTAN y de la Unión Europea.

I.2.A. La Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN).

Los orígenes de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) se remontan a la firma del Tratado de Washington de 1949, en el que, al amparo de lo previsto en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas, que reconoce el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado, se articula una Alianza de países[228] de ambos lados del norte del océano Atlántico que tiene como eje central el principio de defensa colectiva de su artículo 5[229].

---

[225] España lleva 30 años contribuyendo a las Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas, habiendo participado en medio centenar de misiones en cuatro continentes en las que ha desplegado más de 160.000 efectivos civiles y militares provenientes de los tres Ejércitos de nuestras Fuerzas Armadas, así como de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/NacionesUnidas/Paginas/OperacionesDeMantenimientoDelaPaz.aspx (Consultado el 9 de octubre de 2021).

[226] IGLESIAS VELASCO, A.J. «Las operaciones de paz de Naciones Unidas como paradigma del multilateralismo» en *Monografías del CESEDEN, número 109: Naciones Unidas como principal elemento del multilateralismo del siglo XXI,* Ministerio de Defensa, 2009, pág.185.

[227] MARTÍ SEMPERE, C. Una visión evolucionista de la defensa*, Revista del IEEE*, nº 6, Publicaciones de Defensa, Madrid, diciembre 2015. https://revista.ieee.es/issue/view/37/54 (Consultado el 31 de agosto de 2021).

[228] Integrada originariamente por Bélgica, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal y Reino Unido, actualmente forman parte de la Alianza 30 países, tras la incorporación de Macedonia del Norte en 2020, y entre los que se encuentra España, que firmó el Instrumento de Adhesión al Tratado del Atlántico Norte el 29 de mayo de 1982 («BOE» núm. 129, de 31 de mayo de 1982).

[229] «Artículo 5. Las Partes acuerdan que un ataque armado contra una o más de ellas, que tenga lugar en Europa o en América del Norte, será considerado como un ataque dirigido contra todas ellas, y en consecuencia, acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas,

Como indica CAZORLA PRIETO[230], la característica fundamental de la OTAN es la flexibilidad para adaptarse a las cambiantes circunstancias mundiales.

Impulsada por Estados Unidos para frenar los planes expansionistas de la URSS y del comunismo, tras el fin de la Guerra Fría en 1989 y el desvanecimiento de una amenaza de invasión militar, el Concepto Estratégico aprobado por los Jefes de Estado y de Gobierno de la OTAN en noviembre de 1991, en Roma, diseñaba un planteamiento amplio sobre seguridad, basado en el diálogo, la cooperación y el mantenimiento de una capacidad de defensa colectiva[231].

Un hito histórico en esta evolución fue la Cumbre celebrada en Madrid en julio de 1997 en la que se anunció una fase de reforma de las estructuras y políticas para responder a las nuevas circunstancias, de modo que se asegurara su coherencia e integridad[232]. No obstante, los atentados del 11 de septiembre de 2001 tuvieron una especial incidencia en la Alianza, que continuó con su proceso de transformación en la Cumbre de Praga de noviembre de 2002[233], en la Cumbre de Riga de noviembre de 2006 declaró la capacidad

ayudará a la Parte o Partes atacadas, adoptando seguidamente, de forma individual y de acuerdo con las otras Partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada, para restablecer la seguridad en la zona del Atlántico Norte. Cualquier ataque armado de esta naturaleza y todas las medidas adoptadas en consecuencia serán inmediatamente puestas en conocimiento del Consejo de Seguridad. Estas medidas cesarán cuando el Consejo de Seguridad haya tomado las disposiciones necesarias para restablecer y mantener la paz y la seguridad internacionales».

[230] CAZORLA PRIETO, L.M., *Fuerzas Armadas y Acción Exterior del Estado*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2019, p.69.

[231] El Concepto preveía una menor dependencia respecto a las armas nucleares, y grandes cambios en las fuerzas militares integradas de la Alianza: reducciones sustanciales en su tamaño y grado de alerta, mejoras de su movilidad, flexibilidad y adaptabilidad a las diferentes contingencias y un mayor uso de formaciones multinacionales.

[232] Entre estas medidas, destacan la apertura de conversaciones para la integración de Hungría, Polonia y la República Checa, junto a la aprobación de una «política de puertas abiertas» respecto a futuras adhesiones; la mejora de la Asociación para la Paz y la creación del EAPC como nuevo foro para impulsar la cooperación; la apertura de un nuevo capítulo en las relaciones OTAN-Rusia; la formalización e intensificación de la asociación con Ucrania; la ampliación del diálogo con los países mediterráneos; los progresos en la Identidad Europea de Seguridad y Defensa dentro de la OTAN y la definición de una estructura de mando militar para la Alianza, radicalmente reformada.

[233] En la Cumbre de Praga, los aliados asumieron compromisos políticos específicos para la mejora de sus capacidades en áreas esenciales de operaciones militares modernas. La aplicación total del PCC supondrá haber conseguido cuadruplicar el número de aviones europeos de transporte de tropas de gran tamaño; haber creado una flota de aviones cisterna para repostar en vuelo; haber garantizado que la mayoría de las fuerzas desplegables con alta disponibilidad de la OTAN estén dotadas de equipos de defensa química, radiológica, biológica y nuclear; y haber aumentado en un 40 por ciento los arsenales no estadounidenses de proyectiles aéreos guiados.

Al mismo tiempo, los aliados acordaron la creación de la NRF (*NATO Response Force* «Fuerza de Respuesta de la OTAN»), una fuerza de avanzada tecnología, capaz de desplazarse con rapidez allá donde fuera

operativa plena de la Fuerza de Respuesta Rápida de la OTAN (NRF) y ante las nuevas amenazas se vio obligada a revisar todos sus planteamientos, adoptando un Nuevo Concepto Estratégico (NCE) en la Cumbre de Lisboa de 2010, por el que la Alianza se prepara para afrontar los nuevos retos globales del Siglo XXI, como el terrorismo, la proliferación nuclear o los ciberataques.

Desde entonces, el trabajo de la Alianza se centra en la consecución de las capacidades necesarias para hacer frente a los riesgos y amenazas a los que se enfrenta y a los cambios que se van produciendo en el escenario geoestratégico. La Cumbre de Chicago de 2012 se centró, en un escenario de plena crisis económica global, en la optimización del gasto y del empleo de recursos [234]; La Cumbre de Cardiff de 2014[235] adquiere notoria relevancia por el compromiso de los Estados miembros de la OTAN de aumentar su gasto en defensa paulatinamente hasta alcanzar el 2% del PIB en una década, compromiso en el que se insistió en la Cumbre de Bruselas de 2018[236].

Asimismo, debe destacarse el impulso que la OTAN inició en la Cumbre de Londres de 1990, para fomentar la asociación con otros países no miembros del área euroatlántica, el Mediterráneo y la región del Golfo, y otros socios en todo el mundo,

necesario y de actuar como catalizador para conseguir dar protagonismo e impulsar las mejoras de las capacidades de la Alianza, así como su permanente transformación.
Aprobaron también las directrices para una nueva estructura de mando más racional y eficiente. Así, se aprobó que la OTAN tuviera un mando estratégico de operaciones con base en Bélgica, el ACO (*Allied Command Operations* «Mando Aliado de Operaciones»), con su cuartel general SHAPE (*Supreme Headquarters Allied Powers Europe* «Cuartel General Supremo de las Potencias Aliadas en Europa»), y un mando estratégico de transformación en los EUA con presencia en Europa: el ACT (*Allied Command Transformation* «Mando Aliado de Transformación»). Este último mando con la responsabilidad de la transformación de las capacidades militares de la Alianza.

[234] En este marco de racionalización de medios, mejora de la eficacia y ahorro financiero, se ha diseñado la Nueva Estructura de Mandos, más reducida y flexible y con menos costes que la anterior, en la que España acoge uno de los dos Centros Aéreos Combinados Conjuntos (CAOC), localizado en Torrejón de Ardoz.

[235] Celebrada en un momento crucial para la seguridad de los aliados, que ya se presenta a escala global, tras la acción de Rusia contra Ucrania, la inestabilidad creciente presente desde Oriente Medio hasta el Norte de África y las amenazas transnacionales y multidimensionales (https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_112964.htm?selectedLocale=en Consultado el 9 de octubre de 2021).

[236] Según el Informe Anual del Secretario General de la OTAN de 2020, en dicho año se ha incrementado en un 3,9 % los gastos militares de los aliados europeos de la OTAN y Canadá, y ya son once los aliados que cumplen la directriz del 2%, frente a los tres que había en 2014. Se trata de Estados Unidos, Grecia, Estonia, Reino Unido, Polonia, Letonia, Lituania, Rumanía, Francia, Noruega y la República Eslovaca. España, aunque ha incrementado el gasto desde el 0,9% inicial, es uno de los países con menor gasto porcentual, el 1,17%, teniéndolo únicamente inferior Luxemburgo (o,57%), Bélgica (1,07%) y Eslovenia (1,10%).
https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/2021/3/pdf/sgar20-en.pdf#page=42 (Consultado el 9 de octubre de 2021)

incluidos los países de la antigua URSS, con el fin de contribuir a los esfuerzos de la comunidad internacional para proyectar estabilidad y fortalecer la seguridad fuera del territorio de la OTAN. Los socios forman parte de muchas de las actividades centrales de la OTAN, desde la formulación de políticas hasta la creación de capacidad de defensa, el desarrollo de la interoperabilidad y la gestión de crisis. Los programas de la OTAN también ayudan a los países socios a desarrollar sus propias instituciones y fuerzas de defensa y seguridad. Este asociacionismo se ha visto reforzado como consecuencia del nuevo Concepto Estratégico de 2010, y en la Cumbre de Gales en septiembre de 2014, se adoptaron dos importantes iniciativas para reforzar el compromiso de la Alianza con la tarea central de la seguridad cooperativa: la Iniciativa de interoperabilidad de la asociación y la Iniciativa de desarrollo de capacidades de defensa y seguridad[237].

De todos estos avances, interesa destacar en este momento los referidos a la colaboración en la obtención de las capacidades necesarias, cuyo fundamento jurídico se encuentra en el artículo 3 del Tratado de Washington:

> «A fin de lograr más eficazmente la realización de los fines del presente Tratado, las Partes, actuando individual y conjuntamente de manera continua y efectiva mediante la aportación de sus propios medios y prestándose asistencia mutua, mantendrán y acrecentarán su capacidad individual y colectiva de resistir a un ataque armado».

Asimismo, debe citarse el artículo 9, que crea el Consejo de la OTAN y le faculta para dotarse de los organismos necesarios para la consecución de sus objetivos:

> «Las Partes establecen, por la presente disposición, un Consejo en el que cada una de ellas estará representada para examinar las cuestiones relativas a la aplicación de este Tratado. El Consejo estará organizado de manera que pueda reunirse rápidamente en cualquier otro momento. El Consejo establecerá cuantos órganos subsidiarios puedan ser necesarios y en particular establecerá inmediatamente un Comité de Defensa que propondrá las medidas apropiadas para la puesta en práctica de los artículos 3 y 5».

Partiendo de dichos fundamentos y atendiendo al nuevo escenario estratégico, En la Cumbre de Washington, de abril de 1999, los jefes de Estado y de Gobierno de la

[237] https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_84336.htm (Consultado el 10 de octubre de 2021).

OTAN emitieron la «Iniciativa sobre Capacidades de Defensa» (*Defense Capabilities Initiative*, DCI), con el objetivo de mejorar las capacidades de defensa en su conjunto, con el fin de garantizar la efectividad de las futuras operaciones multinacionales en toda la gama de misiones de la Alianza, centrándose especialmente en mejorar la interoperatividad entre las fuerzas de la Alianza y, si fuera necesario, entre las fuerzas de la Alianza y de sus socios.

Posteriormente, dentro del proceso de revisión global de las actividades y métodos de trabajo de la OTAN dirigidos a garantizar que la OTAN pudiera afrontar los retos de seguridad del siglo XXI, en la Cumbre de Praga de noviembre de 2002, se aprueba el Compromiso de Capacidades de Praga (*Prague Capabilities Commitment*, PCC) como instrumento para la obtención de las capacidades críticas y esenciales para la Alianza mediante compromisos individuales de cada país e iniciativas de cooperación mutua. De este modo, cada país se comprometió firme y públicamente a realizar mejoras específicas en sus capacidades militares fundamentales con plazos concretos y manteniendo un alto grado de supervisión en su implementación. Para algunos países, muchas de las mejoras en las capacidades que necesita la OTAN y a las que se han comprometido resultan inalcanzables en solitario, lo que promueve la colaboración multinacional mediante compras agrupadas, puesta en común de equipos, reparto de funciones o creación de fuerzas conjuntas.

El PCC, atendiendo a la disponibilidad real de financiación, se centra en la adquisición de aquellas capacidades consideradas absolutamente necesarias.[238]

[238] El PCC puede considerarse como una continuación de la DCI pero con tres grandes diferencias: El PCC se centra en un área más reducida que la DCI; Se basa en unos compromisos nacionales mucho más fuertes; Da un énfasis mucho mayor a la cooperación internacional, incluyendo la especialización de funciones y el mutuo apoyo, contando con el impulso de la UE (Unión Europea) para el desarrollo de las capacidades militares. El PCC está organizado alrededor de cuatro áreas principales: Defensa ante ataques químicos, biológicos, radiológicos y nucleares; aseguramiento de la superioridad en el mando del combate, las comunicaciones y la información; mejora de la interoperatividad de las fuerzas desplegadas y de la eficacia en el combate; despliegue rápido y sostenimiento de las fuerzas de combate. Posteriormente, la OTAN puso especial énfasis en determinados proyectos: Vigilancia aérea del terreno; interoperabilidad en las comunicaciones; transporte aéreo estratégico; transporte marítimo estratégico; reabastecimiento en vuelo; comunicaciones por satélite; inteligencia, vigilancia, adquisición de objetivos y reconocimiento; supresión de la defensa aérea enemiga; municiones guiadas de precisión y defensa antimisil.
Información obtenida de *Memorandos de entendimiento en el ámbito del Ministerio de Defensa*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011 pág. 39 a 42.

Posteriormente, el Nuevo Concepto Estratégico de la OTAN, adoptado en la Cumbre de Lisboa de 2010, insiste en la necesidad de una colaboración más estrecha entre sus miembros para el desarrollo de capacidades militares, minimizando las duplicidades y maximizando el coste-eficacia de las mismas, lo que incluye promover la cooperación industrial en defensa y la coordinación entre la OTAN y la Unión Europea. De este modo, la OTAN, al promover la adquisición por parte de sus miembros de material interoperable y disponible para ser usado por fuerzas combinadas de la OTAN, surge como un importante sujeto en el mercado de defensa, ya que puede establecer condiciones para la adquisición de sus materiales que favorezcan la cooperación entre industrias proveedoras de varios países miembros de la Alianza.

No obstante, como hemos visto, uno de los principales problemas con los que se enfrenta la Alianza es la disparidad del gasto en defensa de sus miembros, observándose a partir de la crisis económica de los últimos años, una reducción importante de los presupuestos de defensa de los países europeos, al tiempo que se produce un paulatino incremento de la aportación de los Estados Unidos, que siendo normalmente inferior al 50% del gasto total en defensa de la OTAN, ya en 2011 alcanza casi el 75%.Esta situación coincide con un desplazamiento de los intereses geoestratégicos de los EE. UU hacia el Extremo Oriente, lo que centra el debate en la obtención de mayores capacidades colectivas sobre la base de una mejor coordinación de las capacidades individuales de los miembros.

De este modo, surge el concepto de «Smart Defence»[239], propuesto formalmente por primera vez por el secretario general de la OTAN, Anders Fogh Rasmussen, el 4 de febrero de 2011, con el fin de poner en evidencia que una mayor cooperación entre todos los países y la propia OTAN ayudará a conseguir los objetivos estratégicos planteados en el Concepto Estratégico OTAN 2010 en un escenario presupuestario insuficiente, con el fin de evitar que los recortes presupuestarios reduzcan las capacidades globales de la Alianza. Como señala ACUÑA CALVIÑO[240] esta cooperación planteada en la iniciativa

[239] Para un análisis completo de los concepto de smart defence y pooling an sharing, véase Documento de Seguridad y Defensa 56*: Enfoque multinacional al desarrollo de capacidades de Defensa. La Smart defence de la OTAN frente al Pooling Sharing de la UE*, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 2013.

[240] ACUÑA CALVIÑO, D., «Descripción y análisis de los conceptos "smart defence pooling and sharing"» en *Documento de Seguridad y Defensa 56: Enfoque multinacional al desarrollo de capacidades de Defensa. La Smart defence de la OTAN frente al Pooling Sharing de la UE*, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 2013, págs. 49 a 51.

smart defence se articula mediante tres aspectos coherentes e interrelacionados: la priorización, la especialización y la cooperación. La «priorización» pretende las naciones prioricen de manera coordinada la obtención de las capacidades identificadas por la Alianza, de puedan obtenerlas de forma colectiva, lo que requiere alinear el planeamiento nacional de capacidades de seguridad y defensa con las necesidades de la OTAN[241]. La «cooperación» internacional no es un elemento nuevo, pero se pretende mejorar las deficiencias detectas de manera urgente, lo que requiere generar confianza entre los socios así como un cambio cultural significativo en la forma de actuar de los países para que se centren no en sus necesidades específicas sino en las de la Alianza en su conjunto; por último, la «especialización» y partiendo de que no todas las naciones pueden abordar todas las capacidades, se pretende que los países tomen decisiones coordinadas sobre qué capacidades mantener, basándose en las fortalezas que dicha nación tenga y dejando que otras naciones complementen sus capacidades de forma que entre todos los participantes se alcance un máximo de capacidades globales que se aproximen lo mejor posible a las deseadas por la Alianza como un conjunto. Esta especialización requiere, además de la necesaria confianza entre los socios, un compromiso meditado entre la independencia de cada nación para su defensa nacional (clave en su soberanía) y la solidaridad para alcanzar juntos metas inalcanzables de forma aislada[242].

a) La Cooperación en materia de armamento y material en la OTAN.

La cooperación específica en materia de armamento y material en el seno de la OTAN se articula a través de la Conferencia de Directores Nacionales de Armamento (*Conference of National Armaments Directors*, CNAD), cuya finalidad es la armonización de objetivos de armamento en el ámbito de la Alianza, la promoción de la

[241] En la Cumbre de Lisboa de la Alianza en noviembre de 2010 se definieron un conjunto de prioridades de la Alianza tales como la ciberseguridad y la lucha contra el terrorismo internacional y la piratería, y así hasta diez capacidades críticas para la OTAN entre las que también se encuentran, por ejemplo, el transporte en helicóptero, el soporte médico o la lucha contra dispositivos improvisados. *Lisbon Summit Declaration* en https://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_68828.htm (Consultado el 9 de octubre de 2021)

[242] Un ejemplo de especialización de nuevo son los Centro de Excelencia (CoE) de la OTAN que se han ido creando, como el de ciberseguridad en Estonia, el de NRBQ en la República Checa o el de Artefacto Explosivos Improvisados (IED) en España.

interoperabilidad, el incremento de la cooperación entre aliados y la mejora de la cooperación transatlántica.

Depende directamente del Consejo del Atlántico Norte (*North Atlantic Council*, NAC) y la preside permanentemente el secretario general adjunto de Inversiones para la Defensa. La CNAD está constituida por los directores nacionales de Armamento (*National Armaments Directors* NAD) de los países aliados[243], que a su vez cuentan con representantes permanentes en el Cuartel General de la OTAN denominados NADREP (*NAD Representative* «representante del NAD»). El desarrollo de los objetivos marcados por los NAD se confía a una estructura jerarquizada de grupos de trabajo permanentes. Estos grupos están constituidos por representantes nacionales presididos por un representante nacional elegido por aquellos y un secretario que pertenece al Secretariado Internacional de la OTAN. En el trabajo de los grupos participan también representantes

[243] De acuerdo con el artículo 5 del Real Decreto 372/2020, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, la «Dirección General de Armamento y Material es el órgano directivo al que corresponde la preparación, planeamiento y desarrollo de la política de armamento y material del Departamento, así como la supervisión y dirección de su ejecución. A estos efectos, dependen funcionalmente de esta dirección general los órganos competentes en las citadas materias de las Fuerzas Armadas y de los organismos autónomos del Departamento». En el campo de las relaciones internacionales, y en cuanto a armamento y material, el mencionado Real Decreto establece que corresponde a la DGAM la función de: «e) Impulsar, en coordinación con la Dirección General de Política de Defensa, la cooperación internacional en los ámbitos bilateral y multilateral, así como ejercer la representación nacional en los foros industriales y de armamento de dichas organizaciones; j)Ejercer las competencias que se le atribuyan para negociar y gestionar la cooperación industrial, controlar las transferencias de tecnología nacional a terceros países, así como la obtenida de programas, acuerdos o convenios internacionales». En función de ello, es responsabilidad de la DGAM la representación española en organismos internacionales como la Conferencia de Directores Nacionales de Armamento de la OTAN, representación que se ejerce a través del Director General de Armamento y Material. Los tres Ejércitos y la propia DGAM han venido participando en determinados grupos de esta subestructura, por regla general según los criterios propios del organismo que decidía enviar representantes a dichos grupos. Se trata de conjunto de grupos numeroso, y también complejo por la diversidad de los temas que tratan. En los últimos años, la media de grupos activos se ha situado entre 130 y 150 con una tendencia a la disminución dado el importante coste que supone para las naciones la participación completa en una estructura tan amplia como es la de grupos de la CNAD. Para ello, se están poniendo en práctica diferentes mecanismos de racionalización. De esos grupos activos, España ha estado representada, como media, en un número de entre 80 y 90. Ante la diversidad de actividades y de información que genera la participación española en la estructura subordinada de la CNAD, se venía sintiendo la necesidad de arbitrar mecanismos que establecieran criterios de participación en los grupos que fueran de interés, que definieran misiones y las dependencias funcionales de los representantes españoles en los citados grupos, que permitieran la coordinación de las actividades, así como la difusión eficiente de la información generada. Por ello, se publicó la Instrucción 157/2007, de 28 de diciembre, de la Secretaria de Estado de Defensa, sobre la participación española en la Conferencia de Directores Nacionales de Armamento y la Organización de Investigación y Tecnología de la OTAN, regula la participación española en los foros de la Conferencia de Directores Nacionales de Armamento (CNAD) y de la Organización de Investigación y Tecnología (RTO) de la OTAN. https://www.defensa.gob.es/Galerias/dgamdocs/participacion-Espana-CNAD.pdf (Consultado el 10 de octubre de 2021. Referencias a la estructura departamental actualizadas conforme a la normativa vigente).

de órganos de la OTAN con responsabilidades en los temas de trabajo de cada grupo. El primer nivel está constituido por los tres grupos principales de armamento (terrestre, naval y aéreo) y los grupos abiertos a los países de la PfP (*Partnership for Peace* «Asociación para la Paz»). Los grupos principales de armamento son los siguientes: AC/225 (NAAG *NATO Army Armaments Group* «Grupo de Armamentos Terrestres de la OTAN»); AC/141 (NNAG *NATO Naval Armaments Group* «Grupo de Armamentos Navales de la OTAN») y AC/224 (NAFAG *NATO Air Force Armaments Group* «Grupo de Armamentos Aéreos de la OTAN»). Cada uno de estos grupos cuenta con grupos subordinados de segundo nivel que, a su vez, pueden crear grupos temporales para trabajos específicos. Para el desarrollo de los proyectos específicos OTAN cuya gestión haya sido encomendada a la CNAD, se crean los grupos de proyecto o de programa. Por otro lado, el NIAG (*NATO Industrial Advisory Group* «Grupo Asesor Industrial de la OTAN») aporta a la Alianza el asesoramiento industrial de alto nivel y realiza los estudios específicos que solicitan los grupos principales de la CNAD mediante grupos temporales de industriales interesados en los mismos.

Frente al modelo de *Smart defence* de la OTAN, en el ámbito de la Unión Europea (que analizaremos con más detalle al final del presente capítulo por la trascendencia derivada de la aplicación del Derecho europeo) el concepto de *pooling and sharing* que se viene utilizando para identificar este movimiento cooperativo proviene de la reunión de ministros de Defensa europeos celebrada en Gante en noviembre de 2010, y consiste en agrupar o compartir capacidades militares entre miembros de la Unión Europea, tal y como había venido promoviendo la Agencia Europea de Defensa (*European Defence Agency*, EDA) con instrumentos como su Plan de Desarrollo de Capacidades (*Capacitiy Development Plan*) y la denominada Base de Datos Colaborativa (*Colaborative Database)*.

De acuerdo con la iniciativa de Gante, el objetivo es «preservar y mejorar las capacidades operativas de las naciones, y conseguir mayor efectividad, sostenibilidad, interoperabilidad y eficiencia en el gasto»[244] y responde a la evidencia de que la crisis económica y la presión sobre los presupuestos de defensa en los países europeos ha conducido inexorablemente a la pérdida de capacidades militares que se consideran

[244] Pooling and sharing. German-Swedish iniciative. Food for thought. https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/sede/dv/sede260511deseinitiative_/sede260511deseinitiative_en.pdf (Consultado el 9 de octubre de 2021).

esenciales, mientras que misiones internacionales como la de Libia han puesto de manifiesto que sin embargo existe en otras áreas un exceso de capacidad.

Para concluir este apartado, aunque una preocupación conjunta de la OTAN y de la Unión Europea es la de no duplicar esfuerzos y cooperar para que ambas iniciativas sean coherentes e incluso complementarias, coincidimos con ACUÑA CALVIÑO[245] en que existen importantes diferencias entre *pooling and sharing* y *smart defence*, destacando, en primer lugar, que mientras pooling and sharing pretende la cooperación en proyectos de adquisición desde sus etapas más tempranas, desde la investigación y desarrollo hasta la implantación, de manera que se obtengan sinergias de su adquisición conjunta, en la OTAN no se vislumbra todavía esa aproximación a las etapas iniciales de la generación de tecnología por lo que la cooperación debe basarse en organizar y reordenar así como mejorar capacidades que ya tienen las naciones de la Alianza, apoyándose en la I+D, conforme al principio de no duplicación de esfuerzos, en el marco impulsado por la EDA para fomentar el trabajo conjunto en I+D en Europa. Por otro lado, la OTAN, considera que una capacidad es mucho más que un equipamiento e incluye doctrina, adiestramiento, organización, liderazgo, infraestructuras e interoperabilidad., debiendo llegarse a acuerdos de cooperación en todos estos aspectos, que constituyen el ámbito principal de la *smart defence* de la OTAN.

b) Las agencias de la OTAN.

Las agencias[246] y organizaciones de la OTAN desempeñan un papel vital en la adquisición y funcionamiento de capacidades colectivas. Se especializan en campos técnicos que complementan y forman parte integral de la agenda de la OTAN: adquisiciones, apoyo y comunicaciones e información.

[245] ACUÑA CALVIÑO, D., «Descripción y análisis… op. cit. págs. 61 y 62.

[246] Un estudio actual sobre la actuación de las agencias de la OTAN se encuentra en el documento elaborado por el ICEX en marzo de 2020, con el título «Oportunidades de negocio en el ámbito de la OTAN».
https://www.icex.es/icex/GetDocumento?dDocName=DOC2020860988&urlNoAcceso=/icex/es/registro/iniciar-sesion/index.html?urlDestino=https://www.icex.es:443/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/estudios-de-mercados-y-otros-documentos-de-comercio-exterior/DOC2020860988.html&site=icexES
(Consultado el 2 de septiembre de 2021)

El sistema de agencias OTAN está en reestructuración desde el acuerdo de la cumbre de Lisboa de 2010. Así, en 2012 se crean cuatro nuevas organizaciones de la OTAN, que asumen las funciones y responsabilidades de las agencias existentes:

- La Agencia de Comunicaciones e Información de la OTAN (NCIA)[247], con sede en Bruselas, que presta servicios de tecnologías de la información (TI) a nivel de la OTAN, que incluyen adquisiciones y apoyo en áreas tales como Sistemas de mando y control, comunicaciones tácticas y estratégicas y sistemas de defensa cibernética.

- La Agencia de Apoyo y Adquisiciones de la OTAN (NSPA)[248], con sede en Capellen, Luxemburgo, es la Agencia ejecutiva de la Organización de Adquisiciones y Apoyo de la OTAN (NSPO), que es un organismo subsidiario dentro del marco de la OTAN, establecido por el Consejo del Atlántico Norte (NAC)[249] y del que son miembros todas las naciones de la OTAN.

La misión de NSPO es proporcionar adquisiciones receptivas, efectivas y rentables, incluida la adquisición de armamento, la logística, el apoyo operativo y de sistemas y los servicios a los aliados, las autoridades militares de la OTAN y las naciones asociadas, individual y colectivamente, en tiempos de paz, crisis y guerra, con el fin de maximizar la capacidad y flexibilidad de sus fuerzas armadas, contingentes y otras

[247] La Agencia NCI se crea como resultado de una fusión de las organizaciones C3 de la OTAN, a saber: la Agencia de Servicios de Sistemas de Información y Comunicación de la OTAN (NCSA), la Agencia de Consulta, Mando y Control de la OTAN (NC3A), la Gestión del Sistema de Control y Mando Aéreo de la OTAN (NACMA), el Servicio de Tecnología de la Información y la Comunicación de la Sede de la OTAN (ICTM) y la Oficina de Programas para la Defensa de Misiles Balísticos de Teatro Activo en Capas de la OTAN (ALTBMD).
https://www.ncia.nato.int/about-us.html

[248] Como resultado del proceso de racionalización iniciado en la Cumbre de 2010, en el ámbito del apoyo logístico, la Organización de Abastecimiento y Mantenimiento de la OTAN, la Organización de Gestión de Oleoductos de Europa Central y la Organización de Gestión de Transporte Aéreo de la OTAN, y sus respectivas agencias: la Agencia de Abastecimiento y Mantenimiento de la OTAN [NAMSA (NATO Maintenance Supply Agency)], la Agencia de Gestión del Oleoducto de Europa Central [CEPMA (Central Europe Pipeline Management Agency)] y la Agencia de Gestión de Transporte Aéreo de la OTAN [(NAMA (NATO Airlift Management Agency)], se integran en una única organización: la Organización de Adquisiciones y Apoyo de la OTAN [(NSPO, NATO Support and Procurement Organisation)], con una única agencia ejecutiva, la Agencia de Adquisiciones y Apoyo de la OTAN..
https://www.defensa.gob.es/Galerias/dgamdocs/agencia-adquisicion-apoyo-OTAN.pdf (Consultado el 10 de octubre de 2021).

[249] El 1 de julio de 2012, la organización se estableció inicialmente como Organización de Apoyo de la OTAN (NSO), como resultado de la iniciativa de reforma de las agencias de la OTAN y tras la fusión de tres antiguos órganos de la OTAN. En abril de 2015, la NAC le ordenó posteriormente asumir una función de adquisición y pasó a llamarse Organización de Adquisiciones y Apoyo de la OTAN (NSPO).

organizaciones relevantes, dentro de la orientación proporcionada por la NAC, para ejecutar sus misiones principales.

El Consejo de Supervisión de la Agencia NSPO (ASB)[250] es el órgano de gobierno de la NSPO, compuesto por un representante de cada uno de los 30 países miembros de la OTAN, y tiene por objeto proporcionar dirección estratégica y orientación a su Órgano Ejecutivo, la Agencia de Adquisiciones y Apoyo de la OTAN (NSPA), y supervisar sus actividades. El presidente de la NSPO ASB es seleccionado por la ASB de entre los candidatos propuestos por las naciones con un mandato de dos años. Preside las reuniones de la ASB y sus Comités Subordinados.

NSPA, en cuanto Agencia ejecutiva de NSPO, es la responsable principal de una adquisición eficaz y rentable para la OTAN, incluida la adquisición de armamento, material de logística, sistemas y servicios. Reúne, en una sola organización, las capacidades de adquisición, logística, médica y de infraestructura, el apoyo operativo y de sistemas y los servicios para las naciones de la OTAN, las Autoridades Militares de la OTAN y los países socios, y ha supuesto la evolución desde un concepto tradicional,

[250] La NSPO ASB tiene la autoridad para establecer cuerpos subordinados de expertos que comprendan representantes nacionales para brindar apoyo técnico y asistencia en el desempeño de las funciones de la ASB. En particular, la ASB cuenta con la asistencia del Comité de Logística (LOG) y el Comité de Finanzas, Administración y Auditoría (FAA), establecidos para revisar los temas relacionados con la logística técnica y las finanzas. Los dos Comités asesoran y asisten a la ASB haciendo recomendaciones y respaldos para la decisión final de la ASB. Los grupos de trabajo pueden ser establecidos por el Directorio o por las Comisiones Subordinadas como órganos consultivos para tareas específicas. Los Programas Multinacionales se establecen dentro de NSPO siguiendo la recomendación de la ASB, en consulta con la CNAD para los Programas de Adquisición de Armamento de la OTAN, y la aprobación del Consejo del Atlántico Norte. Los Programas Multinacionales se rigen a través de una estructura de gobierno dedicada, que consiste en una Junta de Programa (PB), que dirige la ejecución del Programa y conserva plena autonomía con respecto a los requisitos, el establecimiento de prioridades y la gestión financiera. El Sistema de Oleoductos de Europa Central (CEPS) y la Gestión de Transporte Aéreo de la OTAN (NAM) son los dos Programas Multinacionales establecidos actualmente dentro de NSPO. Dos Anexos separados dentro de la Carta de la NSPO establecen disposiciones y responsabilidades específicas para ambos programas. Se pueden establecer asociaciones de apoyo o adquisiciones dentro de la NSPO por iniciativa de dos o más naciones de la OTAN que deseen organizar en común el apoyo y los servicios de actividades dentro del alcance de la misión de la NSPO. La NSPO actualmente comprende 32 asociaciones de apoyo (SP), que informan a la ASB para la aprobación de cualquier decisión de principio antes de que se implementen las medidas dentro de la NSPO. Tanto los programas multinacionales como las asociaciones de apoyo o adquisiciones constituyen una parte integral de la NSPO y comparten la personalidad jurídica de la OTAN. La NSPO también puede concluir, sujeto a una aprobación previa en principio por parte de la NAC, acuerdos o contratos que involucren a una nación no perteneciente a la OTAN y acuerdos con una organización internacional. En particular, la NSPO ASB está autorizada para celebrar acuerdos de cooperación de apoyo con naciones que han recibido autorización de la NAC para contribuir a una operación liderada por la OTAN o naciones que tienen un programa de asociación con la OTAN, como Partnership for Peace, Mediterranean Dialogue y la Iniciativa de Cooperación de Estambul.
https://www.nspa.nato.int/about/nspo (Consultado el 10 de octubre de 2021)

puramente de mantenimiento y apoyo a sistemas de armas y a operaciones, a un apoyo logístico del ciclo de vida completo de los sistemas de armas.[251]

NSPA proporciona servicios logísticos a sus clientes apoyándose en tres principios básicos:

1. Consolidación.

NSPA agrupa los requisitos logísticos idénticos o similares solicitados por dos o más de sus clientes. Esta consolidación supone mayor cantidad de pedidos y precios más bajos.

2. Centralización.

Los clientes tienen la ventaja de dirigirse a una sola entidad en vez de tratar con una multitud de proveedores.

3. Concurrencia.

Se opera en un mercado muy amplio con el objetivo de obtener la mejor calidad a los precios más económicos.

NSPA trabaja sobre la base del principio de «sin beneficio ni pérdida» (*no profit - no loss*)[252]. Los costes derivados del apoyo a un sistema de armas se traspasan solo a los clientes que utilizan dicho sistema, para lo que la organización financiera de NSPA se estructura de acuerdo con proyectos o programas.

[251] La Orden DEF/817/2019, de 19 de junio, por la que se establecen las competencias, relaciones y procedimientos de actuación de los organismos del Ministerio de Defensa con la Organización de Adquisiciones y Apoyo de la OTAN y su Agencia, centraliza en la Dirección General de Armamento y Material las decisiones en el ámbito de sus competencias e incluye al Mando de Operaciones en el ámbito de relaciones con la Organización de Adquisiciones y Apoyo de la OTAN y su Agencia, como un actor más en logística de las operaciones conjuntas.

[252] Desde su establecimiento en 1958, NSPA adquiere, opera y mantiene todo a través de un vínculo imparcial entre la industria y las naciones: desde sistemas de armas hasta suministro de combustible, servicios portuarios, logística de aeródromos, servicios médicos y de catering o servicios de apoyo de base para tropas estacionadas en todo el territorio. mundo. La Agencia permite la consolidación y centralización de las funciones de gestión logística, proporcionando un apoyo «de la cuna a la tumba» y permitiendo a sus clientes lograr economías de escala. Más de 60.000 empresas están registradas en el archivo fuente de la NSPA, de las cuales 10.000 están haciendo negocios activamente con los clientes de la NSPA.NSPA es una agencia financiada por el cliente, que opera sobre una base de "sin ganancias, sin pérdidas". La actividad empresarial se ha multiplicado casi por cuatro en la última década, alcanzando un volumen de negocio anual de 4.000 millones de euros. Obtenido de https://www.nspa.nato.int/about (Consultado el 2 de septiembre de 2021).

- La Organización de Ciencia y Tecnología de la OTAN (STO)[253] con sede en Bruselas, es la principal organización de Investigación en Ciencia y Tecnología de la OTAN, cuyo objetivo es satisfacer, obteniendo el máximo beneficio posible, las necesidades colectivas de la OTAN y las de sus miembros.

Como resultado de la nueva organización, el conjunto de ciencia y tecnología se suministra a través de dos modelos de gestión complementarios[254]:

- Un modelo colaborativo, donde la OTAN proporciona un foro donde las naciones de la OTAN y sus aliados pueden utilizar sus propios recursos nacionales para definir, promover y realizar investigación tecnológica en cooperación. El máximo exponente de este modelo es la STO, cuyas actividades son apoyadas por la nueva Oficina de Apoyo Colaborativo (*Collaboration Support Office*, CSO), que ha sustituido a la RTA (*Research & Technology Agency*) radicada en París. El conjunto de actividades de I+T en colaboración que se realizan en la STO se promueven y gestionan desde los Paneles Técnicos. Cada uno de estos paneles se ocupa de un área tecnológica concreta y juntos cubren el espectro completo de tecnologías de aplicación a defensa[255]. El trabajo científico y tecnológico de la STO lo llevan a cabo los denominados Grupos de Trabajo Técnicos (*Technical Teams*). Son

[253] Establecida formalmente el 1 de Julio de 2012 como resultado del proceso de reforma de las agencias de la OTAN, ha asumido las funciones y actividades en ciencia y tecnología que hasta esta fecha eran responsabilidad de la RTO (*Research and Technology Organization*), organización que ha estado operativa desde el año 1998 hasta la fecha citada anteriormente. La STO constituye la mayor organización internacional dedicada a la cooperación en I+T de defensa, cuenta con más de 5000 expertos pertenecientes a los países OTAN y a las naciones aliadas y en su seno se realiza una media de 175 actividades al año. A lo largo de estos años, la STO y las organizaciones que la precedieron han proporcionado un foro eficaz desde el que promover y dirigir la cooperación en I+T de defensa y el intercambio de información científica y técnica entre las naciones OTAN y sus aliados. Para ello, incluye Oficina de Programas para Ciencia y Tecnología Colaborativa. Asimismo, la STO integra en su estructura un Centro de Investigación y Experimentación Marítima.(antiguo NURC (NATO *Undersea Research Centre*), que ha pasado a denominarse CMRE (*Centre for Maritime Research and Experimentation*). https://www.sto.nato.int/Pages/default.aspx (Consultado el 10 de octubre de 2021).

[254] https://www.tecnologiaeinnovacion.defensa.gob.es/es-es/Presentacion/OrganismosInternacionales/Paginas/RTO.aspx

[255] En la actualidad, la STO cuenta con los siguientes paneles:
AVT (*Applied Vehicle Technology*): Panel de Tecnología aplicada a vehículos
HFM (*Human Factors and Medicine*): Panel de Medicina y factores humanos
IST (*Information Systems Technology*): Panel de Tecnologías de los sistemas de información
SAS (*System Analysis and Studies*): Panel de Estudios y análisis de sistemas.
SCI (*Systems Concepts and Integration*): Panel de Conceptos e integración de sistemas.
SET (*Sensors & Electronics Technology*): Panel de Tecnología de sensores y electrónica.
NMSG (*NATO Modelling and Simulation Group*): Grupo OTAN de modelado y simulación.

grupos temporales que se establecen dentro de las áreas tecnológicas de la STO para la realización de actividades específicas, que pueden abarcar desde la realización de estudios sobre temas científicos, tecnológicos u operativos hasta la organización de eventos como simposios, conferencias y talleres (*workshops*), pasando por la realización de demostraciones y experimentos tecnológicos.

- Un modelo de suministro propio de ciencia y tecnología orientado al ámbito marítimo, donde este tipo de actividades se realizan en el Centro de Investigación y Experimentación Marítima (*Centre for Maritime Research and Experimentation*, CMRE) que, siendo parte de la organización, cuenta con las infraestructuras, medios y personal necesarios.

- La Oficina de Normalización de la OTAN (NSO), con sede en Bruselas, presta apoyo y administra las actividades de normalización bajo la autoridad del Comité de Normalización (CS). La ONS también informa al Comité Militar de la normalización operativa.

La normalización OTAN tiene por objeto el desarrollo de conceptos, doctrinas, procedimientos y diseños para alcanzar mayores niveles de intercambiabilidad, interoperabilidad e identidad en los campos operativo, administrativo y de materiales de las fuerzas de la Alianza Atlántica.

Su objetivo fundamental es, por tanto, conseguir la interoperabilidad en las operaciones conjuntas, atendiendo a las lecciones aprendidas y las necesidades operativas. La documentación OTAN, principalmente consta de:

- Los Acuerdos de Normalización OTAN, más conocidos como STANAG (acrónimo en inglés de *STANdardization AGreement*), permiten la obtención de los fines anteriores, normalizando los aspectos que en los campos operativo, administrativo y de materiales de las fuerzas de la alianza atlántica, se consideren fundamentales y críticos para lograr un elevado nivel de interoperabilidad[256].

[256] Las posturas de las naciones respecto de los STANAG pueden ser:
RATIFICACIÓN E IMPLANTACIÓN. Se implanta un STANAG cuando se está de acuerdo con su contenido, y la nación toma la decisión de ponerlo en práctica.
Obligaciones que supone para la nación que implanta. Poner en práctica lo que el STANAG indica, a partir de la fecha que la nación ha decidido y comunica a la OTAN.

- STANREC (Acrónimo en inglés de *STANdardization RECommendation*). Recomendación de Normalización OTAN. Es un documento normativo usado exclusivamente en el campo de los materiales, que lista uno o varios Standards de la OTAN o ajenos a la OTAN referentes a actividades de la Alianza, pero que no afectan a requerimientos de interoperabilidad. Es un documento no vinculante y de uso voluntario que no requiere compromiso de implantación. Se aprueban por procedimiento de silencio.
- AP (Acrónimo en inglés de *Allied Publication*), Publicación Aliada. Es un documento normativo desarrollado o seleccionado en el marco de un proceso normativo OTAN. Es un documento no vinculante y de uso voluntario que no requiere compromiso de implantación. Se aprueban por procedimiento de silencio.

RATIFICACIÓN E IMPLANTACIÓN CON RESERVAS. Se implanta un STANAG con reservas cuando se está de acuerdo total o parcialmente con su contenido, y la nación toma la decisión de ponerlo en práctica, pero manifestando alguna reserva a su aplicación.
Reservas. Son restricciones que la nación pone a su implantación. Estas restricciones pueden ser, no aplicar el STANAG en alguna de sus partes, utilizarlo con alguna limitación, hacerlo a un tipo determinado de material u otras similares que impiden su aplicación completa. Todo ello por no poderse llevar a la práctica, tener medios equivalentes, parcialmente insuficientes o no ser oportuno hacerlo por razones económicas, logísticas u otras.
Obligaciones que supone para la nación que implanta. Cumplir con aquellas partes que se implantan a partir de la fecha que la nación decida.
RATIFICACIÓN Y FUTURA IMPLANTACIÓN. Se propone la futura implantación de un STANAG cuando estando de acuerdo con su contenido, no se puede o conviene comprometerse con su cumplimiento en una fecha determinada.
Obligaciones adquiridas por la nación que implanta en un futuro. Ninguna a corto plazo, aunque existe el compromiso tácito de implantarlo en un futuro determinado y comunicar a la OTAN la fecha de implantación, en cuanto sea posible establecerla. En dicho momento, siempre cabe la posibilidad de incluir las reservas que se estimen oportunas.
La futura implantación de un STANAG no impide la utilización nacional de aquella parte o partes que interesen o puedan llevarse a la práctica.
NO RATIFICAR. No se ratifica un STANAG cuando se está en desacuerdo, total o parcialmente con su contenido.
Obligaciones adquiridas por la nación que no ratifica. Ninguna.
Justificación de la decisión. Se debe justificar la decisión y tener en cuenta las implicaciones de la no ratificación en la interoperabilidad con las fuerzas de las naciones miembros de la Alianza.
NO PARTICIPAR. No se participa en un STANAG cuando no se tiene relación con su contenido, no se dispone de personal para su estudio o no se desea participar. Es una abstención, que no impide que dicho STANAG se promulgue.
Obligaciones adquiridas por la nación que no participa. Dicha postura se mantendrá para posteriores ediciones, aunque se podrá cambiar y se seguirán recibiendo los Ratification Drafts para su consideración.
Justificación de la decisión. Se debe justificar la decisión y tener en cuenta las implicaciones de la no participación en la interoperabilidad con las fuerzas de las naciones miembros de la Alianza.
https://www.defensa.gob.es/portalservicios/servicios/industriadefensa/normalizacion/#:~:text=La%20normalizaci%C3%B3n%20OTAN%20tiene%20por,fuerzas%20de%20la%20Alianza%20Atl%C3%A1ntica. (Consultado el 10 de octubre de 2021).

c) Otras Agencias de la OTAN.

Además de las Agencias citadas, en la OTAN existen otras creadas para la gestión de programas específicos, como la Agencia OTAN de Gestión del Eurofighter y del Tornado NETMA (*NATO EF 2000 y Tornado Development Production*).[257] Es responsable del desarrollo conjunto y la producción de la Aviones de combate europeos de la OTAN (Eurofighter) y para proporcionar apoyo en servicio al avión de combate polivalente de la OTAN (Tornado) y está financiada por los cuatro países miembros: Alemania, Italia, España y Reino Unido.

Para concluir este estudio, hay que hacer referencia a otros programas de la OTAN que no se limitan al suministro y apoyo logístico del armamento y material que necesitan sus miembros, como el Programa de Inversiones de Seguridad de la OTAN (*NATO Security Investment Programme*, NSIP) cuyo objetivo es financiar las infraestructuras[258] y equipamientos necesarios para aquellas funciones de los mandos estratégicos de la OTAN (ACO y ACT) que, según el acuerdo general, superan las necesidades de defensa nacional de los distintos países miembros.

[257] Se creó fusionando el antiguo Combate Multirole de la OTAN Agencia de Gestión de Producción y Desarrollo de Aeronaves (NAMMA) con la Agencia de Gestión de Desarrollo, Producción y Logística de la OTAN EFA (NEFMA) y es el órgano ejecutivo creado para administrar las funciones de dos Organizaciones de Producción y Logística de la OTAN Organizaciones (NPLO). Los dos NPLO son NAMMO (NATO Multi-Role Combat Organización de Gestión de Desarrollo, Producción y Soporte en Servicio de Aeronaves) y NEFMO (Desarrollo, producción y producción de aviones de combate europeos de la OTAN).

[258] El término infraestructura comprende todos los edificios e instalaciones necesarias para apoyar fuerzas militares, así como los equipos y sistemas necesarios para el desarrollo de planes operativos, que permitan a los mandos y fuerzas operar con eficacia y eficiencia. Las inversiones cubren aeródromos, oleoductos y plantas de almacenamiento de combustibles, puertos, sistemas de comunicaciones e informáticos, ayudas y radares de navegación, y cuarteles generales. El sistema de gestión financiera utilizado en el NSIP está basado en un proceso de compensación financiera internacional. Las naciones informan de los gastos que prevén para los proyectos autorizados de los que son responsables. En la mayoría de las ocasiones, los gastos de las naciones o superan o no alcanzan las contribuciones acordadas para el presupuesto, así que con el proceso de compensación financiera internacional estas desigualdades se compensan mediante la transferencia de fondos entre naciones. Una vez concluido un proyecto, se somete a una inspección final conjunta que garantiza que el trabajo realizado está de acuerdo con el autorizado. Solo tras la aceptación de este informe por parte del IC, la OTAN asume formalmente la responsabilidad del trabajo y de la capacidad que se va a obtener.

I.2.B. Organizaciones internacionales en el ámbito europeo.

a) La Agencia Europea de Defensa (EDA)

La Agencia Europea de Defensa (*European Defence Agency*, EDA) es la agencia de la UE encargada de ayudar a los Estados miembros a desarrollar sus capacidades de defensa para hacer frente a las situaciones de crisis.

El Consejo Europeo de Salónica, de 19 y 20 de junio de 2003, encomendó a las instancias competentes del Consejo que emprendieran las acciones necesarias para la creación, en el transcurso de 2004, de una agencia intergubernamental en el ámbito del desarrollo de las capacidades de defensa, la investigación, la adquisición y el armamento.

Dicha agencia, que estaría bajo la autoridad del Consejo, y abierta a la participación de todos los Estados miembros, tendría por objetivo el impulso de las capacidades de defensa en el ámbito de la gestión de crisis, el fomento y la intensificación de la cooperación europea en materia de armamento, el fortalecimiento de la base tecnológica e industrial de la defensa europea (BTID) y la creación de un mercado europeo competitivo de material de defensa, así como el fomento, en relación con las actividades de investigación comunitarias, en su caso, de una investigación que permitiera alcanzar una posición de vanguardia en tecnologías estratégicas para las futuras capacidades de defensa y seguridad, fortaleciendo así el potencial industrial de Europa en este ámbito.

En el Consejo Europeo de Bruselas, de 17 y 18 de junio de 2004, se adoptó la *Acción Común 2004/551/PESC del Consejo, de 12 de julio de 2004, relativa a la creación de la Agencia Europea de Defensa*, posteriormente modificada por la *Acción Común 2008/299/PESC del Consejo, de 7 de abril de 2008*[259].

[259] Las disposiciones financieras aplicables a la ejecución y el control del presupuesto general de la EDA figuran en el anexo de la Decisión 2004/658/PESC del Consejo, de 13 de septiembre de 2004, relativa a las disposiciones financieras aplicables al presupuesto general de la Agencia Europea de Defensa. Esta decisión fue modificada por la Decisión 2005/821/PESC del Consejo, de 21 de noviembre de 2005. Por otro lado, la Decisión 2004/676/CE del Consejo, de 24 septiembre 2004, relativa al Estatuto del personal de la Agencia Europea de Defensa se aplicará al personal contratado por la misma. Esta decisión fue modificada por la Decisión 2007/215/CE del Consejo, de 29 de enero de 2007. Y también de la misma fecha, la Decisión 2004/677/CE del Consejo, de 24 septiembre 2004, relativa al Régimen aplicable a los expertos y militares nacionales destinados en comisión de servicio en la Agencia Europea de Defensa. Esta decisión fue modificada, en lo relativo a la duración mínima de la comisión de servicio, por la Decisión

La EDA, con sede en Bruselas y abierta a la participación de todos los Estados miembros de la UE, se crea en el ámbito del desarrollo de las capacidades de defensa, la investigación, la adquisición y el armamento. Actúa bajo la autoridad del Consejo, en apoyo a la Política Exterior de Seguridad Común (PESC) y la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD), dentro del marco institucional único de la UE y sin perjuicio de las responsabilidades de las instituciones de la UE y los organismos del Consejo.

Tiene como misión apoyar al Consejo y a los Estados miembros en su esfuerzo por mejorar las capacidades de defensa de la UE en el ámbito de la gestión de crisis y respaldar la PCSD en su situación actual y conforme vaya evolucionando en el futuro.

Los principales ámbitos de trabajo de la EDA serán los siguientes:

1. Desarrollo de capacidades de defensa en el ámbito de la gestión de crisis, especialmente mediante:

- La determinación, en asociación con las instancias competentes del Consejo y recurriendo al mecanismo de desarrollo de capacidades (MDC), de las futuras necesidades en capacidades de defensa de la UE en términos cuantitativos y cualitativos (tanto por lo que se refiere a las fuerzas como al equipamiento).

- La coordinación de la ejecución del PAEC y de cualquier plan que le suceda.

- El examen, apreciación y evaluación, en función de unos criterios que habrán de acordar los Estados miembros, de los compromisos de capacidades asumidos por estos a través del proceso del PAEC y recurriendo al MDC.

- El fomento y la coordinación de la armonización de las necesidades militares.

2007/216/CE del Consejo, de 29 de enero de 2007. La Decisión 2007/643/PESC del Consejo, de 18 de septiembre de 2007, relativa al reglamento financiero de la Agencia Europea de Defensa y a las normas sobre contratación pública y sobre contribuciones financieras con cargo al presupuesto operacional de la Agencia Europea de Defensa especifica y completa las disposiciones financieras de la Acción Común 2004/551/PESC relativa a la creación de la Agencia Europea de Defensa, para garantizar, entre otras cosas, cierta coherencia con las pertinentes normas comunitarias. Explicita el reglamento financiero de la EDA y, más concretamente, los principios aplicables al presupuesto general y a su ejecución, así como el calendario de informes financieros y la auditoría anual. Enumera, asimismo, de forma detallada las disposiciones (ámbito de aplicación, procedimientos, sanciones, etc.) y las modalidades de ejecución de las normas de contratación pública y de las contribuciones financieras con cargo al presupuesto operacional de la EDA.
Memorandos de entendimiento en el ámbito del Ministerio de Defensa, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, págs. 70 y 71.

- La determinación y la propuesta de actividades de colaboración en el ámbito operativo.

- La presentación de evaluaciones de las prioridades financieras en los ámbitos del desarrollo de capacidades y de la adquisición.

2. Fomento y mejora de la cooperación europea en materia de armamento, especialmente mediante:

- El fomento y la propuesta de nuevos proyectos multilaterales de cooperación con el fin de dar respuesta a las necesidades de la PCSD en materia de capacidades, tanto en su estado actual como en su evolución futura.

- Una labor de coordinación de programas existentes aplicados por los Estados miembros.

- La asunción, a petición de los Estados miembros, de la responsabilidad de la gestión de programas específicos (a través de la OCCAR o, si procede, de otros sistemas de gestión de programas).

- La promoción de una contratación rentable y eficaz mediante la determinación y difusión de las mejores prácticas.

3. Fortalecimiento de la BTID y fomento de la creación de un mercado europeo de material de defensa que sea competitivo en el ámbito internacional, especialmente mediante:

- El desarrollo de políticas y estrategias adecuadas, en consulta con la Comisión Europea y, si procede, con la industria.

- La prosecución del establecimiento y la armonización, en el ámbito de la UE, de las normas y reglamentaciones pertinentes (en particular mediante la aplicación en el ámbito de la UE de las normas pertinentes del acuerdo marco hecho en Farnborough el 27 de julio de 2000).

4. Aumento de la eficacia de la I+T europea de defensa, especialmente mediante:

- El fomento de la investigación encaminada a dar respuesta a las futuras necesidades en capacidades de defensa y seguridad, reforzando de este modo el potencial industrial y tecnológico de Europa en este ámbito.

- El fomento de una I+T conjunta de defensa con unos objetivos mejor establecidos, aprovechando la experiencia de los elementos pertinentes del GAEO (WEAG *Western European Armaments Group* «Grupo de Armamento de Europa Occidental») y de la OAEO (WEAO o *Western European Armaments Organisation* «Organización de Armamento de Europa Occidental»).

- La coordinación y planificación de actividades conjuntas de investigación.

- La catalización de la I+T de defensa mediante estudios y proyectos.

- La gestión de los contratos de la I+T de defensa.

- La colaboración con la Comisión Europea para conseguir un máximo de complementariedad y de sinergia entre programas de investigación en materia de defensa y en materia civil o de seguridad.

El director de la EDA es el secretario general/alto representante de la PESC, que será responsable de la organización y el funcionamiento general de la misma y garantizará que las directrices impartidas por el Consejo y las decisiones de la Junta Directiva sean ejecutadas por el director ejecutivo, que le informará al respecto.

También será responsable de la negociación de acuerdos administrativos con terceros Estados y otras organizaciones, grupos o entidades de conformidad con las directrices impartidas por la Junta Directiva.

El órgano de decisión de la EDA será la Junta Directiva compuesta por un representante de cada Estado miembro participante, facultado para comprometer a su Gobierno, y por un representante de la Comisión Europea.

La Junta Directiva actuará con arreglo a las directrices impartidas por el Consejo.

Con el fin de cumplir sus misiones, la EDA podrá suscribir acuerdos administrativos con terceros Estados, organizaciones y entidades.

La EDA establecerá estrechas relaciones de trabajo con los elementos pertinentes del GAEO o la OAEO, del acuerdo marco hecho en Farnborough el 27 de julio de 2000 y de la OCCAR con vistas a incorporar o asimilar sus principios y prácticas en el momento oportuno, según corresponda, y de mutuo acuerdo.

Las relaciones de trabajo entre la EDA y las instancias correspondientes de la OTAN se definirán mediante acuerdos administrativos, respetando plenamente el marco establecido para la cooperación y la consulta entre la UE y la OTAN.

El *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, firmado el 13 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, incorpora a la EDA entre las instituciones europeas para apoyar la nueva PCSD.

Recoge, en su artículo 45, las misiones de la EDA:

- Contribuir a definir los objetivos de capacidades militares de los Estados miembros y a evaluar el respeto de los compromisos de capacidades contraídos por los mismos.

- Fomentar la armonización de las necesidades operativas y la adopción de métodos de adquisición eficaces y compatibles.

- Proponer proyectos multilaterales para cumplir los objetivos de capacidades militares y coordinar los programas ejecutados por los Estados miembros y la gestión de programas de cooperación específicos.

- Apoyar la investigación sobre tecnología de defensa y coordinar y planificar actividades de investigación conjuntas y estudios de soluciones técnicas que respondan a las futuras necesidades operativas.

- Contribuir a definir y, en su caso, aplicar cualquier medida oportuna para reforzar la base industrial y tecnológica del sector de la defensa y para mejorar la eficacia de los gastos militares.

La EDA se ha convertido en una institución clave de la PCSD. El nuevo *Tratado de la Unión Europea* dota ahora a la misma de una sólida base legal y refrenda de manera explícita sus cometidos en el ámbito de la dotación de las capacidades, medios y equipos que precisa la UE para llevar a cabo esta política. Además, le da una importancia inusual ya que en él no se hace referencia a las demás agencias de la UE. Esta importancia se ha puesto especialmente de manifiesto con la puesta en marcha de la Cooperación Estructurada Permanente (PESCO) y del Plan de Acción Europeo de la Defensa, tal y

como se analizará posteriormente y que ha supuesto, tal y como acordaron los Estados miembros en mayo de 2017[260], que la EDA se convierta en el operador central de las actividades relacionadas con la defensa financiadas por la UE.

Asimismo, una vez autorizado el acuerdo para el intercambio de información clasificada[261] y tras la firma del acuerdo administrativo entre la EDA y la OCCAR el 27 de julio de 2012[262], se han establecido las reglas de colaboración entre ambas organizaciones, de modo que la EDA se ocupe del diseño de los programas y la OCCAR de su gestión y ejecución.

En este sentido, es importante resaltar, tal y como hace FERNÁNDEZ-PIÑEYRO, que la EDA no es una Agencia dedicada a la adquisición de equipos de defensa, sino «una agencia que pretende desarrollar una política racional de armamentos a escala europea que basada en el análisis de sus capacidades, trata de poner en común los hasta ahora mundos separados de la investigación, el desarrollo, la cooperación, la industria y el mercado de defensa»[263].

Asimismo, y en cuanto a la metodología de trabajo de la Agencia, señala ALFONSO MEIRIÑO que se maneja un concepto muy importante para su desarrollo y es el denominado de «geometría variable» por el que, si bien los proyectos que se lancen seguirán en principio el criterio del «option out», es decir, que se participa en ellos a no ser que se indique lo contrario, se reconoce que no todos ellos deben lanzarse siempre para todos sus miembros, sin que ello suponga un freno para llevar adelante los proyectos que se determinen[264].

---

[260] https://eda.europa.eu/docs/default-source/documents/ltr-conclusions-and-recommendations.pdf (Consultado el 10 de octubre de 2021).

[261] Decisión 2012/486/PESC del Consejo, de 23 de julio de 2012, relativa a la firma y celebración del Acuerdo entre la Organización Conjunta de Cooperación en Materia de Armamento y la Unión Europea sobre la protección de información clasificada.

[262] Disponible en https://eda.europa.eu/docs/default-source/documents/aa---eda---occar-27-07-12.pdf (Consultado el 10 de octubre de 2021).

[263] FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, E., «Disposición adicional 1ª», en JIMÉNEZ APARICIO, E. (Coord.) *Comentarios a la legislación de contratación pública*, II, Aranzadi, Cizur-Menor, 2016, pág. 1649.

[264] ALFONSO MEIRIÑO, A., «La creación de la Agencia Europea de Defensa», en *La Agencia Europea de Defensa: Pasado, presente y futuro*, Monografías del CESEDEN, Ministerio de Defensa, 2009, pág. 42.

b) La Organización Conjunta de Cooperación en Materia de Armamento (OCCAR)

La Organización Conjunta de Cooperación en Materia de Armamento (*Organisation Conjointe de Coopération en matière d'Armement* OCCAR) es una organización europea creada para establecer mecanismos más eficaces y más eficientes en la gestión de determinados programas conjuntos de armamento.

El 12 de noviembre de 1996, Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido constituyeron la OCCAR mediante la firma de un Memorando de Entendimiento (MOU) que no le otorgaba personalidad jurídica, en el que se establecían los principios, la estructura inicial de la organización y los programas de armamento ya iniciados que le serían transferidos. Posteriormente, el9 de septiembre de 1998, en Farnborough (Reino Unido), los mismos países firmaron un convenio con el fin de conferirle personalidad jurídica. Este Convenio, que como señala el General MEIRIÑO, director de la OCCAR desde 2016 a 2019, se basaba en los llamados «Principios de Baden-Baden», acordados por Francia y Alemania en 1995, le atribuyó la misión específica de promover la cooperación, mejorar la eficiencia y reducir los costes de los programas de adquisición de armamento, «todo ello con la visión de convertirse en un centro de excelencia europeo en la gestión de programas complejos de obtención de sistemas de defensa que dieran solución a las carencias de capacidades militares del Viejo Continente»[265]. En la misma se recogían los principios y la estructura legal de la OCCAR. Dicho convenio, previa ratificación por los parlamentos nacionales, entró en vigor el 28 de enero de 2001. Bélgica se adhirió el 27 de mayo de 2003 y España el 1 de diciembre de 2004[266], siendo miembro de pleno derecho desde el 6 de enero de 2005.

La OCCAR fue creada con el deseo de incrementar la cooperación en materia de armamento para mejorar la eficacia y reducir los costes. Para ello era necesario desarrollar y optimizar nuevos métodos de gestión de programas, hacer más eficaces los

[265] ALFONSO MEIRIÑO, A., «20 años de contribución a la defensa europea», *Revista Española de Defensa*, nº 353, Ministerio de Defensa, Madrid, septiembre de 2018, págs. 46 a 49.

[266] Instrumento de Adhesión de España al Convenio entre el Gobierno de la República Francesa, el Gobierno de la República Federal de Alemania, el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la creación de una Organización conjunta de Cooperación en materia de armamento (OCCAR), hecho en Farnborough el 9 de septiembre de 1998 («BOE» núm. 27, de 1 de febrero de 2005).

procedimientos de adjudicación de contratos y fomentar la creación de contratistas principales, transnacionales y verdaderamente integrados, del sector industrial.

Así, los principios de esta organización son los siguientes:

1. Mejora de la eficacia y de la eficiencia, así como reducción de los costes.

2. Armonización de los requisitos tecnológicos.

3. Refuerzo de la competitividad de la Base Industrial y Tecnológica de la Defensa (BITD).

4. Renuncia al justo retorno industrial calculado anualmente y programa a programa en beneficio del equilibrio global plurianual y multiprogramático.

5. Apertura a otros países europeos.

La sede de la OCCAR se fijó en Bonn (Alemania) y se convino que la OCCAR realizaría las siguientes funciones:

- Gestión de programas conjuntos en curso y futuros, que podrá comprender control de la configuración y apoyo interno, así como actividades de investigación.

- Gestión de programas nacionales de los Estados miembros que se le asignen.

- Elaboración de especificaciones técnicas comunes para el desarrollo y adquisición de los equipos que se determinen de manera conjunta.

- Coordinación y planificación de actividades de investigación conjuntas y, en cooperación con el personal militar apropiado, estudios sobre soluciones técnicas para responder a futuras necesidades operativas.

- Coordinación de las decisiones nacionales adoptadas en relación con la BITD.

- Coordinación de las inversiones de capital y de la utilización de las instalaciones de pruebas.

La OCCAR está integrada por la BOS (*Board of Supervisors* «Junta de Supervisores») y por la OCCAR-EA (*Executive Administration* «Administración Ejecutiva»).

La BOS, en la que cada Estado miembro cuenta con un representante (los Ministros de Defensa o sus representantes, generalmente los Directores Nacionales de

Armamento) es la máxima autoridad decisoria en el seno de esta organización y se ocupa de la dirección y supervisión de la OCCAR-EA y de todos los comités.

La BOS puede delegar determinadas funciones en los comités apropiados. Hay un comité de actividades futuras y los comités de programas.

La BOS designa al director, a su adjunto y al resto del personal ejecutivo de la OCCAR-EA. La OCCAR-EA es el órgano ejecutivo permanente responsable de llevar a cabo las decisiones de la BOS.

La OCCAR-EA cuenta con una Oficina Central, con sede en Bonn, y con las Divisiones de programas, a cada una de las cuales se asignará uno o más programas, y cuentan con las facultades necesarias para encargarse de la gestión diaria con el mayor grado posible de autonomía, concediéndose especial prioridad al nivel de ejecución y a la gestión de riesgos, al análisis del valor y a la contención de los costes, según las normas adoptadas por el BoS[267].

Las decisiones relativas a la ejecución de cada programa concreto se adoptarán únicamente por los representantes de los Estados miembros que participen en el mismo.

La integración de un programa en la OCCAR[268] tiene lugar a través de tres elementos básicos:

- La decisión de la BOS en relación con la autorización de la integración del programa en la OCCAR.

[267] http://www.occar.int/organisation (Consultado el 7 de noviembre de 2021).

[268] Actualmente, la OCCAR tiene la responsabilidad de gestionar una serie de programas:
A400M: avión de transporte militar de carácter táctico y estratégico. Participan Alemania, Bélgica, España, Francia, Reino Unido y Turquía.
BOXER: vehículo acorazado multipropósito de ruedas, cuya principal característica es la modularidad. Participan en el programa Alemania, Países Bajos.
COBRA: radar contrabatería montado sobre plataforma de ruedas. Participan Francia, Alemania y Turquía.
ESSOR: programa que proporciona la base para el desarrollo de productos basados en radio segura mediante software. Participan Francia, Italia, España, Finlandia Suecia y Polonia.
FREMM: conjunto de fragatas multi-propósito. Participan Francia e Italia.
FSAF-PAAMS: familia futura de mísiles superficie-aire. Lo constituyen Francia, Italia y Reino Unido.
TIGER: helicóptero de ataque capaz de operar en las más variadas condiciones. Participan, Alemania, España y Francia.
https://www.defensa.gob.es/Galerias/dgamdocs/OCCAR.pdf (Consultado el 7 de septiembre).

- El MOU, que será firmado por las naciones participantes en el programa y constituye su compromiso oficial respecto del mismo, incluyendo el número de unidades que cada nación va a adquirir.

- La decisión de la BOS en relación con la forma en que el programa será gestionado por la OCCAR y la descripción de los principios y las reglas a aplicar.

Asimismo, al igual que la EDA, la OCCAR está llamada a desarrollar un papel relevante en relación con los programas incluidos en la Cooperación Estructurada Permanente (PESCO) y el Programa de Desarrollo Industrial de Defensa Europeo (EDIDP), como el programa MALE RPAS (sistema europeo de aeronaves pilotadas remotamente de larga duración y altitud media).

I.3. La Industria de defensa.

En un sentido amplio, la industria de defensa comprendería toda la industria que suministra los bienes y servicios necesarios para la defensa nacional. No obstante, en una acepción más específica, que es la que se utiliza en el presente trabajo, puede definirse, siguiendo a GARCÍA ALONSO[269], como la que manufactura productos de uso inequívocamente militar, excluyendo aquellos bienes (como alimentos, vestuario, combustibles, etc.) de uso predominantemente civil en una sociedad no militarizada. Siendo uno de sus principales rasgos identificativos el contar con unas características propias diferentes a las de otros sectores económicos, siendo estas características las que van a determinar su régimen jurídico específico, siendo uno de los principales objetivos del presente trabajo identificar dichas características para extraer dichas especialidades e identificar los principios propios de la contratación administrativa en el sector de la defensa.

Esta industria que suministra los bienes de defensa se caracteriza por estar formada por un reducido número de empresas que posean las capacidades necesarias para desarrollar las diferentes fases que el suministro requiere y para integrar los componentes que el producto final necesita. De este modo, si bien existe es mayor el número de

[269] GARCÍA ALONSO, J. M. «Introducción a la industria de la defensa en España» , en *Gasto militar y crecimiento económico. Aproximación al caso español, Cuaderno de Estrategia número 64 del CESEDEN* Abril, 1994.

empresas que desarrollan determinados componentes y que actúan como subcontratistas, las empresas con capacidad tractora y de integración de productos y que pueden actuar como contratista principal son muy limitadas, fundamentalmente multinacionales[270]. Asimismo, en el caso de la empresa que desarrolle exitosamente la fase de I+D+I obtendrá una posición monopolística en el mercado para ese equipo durante un largo periodo de tiempo, dada la dificultad de su sustitución al ser productos especialmente diseñados a medida. De ahí que se hable de un mercado «cautivo», con la incidencia que puede tener esa circunstancia en la determinación del precio.[271]

De ahí que pueda afirmarse, con el profesor FONFRÍA, que en términos de estructura del mercado, la industria de la defensa se encuentra en una situación de importante grado de oligopolio a lo largo del tiempo, –incluso de monopolio, en algunos casos–, desde el lado de la oferta y, de cuasi-monopsonio desde la perspectiva de la demanda, ya que el principal cliente de la producción militar, aunque no el único, es el Ministerio de Defensa.[272]

Asimismo, es frecuente calificar el mercado de producción de Armamento y Material, como un «cuasi» monopolio bilateral, ya que por el lado de la demanda se encuentra el Ministerio de Defensa actuando principalmente como «cliente único», y por el lado de la oferta se encuentran unos proveedores casi siempre exclusivos, e identificar como solución a los problemas que plantea este «cuasi» monopolio bilateral la regulación del mercado, la cooperación entre las partes y el establecimiento de acuerdos estratégicos que maximicen los beneficios de ambos, el Ministerio de Defensa y los proveedores de la Industria[273].

---

[270] MARTÍ SEMPERE, C., La industria de defensa. Principales características y eficiencia de un sector estratégico. *Economía industrial*, Nº 388, 2013 (Ejemplar dedicado a: PYME y emprendimiento innovador), págs. 169 a 182. Como señala en la pág. 173: «En lo que se refiere a los vendedores, el mercado de la defensa se caracteriza por tener un carácter de oligopolio y monopolio. El número de empresas o consorcios capaces de suministrar un determinado sistema o producto suele ser limitado y con frecuencia solo unos pocos están en condiciones de presentar una oferta. Y en algunos segmentos del mercado, el proveedor es único. Estos proveedores son habitualmente grandes empresas capaces de gestionar la complejidad del suministro y su cadena de valor asociada».

[271] CASTILLO MASETE, J. A., «El mercado de defensa», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, Nº 806 Publicaciones de Defensa, Madrid, septiembre 2011.

[272] FONFRÍA MESA, ANTONIO. «Efectos del gasto militar sobre la rentabilidad de la industria de defensa en España» en *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. Serie economía*, Nº 23, 2009, págs. 3 a 27.

[273]Cuadernos de política industrial de defensa. Cuaderno 3: fundamentos económicos del mercado de la industria de defensa. Ministerio de Defensa, Madrid 2010, disponible en

I.3.A. Caracteres especiales de la industria de defensa dentro del sector público industrial.

a) Carácter estratégico.

El carácter estratégico del sector industrial de la defensa deriva su vinculación con la defensa nacional, siendo una de sus capacidades esenciales, pero también de su valor económico y tecnológico y su capacidad de genera riqueza y rentas, al caracterizarse por la creación de valor, la innovación, el uso de tecnologías avanzadas utilizables en otros sectores de la economía, el empleo de mano de obra altamente cualificada, y la mejora de la balanza comercial gracias a la reducción de importaciones de material de defensa y a las exportaciones[274].

De ahí que la Estrategia de Seguridad Nacional 2021, incluya entre los objetivos y líneas de acción estratégicas en el ámbito de la defensa nacional el de «Reforzar las capacidades de defensa a través de la investigación, el desarrollo y la innovación tecnológica como vectores de ventaja estratégica» y «Desarrollar el sector industrial de la defensa, la seguridad y el espacio, así como las tecnologías duales, mediante la cooperación público-privada y el aprovechamiento de sinergias con las herramientas existentes tanto en el marco nacional como de las Organizaciones Internacionales de Seguridad y Defensa a las que pertenece España, en particular los Fondos Europeos de Defensa y la Cooperación Estructurada Permanente de la Unión Europea».

Por ello, la necesidad de mantener las capacidades estratégicas alcanzadas y fomentar el desarrollo de nuevas capacidades justifican la necesidad de adoptar medidas por parte del Estado tendentes a proteger este sector industrial[275].

---

https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/c/u/cuaderno_isdefe_03.pdf (Consultado el 10 de octubre de 2021).

[274] MARTÍ SEMPERE, C. «La industria de defensa… op. cit. págs. 169 a 182.

[275] En el Documento «Perspectivas de la Industria De Defensa» editado en 2019, el Ministerio de Defensa destaca la necesidad de apoyar a esta industria en una tarea compartida por las administraciones públicas y las empresas: «Por ello, la política industrial del Ministerio de Defensa tiene como objetivo potenciar el desarrollo industrial y tecnológico vinculado a la Defensa, en especial de aquellas capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad. Lograr la viabilidad, continuidad y sostenibilidad de una industria de defensa nacional robusta es una tarea compartida entre administraciones públicas y empresas, que deberán ser competitivas mediante la

De este modo, el suministro de bienes y la prestación de servicios por la industria nacional refuerza además los principios de «libertad de acción», «ventaja operativa» y «seguridad en el suministro», vinculados al concepto de «soberanía» y cuya necesidad de protección destaca el *Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, por el que se determinan las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional* (ACM de 2015), en tanto que permiten decidir el desarrollo de misiones de forma autónoma, sin necesidad de recurrir a la autorización de terceros países, en el empleo de un determinado recurso o tecnología del más alto nivel de desarrollo.

Por consiguiente, la vinculación de la industria de defensa con la soberanía nacional y la función esencial del Estado de garantizar su propia supervivencia han legitimado, y en mi criterio, deben continuar legitimando, la posibilidad de los Estados de adoptar medidas proteccionistas en este sector industrial[276], existiendo distintos instrumentos jurídicos que así lo permiten, tal y como se estudia en el presente trabajo. Y si bien es cierto que en los últimos tiempos las tendencias en este ámbito, singularmente en la Unión Europea, tratan de limitar o impedir estas medidas en defensa de los

innovación tecnológica y la capacidad de adaptación al entorno dinámico actual, contando con el adecuado apoyo y orientación de los entes públicos» (pág.12). Asimismo, el citado documento resalta las capacidades adquiridas por España «España es uno de los 12 países que cuenta con capacidad de fabricación del ciclo completo de un avión (diseño, producción, certificación y mantenimiento)» (pág.17), la importancia del sector naval «El sector naval tiene una importancia estratégica dada la posición geográfica y dimensión marítima española y el desarrollo económico y comercial asociado. Es el único sector en el que la presencia pública accionarial se ha mantenido, a través de Navantia, que actúa como gran empresa tractora» (pág.18), y el alcance general de esta política «La importancia de disponer de una base industrial y tecnológica de defensa robusta y consolidada trasciende de las necesidades de las Fuerzas Armadas por su impacto positivo en diferentes sectores, áreas geográficas y avances tecnológicos» (pág.26).
https://www.defensa.gob.es/Galerias/dgamdocs/Perspectiva-de-la-Industria-de-Defensa.pdf
(Consultado el 31 de octubre de 2021).

[276] Como señala el General GARCÍA MONTAÑO, que fue Director General de Armamento y Material del Ministerio de Defensa, «La estrategia seguida hasta hace pocos años en relación a la política industrial de defensa ha estado basada en tres pilares básicos:
• La priorización de las adquisiciones de armamento y material en el mercado nacional.
• La colaboración multinacional en aquellos casos en los que la complejidad técnica o económica de los sistemas hiciera inabordable su obtención, desde un punto de vista exclusivamente nacional, aplicando en estos casos el principio de «justo retorno», obteniendo una actividad industrial nacional proporcional al peso que se adquiría como socio financiero en cada programa.
• La compra directa en el exterior, obteniendo los máximos retornos industriales y tecnológicos, vía compensaciones, en el caso de no existir ni capacidad nacional para desarrollar los sistemas necesarios, ni oportunidad de participar en programas de cooperación internacional».
GARCÍA MONTAÑO, J.M. "La política industrial de defensa" en *Cuadernos de Estrategia 175 Industria Española de Defensa: Riqueza, tecnología y seguridad*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2015, pág. 114.

principios de libre competencia y libre mercado, en mi opinión las mismas deben subsistir, siempre que así sea necesario y no se pretenda su utilización con finalidades distintas de la garantía de la defensa nacional.

No obstante, la obtención de estas capacidades requiere la realización de importantes inversiones, que requieren de un presupuesto adecuado para su consecución y las búsqueda de alternativas como la cooperación internacional, pero, al mismo tiempo, le necesidad de garantizar la defensa nacional requiere huir de excesos que no sean asumibles, en lo que el ACM de 2015 denomina «principio de realidad», por lo que coincido con GARCÍA MONTAÑO[277] cuando señala que «toda estrategia o política que se pretenda hacia la consolidación del sector industrial de la defensa como una capacidad estratégica más de nuestras Fuerzas Armadas debe enfocarse en términos de viabilidad financiera y sostenibilidad en el tiempo, ahuyentando de esta forma cualquier tentación de intentar garantizar la soberanía nacional mediante la adquisición de todo un abanico de capacidades industriales o, en términos operativos, de capacidades militares, incompatible en su obtención y sostenimiento con la realidad presupuestaria y financiera del Estado»

b) Sector sometido a una fuerte intervención administrativa. Especial referencia al régimen de inversiones extranjeras.

Tras el proceso privatizador llevado a cabo a finales del Siglo XX, el sector de la defensa y la seguridad se caracteriza por ser, fundamentalmente, una actividad privada sometida a un importante control público.

Atendiendo a la normativa española, encontramos numerosos ejemplos de este control, que responden tanto a la peligrosidad y características del material producido como a la necesidad de garantizar la defensa nacional.

De este modo, frente al principio general de libertad de establecimiento para la instalación ampliación y traslado de las actividades industriales recogido en el artículo 4 de la Ley 21/1992, de 16 de julio de Industria, la fabricación de armas de guerra y equipamiento militar requiere de la preceptiva autorización por parte del Ministerio de

[277] *Ibidem,* págs. 113 y 114.

Defensa, al amparo de lo previsto en los artículos 28 y 29 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, en el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas y en Real Decreto 130/2017, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos, correspondiendo la inspección de las mismas y la autorización de salida a un ingeniero-inspector militar del Área de inspección industrial de la correspondiente Delegación de Defensa, bajo la dependencia funcional de la Dirección General de Armamento y Material del Ministerio de Defensa[278].

Asimismo, y al amparo del actual artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso requiere para las transferencias de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso la correspondiente autorización administrativa (artículo 4) del Ministro de Industria o de Hacienda (artículo 6)previo informe preceptivo y vinculante de la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso (JIMDDU), para cuyo otorgamiento es requisito previo la inscripción en el Registro Especial de Operadores de Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso (artículo 12).

Por último, la Orden 73/1982, de 3 de mayo del Ministerio de Defensa creó en la Dirección General de Armamento y Material un Registro de Empresas Industriales, tanto públicas como privadas, que estén relacionadas con la fabricación de armamento o material o sean de interés para la Defensa Nacional cuya finalidad principal es disponer de la información que permita conocer la capacidad industrial, tecnológica y económico-financiera de las empresas inscritas para facilitar la toma de decisiones en su planificación estratégica relacionada con la industria de defensa nacional, siendo necesaria la inscripción en el mismo para la homologación de los productos (artículo 14.1.b) del Real Decreto 165/2010, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de homologación de productos de específica utilización en el ámbito de la defensa) o para la catalogación de material (artículo 18.1.a) del Real Decreto 166/2010, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de catalogación de material de la defensa). Asimismo los órganos de contratación del Órgano Central y de los cuarteles generales exigen, en ocasiones concretas, en las cláusulas de admisión previa a un concurso, que los

[278] Real Decreto 308/2007, de 2 de marzo, sobre organización y funcionamiento de las Delegaciones de Defensa.

concurrentes estén inscritos en el Registro o que la empresa licitante acredite tener actividad industrial relacionada con el expediente en cuestión, mediante un Certificado de Actividad Industrial por parte del Registro de Empresas.

En determinados concursos las empresas participantes necesitan una Certificación de Aseguramiento de Calidad PECAL (Publicación Española de Calidad), de aplicación específica en el seno de las Fuerzas Armadas. Este Certificado de PECAL, extendido por el director general de Armamento y Material, requiere tener en vigor el Certificado de Inscripción en el Registro de Empresas.

Para participar en cada licitación de carácter internacional de instalación o suministro, promovida en el ámbito de la OTAN mediante ICB (*International Competitive Bidding*), las empresas deben ser acreditadas y certificadas como elegibles por el Ministerio de Defensa. Igualmente, deben serlo aquellas empresas que deseen establecer, con una Agencia de la OTAN, un acuerdo BOA (*Basic Ordering Agreement*) para el suministro de productos comerciales COTS (*Commercial-Off-The-Shelf*). En ambos casos, dicha certificación estará basada en los datos de las empresas que consten en el Registro de Empresas.

b.1. Especial referencia al régimen de inversiones extranjeras:

Como recuerda RUBIO GONZÁLEZ, autor de un pionero estudio sobre las inversiones extranjeras y su incidencia en la seguridad nacional «la elaboración conceptualmente más acabada respecto de los riesgos asociados es la de Moran, quien compendia en tres amenazas los peligros generados por este fenómeno. Para este autor las amenazas potenciales de la adquisición de una compañía americana se pueden encuadrar en las siguientes categorías:

1) La adquisición propuesta podría hacer a los Estados Unidos dependientes de un proveedor bajo control extranjero de bienes o servicios que podría retrasar, negar o someter a condiciones ese suministro.

2) La adquisición propuesta podría permitir la transferencia de tecnología o conocimientos a una entidad bajo control extranjero o a su gobierno y podrían

utilizarlo de una manera dañina para los intereses nacionales de los Estados Unidos.

3) La adquisición propuesta podría permitir la inserción de medios de infiltración, seguimiento, o sabotaje, tanto por agentes humanos como no humanos, para bienes o servicios cruciales para el funcionamiento de la economía norteamericana»

Para hacer frente a esos riegos, en Estados Unidos se tramitó la conocida como enmienda Exon-Florio, aprobada mediante la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988 y que modifica la Sección 721 de la *Defense Production Act* de 1950, con el objeto de facultar al Presidente[279] para investigar adquisiciones extranjeras, fusiones, tomas de control o inversiones en empresas estadounidenses por razones de seguridad nacional. Esta enmienda ha inspirado el régimen de muchos de los países, incluso de aquellos que cuentan con las economías más abiertas, como ocurre en el caso de Europa en Francia y Alemania[280].

A este respecto, en el ámbito de la Unión Europea, tras reconocerse la libre circulación de capitales y prohibirse, en el actual artículo 63.1 del TFUE, todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países, se vienen admitiendo restricciones a la misma por razones de seguridad pública, que actúa como excepción específica tanto respecto de la libre circulación de capitales (artículo 65.1.b) del TFUE) como del derecho de establecimiento (artículo 52.1. del TFUE), siempre que exista una amenaza real y suficientemente grave

[279] El Presidente Reagan delegó en 1988 sus potestades decisorias y de investigación en el *Committee on Foreign Investment in the Unites States* (CFIUS).

[280] RUBIO GONZÁLEZ, A., *Inversión extranjera, soberanía económica y seguridad nacional*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2017. Como señala el autor, los antecedentes de la regulación en materia de seguridad nacional de la inversión extranjera en los Estados Unidos se remontan a la Primera Guerra Mundial, en la que gracias a un descuido de un diplomático alemán que en 2015 se dejó olvidado un maletín en el transporte público de Nueva York, se pudo descubrir que ciertas inversiones realizadas bajo control alemán tenían por objetivo mejorar la capacidad bélica de Alemania, reducir la de los Aliados o realizar actividades de espionaje en territorio americano. Como consecuencia de este descubrimiento, tras la entrada de los Estados Unidos en el conflicto en 2017, se aprobó la *Trading with the Enemy Act*, que en caso de guerra o declaración de emergencia nacional, faculta al Presidente para adoptar amplias medidas relativas a las operaciones entre filiales de compañías extranjeras y sus matrices, y que permitió al Presidente Wilson embargar y nacionalizar los activos poseídos en territorio americano por empresas alemanas, así como aquellos que aunque no fueran de titularidad alemana, se encontraban bajo control efectivo alemán.

que afecte a un interés fundamental de la sociedad, entre los cuales la jurisprudencia comunitaria ha reconocido la defensa nacional[281].

En España, por razones de defensa nacional y soberanía, el régimen de liberalización establecido por el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores queda suspendido en su artículo 11 respecto de las inversiones extranjeras en España en actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, que deberán ser autorizadas por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Defensa y previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores[282]. Esta suspensión se ha reconocido, posteriormente, por la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales[283]. Asimismo, esa posibilidad ha sido reconocida expresamente en el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo y del Consejo de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión[284].

---

[281] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 26 de marzo de 2009, Asunto C-326/07, Caso Comisión /Italia, apartado 45: «A este respecto procede señalar que los criterios controvertidos se refieren a intereses generales relativos, en particular, al aprovisionamiento mínimo de recursos energéticos y de bienes esenciales para la colectividad, la continuidad del servicio público, la seguridad de las instalaciones utilizadas en el marco de servicios públicos esenciales, la defensa nacional, la protección del orden público y de la seguridad y las urgencias sanitarias. Siempre que se respete el principio de proporcionalidad, la persecución de esos intereses puede justificar determinadas restricciones al ejercicio de las libertades fundamentales (véase, en particular, la sentencia de 14 de febrero de 2008, Comisión/España, C-274/06, apartado 38)».

[282] En cuanto a los requisitos y la documentación que debe acompañarse a la solicitud, véase la Guía para la solicitud de autorización de inversiones extranjeras en actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, elaborada por la DGAM. https://www.defensa.gob.es/Galerias/portalservicios/inversionexteriores/DGAM-Anexo-1-Guia-solicitud-autorizacion-inversion-extranjera.pdf (Consultado el 31 de octubre de 2021).

[283] «Artículo 7. Suspensión del régimen de liberalización.

El Gobierno podrá acordar la suspensión del régimen de liberalización establecido en esta ley cuando se trate de actos, negocios, transacciones u operaciones que, por su naturaleza, forma o condiciones de realización, afecten o puedan afectar a actividades relacionadas, aunque sólo sea de modo ocasional, con el ejercicio de poder público, o actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, o a actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad pública y salud pública.

Tal suspensión determinará el sometimiento de ulteriores operaciones a la obtención de autorización administrativa, de acuerdo con lo señalado en el artículo 6».

[284] Tal y como resultad de los siguientes Considerandos:

«(4) El presente Reglamento se entiende sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a establecer excepciones a la libre circulación de capitales que se establece en el artículo 65, apartado 1, letra b), del TFUE. Varios Estados miembros han establecido medidas que les permiten limitar tal circulación por motivos de seguridad o de orden público. Dichas medidas reflejan los objetivos y las preocupaciones de los Estados miembros con respecto a la inversión extranjera directa y podrían traducirse en mecanismos con diferencias entre sí en lo que respecta a su ámbito de aplicación y procedimiento. Los Estados miembros que quieran establecer tales mecanismos en el futuro podrían tener en cuenta el

c) Potencial Innovador.

Los productos necesarios para la Defensa Nacional requieren una importante inversión en I+D+I así como contar con un personal con una alta capacitación, para poder ajustarse a las necesidades transmitidas por las Fuerzas Armadas y que conllevan elevados costes de diseño, desarrollo y producción de los sistemas de armas y largos plazos de obtención,

Como señala MARTí SEMPERE, el elevado riesgo técnico y económico del I+D+i militar hace que la financiación de la innovación sea generalmente asumida por la Administración, de modo que la financiación estatal se revela como crítica para obtener equipos avanzados que garanticen capacidades superiores en el campo de operaciones, lo que determina la existencia de una relación directa entre el presupuesto dedicado a programas de I+D+i y las capacidades industriales estratégicas, y que los países que más invierten en I+D+i cuente con una industria de defensa más competitiva, al contar con empresas de más tamaño, conocimiento científico, dominio tecnológico, e infraestructuras para afrontar el desarrollo de nuevos proyectos y productos.[285]

El carácter innovador de los productos de defensa determina la existencia de una reducida competencia, ya que si bien esta puede ser mayor en los contratos de I+D, una vez desarrollada dicha fase la competencia quedará reducida a quien haya adquirido el conocimiento tecnológico. Al mismo tiempo, la singularidad de los productos, diseñados en su mayoría para atender a las necesidades específicas de un determinado ejército, hace

funcionamiento de los mecanismos existentes, así como la experiencia y mejores prácticas adquiridas con ellos.

(7) Es importante aportar seguridad jurídica en lo que se refiere a los mecanismos de control que los Estados miembros establecen por motivos de seguridad o de orden público y garantizar la coordinación y cooperación a escala de la Unión en materia de control de las inversiones extranjeras directas que puedan afectar a la seguridad o al orden público. Ese marco común se entiende sin perjuicio de la responsabilidad exclusiva de los Estados miembros de salvaguardar la seguridad nacional, como dispone el artículo 4, apartado 2, del TUE. También se entiende sin perjuicio de la protección de los intereses esenciales de su seguridad, de conformidad con el artículo 346 del TFUE.

(8) El marco para el control de las inversiones extranjeras directas y para la cooperación debe ofrecer a los Estados miembros y a la Comisión los medios para hacer frente a los riesgos para la seguridad o el orden público de una manera global, y para adaptarse a la evolución de las circunstancias, sin dejar de mantener la necesaria flexibilidad para que los Estados miembros controlen, por motivos de seguridad y de orden público, las inversiones extranjeras directas, habida cuenta de la situación y las particularidades nacionales de cada uno de ellos. La decisión de establecer un mecanismo de control o de controlar una inversión extranjera directa concreta incumbe exclusivamente al Estado miembro interesado».

[285] MARTÍ SEMPERE C. «La industria de defensa… op. cit., pág.178.

difícil la sustitución de los mismos por otros productos similares si no ha existido una fase de previa de armonización de requisitos técnicos entre los diferentes países.

En el momento actual, dentro de este carácter innovador, adquiere especial trascendencia el proceso de transformación digital que se está experimentando en lo que ha vendido a denominarse como la Industria 4.0, hasta el punto de que dicha transformación en el ámbito de la defensa, dirigida a la producción de *Sistemas de Armas Inteligentes*, utilizando tecnologías digitales como el Internet de las Cosas, la Inteligencia Artificial, el Big Data, la Computación Avanzada, el Blockchain, la Ciberseguridad, los Sistemas Autónomos, la Robótica Colaborativa, la Realidad Aumentada o la Fabricación Aditiva, se configura como el primero de los diez pilares que establece el marco estratégico definido por el Ministerio de Defensa[286]. Asimismo, los avances en digitalización, en los que son pioneras las grandes corporaciones civiles del sector tecnológico, determinan que estas tecnologías sean en su mayoría duales, lo que tendrá incidencia en el régimen de contratación de las mismas en los casos en que no tengan fines específicamente militares, pero al mismo tiempo amplían la posibilidad de financiación de la I+D+i, favoreciendo la cooperación tecnológica entre los agentes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación y el Ministerio de Defensa.

d) Complejidad, calidad e interoperabilidad.

Las plataformas, los sistemas de armas y los demás productos de defensa se caracterizan, asimismo, por su elevada complejidad y la necesidad de integrar un elevado número de subsistemas y componentes, lo que implica la participación de un elevado número de empresas dentro de la cadena de suministro, incluido un importante número de pymes, pero siendo reducido el número de empresas capaces de realizar dicha integración y de coordinar y controlar todo el proyecto (contratista principal), siendo normalmente el contratista principal el que procede a la elección de las empresas atendiendo a sus capacidades técnicas e industriales, aunque las mismas o al menos una parte de ellas, pueden venir impuestas por la Administración.

[286] Perspectiva de la Industria de Defensa, p.27 https://www.defensa.gob.es/Galerias/dgamdocs/Perspectiva-de-la-Industria-de-Defensa.pdf

Asimismo, los productos de defensa ha de cumplir unos elevados estándares de calidad, que garantice su uso incluso en las circunstancias más adversas y que se relejan en unas altas prestaciones exigidas en los pliegos de prescripciones técnicas, para lo que se exigen sistemas de gestión de calidad reforzados resultados en normas de aseguramiento de la calidad específicas (en España, las normas PECAL, que desarrollan los requisitos OTAN de aseguramiento de la calidad).

Y deben ser interoperables con los productos de nuestros socios y aliados, cumpliendo con los criterios que se hayan definido, como ocurre en el ámbito de la OTAN con los Acuerdos de Normalización (*Standardization Agreement*, STANAG) cuyo objetivo es el de establecer procesos y/o procedimientos técnicos aplicables a productos militares junto con las bases para su interoperatividad en el ámbito de los países miembros de la Alianza.

I.3.B. La industria de defensa en España.

El Ministerio de Defensa cuenta en su catálogo[287] con 509 empresas inscritas, con un volumen total de ventas en 2019 de 52.438 M€, de los cuales casi el 15,4% es facturación realizada en el sector defensa, siendo la cifra de negocio en el sector defensa alcanzada por estas empresas en 2019 de 6.654 M€, con un claro perfil exportador, procediendo el 84% de ventas en el extranjero, lo que pone de manifiesto la consolidación de esta actividad internacional que ha pasado de 2.349 M€ exportados en 2011 a los 5.575 M€ en 2019. Con una plantilla total de 295.000 puestos de trabajo, estas empresas han generado en 2019 más de 23.500 empleados directos, y otros 57.000 empleos indirectos e inducidos alrededor de actividades exclusivas de defensa.

La industria de defensa cuenta en cada uno de los sectores industriales con una o más empresas tractoras que generan una actividad de gran importancia para la industria de defensa auxiliar, compuesto, por su parte, de un amplio tejido de pymes altamente competitivas, que cuentan en numerosas ocasiones con un alto contenido tecnológico.

[287] Catálogo Industria Española de Defensa 2021-2022. https://publicaciones.defensa.gob.es/catalogo-industria-espa-ola-de-defensa-2021-2022-libros-pdf.html (Consultado el 31 de octubre de 2021).

Estas pymes, con menos de 250 empleados, constituyen el 76,3% del total de empresas de la industria de defensa en España, siendo el resto grandes empresas.

Por otro lado, existen dos asociaciones empresariales representativas de las industrias de defensa:

a) Asociación Española de Empresas Tecnológicas de Defensa, Seguridad, Aeronáutica y Espacio (TEDAE)[288]: fundada en 2009, agrupa actualmente a ochenta y cinco compañías que desarrollan tecnologías en los sectores de la defensa, la aeronáutica, la seguridad y el espacio. Es miembro de la CEOE (Confederación Española de Asociaciones Empresariales) y de la europea ASD (*Aerospace and Defence Industries Association of Europe*), reconocida por la Comisión Europea como principal interlocutor y representante de la industria.

b) Asociación de Empresas Contratistas con las Administraciones Públicas (AESMIDE)[289]. Creada en 1984 con el objeto de servir de interlocutor de las empresas de servicios y suministros ante el Ministerio de Defensa español, cuenta en la actualidad con sesenta y cinco empresas asociadas que trabajan en las siguientes áreas de actividad: alimentación; equipamiento personal y vestuario; gestión, mantenimiento integral y servicios energéticos; infraestructuras, equipamientos e instalaciones; Logística de campaña; logística distributiva; sanidad; servicios especiales; soluciones de ingeniería para la defensa y tecnologías de la información y sistemas.

Por último, se están empezando a desarrollar en España agrupaciones territoriales de empresas del sector de defensa como el Clúster[290] de la Industria de Defensa (CID)**291** creado en Cantabria el 10 de julio de 2019, impulsado por la Cámara de Comercio de Cantabria y la Sociedad de Desarrollo Regional (Sodercan), con la finalidad de agrupar a

[288] https://www.tedae.org/es (Consultado el 31 de octubre de 2021)
[289] https://aesmide.es/ (Consultado el 31 de octubre de 2021)
[290] La definición más extendida y conocida es la de Michael Porter, quien definió los Clusters como «Una agrupación de empresas e instituciones relacionadas entre sí, pertenecientes a un mismo sector o segmento de mercado, que se encuentran próximas geográficamente y que colaboran para ser más competitivas».
PORTER Michael E. Los clústeres y la nueva economía de la competencia, *Harvard Business Review* (noviembre diciembre 1998)
https://hbr.org/1998/11/clusters-and-the-new-economics-of-competition (Consultado el 24 de septiembre de 2021)
[291] https://clusterdefensa.es/ (consultado el 24 de septiembre de 2021).

las distintas sociedades asentadas o con presencia física en Cantabria que realizan toda o parte de su actividad en el ámbito de la defensa.

II.- LOS OBJETOS DE COMERCIO EN EL MERCADO DE LA DEFENSA.

El mercado de defensa se caracteriza, además de por las singularidades de los sujetos intervinientes, por la especificidad de su objeto, que viene aglutinándose bajo la denominación genérica de Armamento y Material.

II.1. Armamento.

De este modo, dentro de las capacidades específicas de defensa se pueden identificar diversos medios materiales, como carros de combate, aviones, fragatas o sistemas de mando y control, que se pueden incluir dentro del concepto genérico de armamento, dada la generalidad de la primera acepción que, al respecto, se contiene en el Diccionario de la Real Academia Española: «Conjunto de todo lo necesario para la guerra».

No obstante, tanto semántica como jurídicamente se puede diferenciar distintas categorías de armamento[292].

En este sentido, el propio diccionario de la RAE diferencia entre el armamento ligero, que es el armamento formado por armas de pequeño tamaño, como pistolas, ametralladoras o granadas de mano, y el armamento pesado, formado por armas de gran tamaño, como cañones o carros de combate.

No obstante, por sus implicaciones jurídicas, adquiere mayor relevancia la clasificación que se ha venido impulsando por Naciones Unidas. A este respecto, conforme a los criterios sentados por el Instituto de las Naciones Unidas para la

[292] Al objeto del presente trabajo y por su incidencia en el régimen contractual, la clasificación más importante es la que se contiene en la lista de las armas, municiones y material de guerra que figura en la Decisión 255/58 del Consejo, de 15 de abril de 1958, tal y como se estudia en el Capítulo Cuarto.

Investigación sobre el Desarme (UNIDIR)[293] en el marco de la guerra fría, se viene distinguiendo entre:

• Armas Convencionales: Aquellas que no tienen carácter de destrucción masivo. La mayoría de las armas convencionales usan materiales altamente explosivos para lograr sus efectos.

• Armas de Destrucción Masiva: Armas explosivas atómicas, armas de materiales radioactivos, armas químicas o biológicas, y cualquier arma a desarrollar en el futuro que tenga características comparables en los efectos destructivos de la bomba atómica u otras armas. (También denominadas armas Nucleares, Biológicas, Químicas y Radiológicas (NBQ-R).)

A su vez, dentro de las armas convencionales que, como hemos visto, se definen por contraposición a las armas de destrucción masiva, quedarían incluidas, conforme al artículo 2 del Tratado sobre comercio de armas de 2013 las armas convencionales comprendidas en las categorías siguientes:

a) Carros de combate;

b) Vehículos blindados de combate;

c) Sistemas de artillería de gran calibre;

d) Aeronaves de combate;

e) Helicópteros de ataque;

f) Buques de guerra;

g) Misiles y lanzamisiles; y

h) Armas pequeñas y armas ligeras.

Asimismo, dentro de las armas convencionales, existe la categoría de «grandes armas convencionales» o «principales armas convencionales», denominadas en inglés *Major convenional arms,* que se corresponden con las categorías de armamento

[293] https://unidir.org/ (Consultado el 10 de septiembre de 2021).

convencional que se inscribe en el Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas (UNROCA)[294].

UNROCA cubre siete categorías de armas, que se consideran las más ofensivas:

- *Categoría I - Tanques de batalla*
- *Categoría II: vehículos blindados de combate*
- *Categoría III: sistema de artillería de gran calibre*
- *Categoría IV - Aviones de combate y vehículos aéreos de combate no tripulados (UCAV)*
- *Categoría V: helicópteros de ataque*
- *Categoría VI - Buques de guerra*
- *Categoría VII - Misiles y lanzadores de misiles*

Por otro lado, atendiendo a la finalidad a la que está destinada el material, se puede diferenciar entre aquellos productos que se destinan a fines específicamente militares, careciendo de usos civiles, de aquellos que también pueden tener una finalidad dual, admitiendo, además del uso militar, un uso civil. Aunque tradicionalmente los principales avances tecnológicos se producían en el ámbito militar, pasando luego al mundo civil, en la actualidad se observa una inversión de dicho proceso, ya que en la evolución de los sistemas de armas al ámbito digital en la denominada Cuarta Revolución Industrial o Industria 4.0., están teniendo una notable implicación tecnologías como la inteligencia

[294] En su resolución 46/36 L de 9 de diciembre de 1991 titulada «Transparencia en armamentos», la Asamblea General pidió al Secretario General que estableciera un Registro de Armas Convencionales universal y no discriminatorio. El objetivo del Registro es «prevenir la acumulación excesiva y desestabilizadora de armas (…) para (…) aumentar la confianza, promover la estabilidad, ayudar a los Estados a ejercer moderación, aliviar tensiones y fortalecer la paz regional e internacional y seguridad». A estos efectos, se pidió a los Estados miembros que proporcionaran anualmente al Registro, datos sobre exportaciones e importaciones de armas convencionales en las siete categorías cubiertas por el Registro, y se les invitó a incluir información sobre existencias militares y sobre adquisiciones a través de la producción nacional, y políticas nacionales, a la espera de la ampliación de su alcance. La transparencia en materia de armamentos genera confianza entre los países y puede ayudar a determinar si se producen acumulaciones de armas excesivas o desestabilizadoras. Desde su creación en 1991, el Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas (UNROCA) ha recibido informes de más de 170 Estados. La gran mayoría de las transferencias oficiales se capturan en UNROCA. Recientemente, los países decidieron que se podrían agregar armas pequeñas a UNROCA. La mayoría de los países que informan sobre sus importaciones o exportaciones ahora incluyen armas pequeñas en sus informes anuales.
https://www.un.org/disarmament/es/armas-convencionales/registro-de-armas-convencionales-de-las-naciones-unidas/ (Consultado el 10 de octubre de 2021)

artificial, el 5G, el *big data*, el internet de los objetos (IoT), la realidad virtual, el proceso en la nube o la impresión 3D, entre otros[295], en los que los principales avances se producen en el ámbito civil impulsados por las grandes corporaciones tecnológicas.

Respecto de los productos duales, adquiere una especial importancia los denominados *productos de doble uso*, cuya exportación es objeto de una reglamentación específica[296], al amparo de las obligaciones internacionales de no proliferación que incluye, conforme a la Resolución 1540 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, adoptada el 28 de abril de 2004 los materiales conexos definidos como «los materiales, equipo y tecnología abarcados por los tratados y los mecanismos multilaterales pertinentes o incluidos en listas nacionales de control, que se podrían utilizar para el diseño, el desarrollo, la producción o el empleo de armas nucleares, químicas y biológicas y sus sistemas vectores».

Conforme al artículo 2.1. del Reglamento del Consejo por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso, son «productos de doble uso» los productos, incluido el soporte lógico (software) y la tecnología que puedan destinarse a usos tanto civiles como militares y que incluyen todos los productos que puedan ser utilizados tanto para usos no explosivos como para ayudar a la fabricación de armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos[297], y su exportación queda sujeta a autorización administrativa.

Otra clasificación es la que atiende a si se trata de material nuevo o, por el contrario, ya ha sido previamente empleado por las Fuerzas Armadas, el denominado

---

[295] En este sentido, véase SANJURJO JUL, J. M., «La Armada en la cuarta revolución industrial: algunas reflexiones», en *Revista General de Marina*, agosto/septiembre 2020, tomo 270, Ministerio de Defensa, págs. 225 a 251.
https://publicaciones.defensa.gob.es/pprevistas/REVISTAS_PDF21651/page_22.html

296 El objetivo del control de exportaciones en general y el del Reglamento de productos de doble uso en particular, es impedir la proliferación de armas de destrucción masiva y una acumulación desestabilizadora de armas convencionales. Conclusiones del Consejo sobre la revisión de la política de control de exportaciones de 21 de noviembre de 2014. https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15926-2014-INIT/es/pdf (Consultado el 17 de septiembre de 2021).

[297] Se agrupan en 10 categorías: 0. Materiales, instalaciones y equipos nucleares 1. Materiales, sustancias químicas, «microorganismos» y «toxinas» 2. Tratamiento de los materiales 3. Electrónica 4. Ordenadores 5. Telecomunicaciones y "seguridad de la información" 6. Sensores y láseres 7. Navegación y aviónica 8. Marina 9. Aeronáutica y propulsión.

material *surplus*[298]. La enajenación de este material excedente, que sería otro ejemplo de contratos celebrados entre gobiernos, y siempre que no afecte a la operatividad, presenta grandes ventajas, ya que al país vendedor le permite contar con una fuente adicional de ingresos para la dotación de sus Fuerzas Armadas, mientras que al comprador le permite modernizar sus ejércitos a precios muy bajos, al tiempo que permite mejorar las relaciones bilaterales entre países amigos y aliados. Asimismo, supone una nueva oportunidad para la industria de defensa derivada de las actividades que puedan surgir respecto a su modernización, apoyo logístico, así como por el acceso a nuevos mercados. Por ello, en todos los contratos de venta de material militar excedente suele haber una cláusula con la obligación de modernizar los equipos en las empresas del país vendedor.

De nuevo, la crisis económica de 2007 impulsó la venta de este tipo de material, razón por la que la Agencia Europea de Defensa (EDA) puso en marcha, en junio de 2013, un mercado electrónico on-line de gobierno a gobierno (G2G) y de acceso restringido bajo el nombre de E-Quip, que permite a los Estados miembros intercambiar información sobre equipos terrestres, aéreos y espaciales, así como sobre equipos navales, pero también sobre cuestiones transversales como la logística, el mantenimiento u otros servicios (QBRN, formación, etc.). De este modo, en E-Quip los Estados miembros pueden publicitar los materiales excedentes que vendan, con el fin no solo de obtener la mejor relación calidad-precio, sino también de mantener y desarrollar las capacidades militares en un entorno de reducción del presupuesto de defensa[299].

---

[298] Que en España se rige 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 que regula el régimen de enajenación por parte del Ministerio de Defensa de los materiales, bienes muebles y productos de defensa útiles para el servicio y afectados al uso de las Fuerzas Armadas necesarios para las operaciones militares, que figuran en sus respectivos inventarios, así como aquellos suministros que, sin figurar en inventario, resulten precisos para el desarrollo de las misiones en que las Fuerzas Armadas participen. siempre que no se ponga en riesgo la operatividad de la fuerza propia ni la seguridad nacional. Se trata del denominado material surplus, que ya ha estado en uso en las Fuerzas Armadas, y cuya enajenación, que se puede hacer por enajenación directa, siempre que se realice con otras Administraciones públicas o entidades de derecho público, gobiernos extranjeros, entidades de carácter asistencial sin ánimo de lucro, organizaciones internacionales de las que sea miembro el Estado Español, o por razón de compromisos derivados de Acuerdos internacionales, permite generar ingresos que, en el caso de efectuarse por el INVIED, se destinarán a los fines previstos en su Estatuto sin ser transferidos al Tesoro Público. Con la finalidad de potenciar la venta de este material, el Ministerio de Defensa español emplea la Oficina de Apoyo Exterior (Oficaex), de la Subdirección General de Relaciones Internacionales de la DGAM, para facilitar y apoyar la promoción y comercialización del material excedente de los tres ejércitos, que está registrado en un catálogo de material excedente de las Fuerzas Armadas españolas de acceso restringido.

[299] https://eda.europa.eu/news-and-events/news/2013/06/14/european-defence-agency-launches-e-quip-the-on-line-defence-market (Consultado el 10 de octubre de 2021).

En el mercado internacional, EE.UU. es el país más transparente con el material usado de sus ejércitos y el que más ingresos obtiene por la venta de su material[300].

II.2. Sistemas de armas y plataformas.

En el momento actual, la evolución de la tecnología ha dado lugar a que el concepto tradicional de armamento se haya sustituido por el de «sistemas de armas» (*weapon system*) y que, como señala RAMOS[301], se conciben como sistemas integrados que surgen de la combinación de equipos y componentes con características específicas y funciones diversas, en los que no solamente entre en juego el arma y quien lo acciona, sino también una estructura de hombres, ingenieros y equipos, cuyo fin es obtener la máxima eficiencia en el cumplimiento de una misión operacional.

De este modo, dentro del material militar, se incluyen armas, sistemas de armas complejos, comunicaciones y sistemas de comunicaciones, suministros de apoyo (munición, piezas de recambio, herramientas, etc.) otros materiales básicos (vehículos, campamentos, etc), así como el apoyo logístico necesario para el mantenimiento de sistemas y materiales, bancos de pruebas, avituallamiento, sanidad, transporte y también del necesario para la preparación y formación del personal como los simuladores.

CUNHA DE OLIVEIRA, en el año 1986[302], ya destacaba que el mayor cambio desde la II Guerra Mundial, ha sido que las armas se han desarrollado progresivamente como sistemas integrados, siendo las principales características de estos sistemas de armas las siguientes: el sistema se compone de un gran número de dispositivos físicos, funcionando de una manera coordinada; la composición de un sistema depende de la concepción de su empleo operacional, de sus características técnicas y del desempeño

[300] España ha acudido a este sistema para la adquisición de helicópteros antisubmarinos SH-60F, mediante el procedimiento FMS, procedentes de los excedentes de la *Navy* para la Armada, a mitad de su vida útil, con el fin de mantener la operatividad de su componente aéreo a precio razonable, a la espera de la llegada de los nuevos Eurocopter NH90 en versión naval.
https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2019/refc20191108.aspx?qfr=16#helicoptero (Consultado el 10 de octubre de 2021).

[301] RAMOS M., La tecnología en el suministro a las Fuerzas Armadas, *Revista Espacios (Internet)*, Vo. 15 (3) 1994. Disponible en https://www.revistaespacios.com/a94v15n03/11941503.html (Consultado el 10 de octubre de 2021).

[302] CUNHA DE OLIVEIRA, A. Desenvolvimento de Sistema de Armas: Absorción de Tecnología específica . A Defesa Nacional, 2020. Recuperado de http://ebrevistas.eb.mil.br/ADN/article/view/5279 (Consultado el 10 de octubre de 2021).

esperado ante los condicionantes previamente detectados por el elemento táctico. De aquí la importancia de la táctica en la formulación de las necesidades de un armamento que sea esencial en el campo de batalla; la definición del sistema y su desarrollo tiene que incluir el mecanismo de instalación del armamento, su apoyo logístico, los servicios de entrenamiento y su desempeño táctico; su costo es elevado y su desarrollo es lento: los costos de desarrollo se aproximan a los costos de producción; y sus costos de operación y mantenimiento combinados a veces exceden sus costos de producción y desarrollo combinados.

Como recuerda MARTÍ SEMPERE, la deseada superioridad es, muchas veces, fruto de la integración de diversas tecnologías en un único sistema como la que presentan muchos sistemas de armas actuales en el que se combinan plataformas, sensores, armas, comunicaciones, aplicaciones informáticas, pantallas tácticas de situación, y ayudas a la navegación, siendo su adecuada integración la que constituye el elemento esencial. Esta actividad es continua, durante el desarrollo de cualquier sistema, y busca asegurar que los componentes y funciones se ajusten entre sí y operen de una forma concertada.[303]

De este modo, el sistema puede definirse como «Una construcción o colección de diferentes elementos que juntos producen un resultado, que no se alcanzaría de forma aislada. Los elementos, o partes, pueden incluir personas, hardware, software, instalaciones, normas o documentos. El resultado incluye cualidades, características, propiedades, comportamiento y rendimiento a nivel sistema. El valor añadido del sistema como un todo, más allá de la contribución particular de cada parte, se consigue principalmente por la forma en que todas las partes están interconectadas»[304].

Y dentro de los sistemas de armas, nos encontramos distintas manifestaciones en la actualidad, como los sistemas de armas no tripulados, sistemas de armas autónomos, sistemas de armas cibernéticos, etc. Además, el concepto se utiliza también para

[303] Un estudio sobre los sistemas de armas se contiene en MARTÍ SEMPERE, C. *Tecnología de la defensa. Análisis de la situación española,* Instituto Universitario "General Gutiérrez Mellado" Madrid 2006. El autor divide las tecnologías consideradas en dieciocho grandes áreas formadas por: sistemas aeronáuticos; armamento y materiales energéticos; armas químicas y biológicas, sistemas de energía cinética y dirigida; electrónica; sistemas terrestres; guiado, navegación y control; sistemas de información; guerra de la información; manufactura y fabricación; materiales; sistemas navales; sistemas nucleares; sistema de potencia eléctrica; sensores y láseres; control de signaturas; sistemas para el espacio, y efectos de las armas y contramedidas.

[304] Engineering, I. C. (11 de 09 de 2018). www.incose.org. Obtenido de https://www.incose.org/about-systems-engineering

contraponerlo al de las plataformas en las que se instalan dichos sistemas (el barco, el avión, el vehículo, etc.).

Un ejemplo es el proyecto de desarrollo del Sistema de Armas de Siguiente Generación (*Next Generation Weapon System*, NGWS) en el marco del nuevo conceto de un Futuro Sistema de Combate Aéreo (*Future Combat Air System*, FCAS), producto de la colaboración entre Alemania, Francia y España.[305]

Por otro lado, los sistemas de armas no se pueden concebir de forma aislada, forman parte del concepto más amplio de capacidad militar, que puede definirse, siguiendo al General GARCÍA SIEIRO[306], ex Director General de Armamento y Material y del INTA, como el «conjunto de factores (sistemas de armas, infraestructura, personal y medios de apoyo logístico) asentados sobre la base de unos principios y procedimientos doctrinales que pretenden conseguir un determinado efecto militar a nivel estratégico, operacional o táctico, para cumplir las misiones asignadas». Es decir, una Capacidad Militar no es únicamente un arma o un sistema de armas, sino «un conjunto de factores, más o menos críticos, pero todos igualmente importantes para la consecución del efecto deseado»[307]

De este modo, los sistemas de armas que necesite un país dependerá de las capacidades militares de las que se quiera o se pueda disponer, que a su vez dependerán de si las amenazas se centran en conflictos de baja intensidad, como puede ser la lucha contra la insurgencia o el apoyo civil en accidentes y catástrofes que demandan sistemas

[305] El NGWS estará compuesto por un NGF (*New Generation Fighter* – Avión de Combate de Nueva Generación), RCs (*Remote Carriers* - Plataformas Aéreas No Tripuladas) y una *Combat Cloud* (Nube de Combate) e integra tecnologías de última generación en ámbitos diversos como propulsión, maniobrabilidad, sensores de radar, optrónica, guerra electrónica, conectividad, inteligencia artificial, interoperatividad, etc.). España, Francia y Alemania anunciaron em mayo de 2021 el inicio de la siguiente fase del programa NGWS/FCAS, un demostrador de avión de combate que estará en vuelo para el 2027. https://www.defensa.gob.es/gabinete/notasPrensa/2021/05/DGC-20210517-acuerdo-programa-fcas.html (Consultado el 2 de septiembre de 2021).

[306] GARCÍA SIEIRO, J. M., «Planeamiento por capacidades» *Revista Española de Defensa* nº 220 Junio 2006.

[307].No obstante, ante la dificultad de identificar las capacidades militares, procede recordar lo indicado por MARTÍ SEMPERE: «En efecto, resulta particularmente difícil determinar, de forma objetiva, las capacidades militares que deben poseer las fuerzas armadas, pues las incertidumbres relacionadas con las amenazas, y la efectividad de estas capacidades para contrarrestarlas, complican severamente este proceso. Cuatro factores pueden afectar a la utilidad de estas capacidades: 1) la escasa información que puede obtenerse de los casos reales, cuyo contexto puede diferir substancialmente de la situación en que se vaya a utilizar la capacidad, 2) la difícil comparación con las capacidades de otras naciones, dada su carácter único, 3) el cambio de contexto geopolítico, de política de defensa o de tecnologías que pueden modificar sustancialmente el escenario de evaluación, y 4) la ardua comparación entre lo que aporta cada capacidad a la defensa». MARTÍ SEMPERE, C. *Sobre la eficiencia*… op. cit. pág. 187

más simples o si se necesitan sistemas complejos y sofisticados y soluciones integrales que requieren el dominio de múltiples tecnologías –como la defensa antimisiles, los aviones de combate, los sistemas de sistemas o los sistemas intensivos en tecnologías de información[308].

Asimismo, debe tenerse en cuenta la incidencia que un nuevo sistema de armas tenga en el conjunto de las capacidades, ya que puede suponer cambios de Doctrina, procedimientos, organizativos, etc, que puedan incrementar costes y llegar a hacer inviable económicamente su asunción o producir reticencias en las Fuerzas Armadas para realizar los cambios necesarios.

II.3. La propiedad intelectual e industrial.

Tal y como se ha señalado en el apartado anterior, los modernos sistemas de armas se caracterizan por alto nivel de innovación que busca, a través de la tecnología más avanzada, obtener la necesaria superioridad frente al adversario, en los que la I+D+I de lugar a relevantes derechos protegidos por la propiedad intelectual e industrial.

Por ello, dado el elevado componente tecnológico y el importe de las inversiones realizadas para la obtención de los sistemas de armas, es relevante que en su contratación se identifique correctamente quienes son los titulares de dichos derechos, bien atribuyéndoselos a una de las partes o distribuyéndolos en función de las aportaciones de cada una. Cuando se trata de suministros «a medida», lo normal es que el Estado se reserve la titularidad de dichos derechos, generados durante la ejecución del contrato o como resultado del mismo, tanto por el contratista principal como por toda la cadena de subcontratistas, para su uso por el propio Ministerio de Defensa o por empresas adjudicatarias de contratos de Defensa. Esta reserva tiene, además, especial incidencia en el principio de autonomía estratégica, ya que dicha titularidad es la que puede permitir mantener la garantía del suministro en los supuestos en que desaparezca el contratista o

[308] El Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, por el que se determinan las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional, se refiere en su apartado tercero entre los aspectos esenciales de una capacidad que deben mantener, al diseño, desarrollo, integración, evaluación, apoyo y mantenimiento de sistemas y subsistemas claves, junto con la realización de pruebas, evaluación, y procesos de mantenimiento y modernización de los mismos.

la que permitirá garantizar su mantenimiento cuando no pueda acudirse al adjudicatario, así como, en el supuesto en que deba procederse a su realización, directamente o mediante su externalización a un tercero, en una zona de conflicto armado. No obstante, puede preverse que el Estado no prevea solicitar y obtener el registro a su favor de determinados derechos de propiedad intelectual o industrial, en cuyo caso el contratista podrá proceder a su registro, recibiendo el Estado una licencia gratuita de uso durante el tiempo y el ámbito territorial y el alcance que se determine (para utilizar o hacer utilizar y fabricar o hacer fabricar los resultados del contrato).[309]

También debe determinarse el régimen de los derechos de propiedad industrial o intelectual de los que es titular el contratista con carácter previo a la celebración del contrato, y que serán empleados en la obtención del nuevo producto. En estos casos, dichos derechos suelen permanecer como propiedad del contratista, pero éste concede al Ministerio de Defensa una licencia no exclusiva y gratuita durante el plazo de vigencia de dichas propiedades en relación con el desarrollo, resultado y aplicación de los trabajos objeto del contrato.

También debe determinarse qué ocurre si alguna de las características técnicas estuviera amparada por algún derecho de patente o de propiedad industrial legalmente reconocido que no pertenecieran al contratista. En estos casos, conforme al principio de riesgo y ventura, se suele eximir al Ministerio de Defensa de todas las responsabilidades y gastos que pudieran derivarse de la utilización de dichos derechos de patente o de

[309] La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, contiene una disposición específica en su artículo 308 para el contrato de servicios: «Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público». Como ha señalado el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales en sus resoluciones nº 220/2013 y 388/2020, este precepto, previsto para el contrato de servicios, viene a modular de alguna manera las disposiciones generales de las leyes que regulan la propiedad intelectual e industrial, que suelen establecer que la cesión del derecho de explotación debe hacerse de manera expresa, y que establecen límites a la cesión en cuanto a su duración y extensión a falta de mención expresa en el pacto de cesión. La razón por la cual la ley contractual española establece este cambio es el interés público, para evitar que el servicio devenga inútil, ya que existiría un claro riesgo de que los contratos de servicios amparados por este precepto devinieran ineficaces, como consecuencia de la imposibilidad de ejecutarlos, al no haberse contemplado todos los aspectos de la cesión de las propiedades industrial e intelectual. E incluso, en caso de exclusión expresa de la cesión, cabría la autorización del uso a otras entidades del sector público. Asimismo, aunque el precepto se limite a los contratos de servicios, estos derechos son transmisibles mediante pacto entre las partes aunque se trate de otro tipo de contratos.

propiedad industrial, sin posibilidad alguna de solicitar a la Administración, sobre este particular, ningún tipo de compensación.

Por otro lado, otro elemento fundamental que debe determinarse es el régimen aplicable a la venta del producto a terceros, para determinar si se requiere autorización del órgano de contratación para la venta por el contratista del producto, subproductos o tecnología y, en su caso, si se percibirán royalty por la venta. Asimismo, si se prevé la cesión de las tecnologías de producción, si se requiere autorización previa (que es lo normal) y el porcentaje del precio de cada cesión que corresponde al Estado que suele variar en función de si la cesión se realiza en los mercados extranjeros o si se hace a empresas nacionales.

Por último, desde la perspectiva contractual, debe tenerse en cuenta que la titularidad de derechos de propiedad intelectual e industrial puede limitar la concurrencia, de modo que el contrato solo podrá ser adjudicado a un empresario determinado.[310]

II.4. La transferencia de tecnología.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en el mercado internacional de defensa, el elevado importe que las inversiones en defensa implican, hace que los Gobiernos persigan la obtención de las capacidades necesarias mediante la transferencia de tecnología, o incluso, la consecución de otros objetivos de política general como la mejora de las capacidades industriales nacionales o del empleo a través de compensaciones industriales (Offsets) u otros instrumentos como los Acuerdos de cooperación industrial.

Por ello, es frecuente que los Gobiernos adquirentes suscriban acuerdos con las empresas contratistas, o incluso con los Gobiernos de los países a los que pertenecen las mismas, obteniendo retornos que contribuyen a justificar las importantes inversiones realizadas y cumpliendo diversos objetivos vinculados, asimismo, a la garantía de su soberanía, entendida en este caso como autosuficiencia y fomento de la exportación. De

[310] El artículo 168.a) 2º de la LCSP 2017 prevé que la no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.

este modo, los Gobiernos suelen perseguir el fortalecimiento y consolidación de su propio tejido industrial, singularmente, de los sectores industriales y tecnológicos de carácter estratégico para la defensa, lo que requiere la elaboración de un plan detallado para la transferencia de tecnología y conocimiento conforme al cual el suministrador extranjero genere o complemente en la industria nacional la capacidad para llevarlo a cabo, lo que se puede realizar a través de diferentes medios, como programas específicos de entrenamiento y formación, programas de asistencia técnica, cesión de conocimiento (procedimientos, estándares, planos, diagramas, paquetes informáticos, etc), así como con la calificación, homologación y certificación de los procesos productivos una vez finalizados los procesos de transferencia e industrialización. Asimismo, mediante la adquisición de las capacidades correspondientes, los Gobiernos persiguen alcanzar un grado de autonomía y autosuficiencia en el desarrollo de actividades del Apoyo Logístico Integrado de los sistemas de defensa adquiridos durante su ciclo de vida, que pueden incluir, además, la capacidad de modernización y actualización de los sistemas adquiridos. Por último, una adecuada capacitación y adecuación tecnológica permite a las industrias nacionales participar en los Programas Internacionales de Colaboración Industrial y facilita el acceso a los mercados internacionales de defensa, tanto para los propios sistemas de armas como para otros vendidos por el suministrado extranjero a otros países.[311]

Esta transferencia de tecnología se pone igualmente de manifiesto en los supuestos de cooperación entre países a los que previamente se ha hecho referencia. Los altos costes necesarios para la creación del conocimiento, y que tradicionalmente se ha considerado como un activo estratégico de la nación, hacen que cada vez más difícil que una sola nación o una sola industria sean capaces de asumir dichos costes. Por ello, han surgido diferentes oportunidades de colaboración entre naciones para la obtención de dichos conocimientos que requieren, para que fructifiquen, un reparto del mismo de manera equitativa entre los distintos participantes.

[311] GARCÍA RUIZ, M. «Beneficios de la cooperación industrial. Los programas del ministerio de defensa español y su futuro», *Cuadernos de estrategia, Nº. 154*, 2011 (Ejemplar dedicado a: La defensa del futuro: innovación, tecnología e industria), págs. 139-160.

III.- LA ACTIVIDAD EN EL MERCADO INTERNACIONAL DE LA DEFENSA Y LA CONTRATACIÓN.

En el presente apartado estudiaremos las características que presenta el mercado internacional de defensa y que determinan que el mismo deba considerarse como un mercado sujeto a reglas propias[312].

III.1. Un mercado globalizado.

El fenómeno de la globalización, la creciente e interconectada economía global, está afectando notablemente, especialmente a partir de la crisis económica iniciada en 2007, al ámbito de la defensa y, consecuentemente, al mercado de defensa, que de este modo asiste al fenómeno de su progresiva internacionalización. Se trata, como señala MEIRIÑO[313], de lo que podríamos llamar la «globalización» de los asuntos de defense, que va más allá de los aspectos puramente operativos asociados a la participación de las Fuerzas Armadas en las coaliciones y fuerzas expedicionarias multinacionales creadas ad-hoc bajo el paraguas de la ONU, la OTAN, o la Unión Europea, para afectar a la planificación de las capacidades militares que cada país necesita para poder defender sus intereses nacionales o hacer frente a sus compromisos internacionales, a los aspectos de mercado a ellas asociados y a las estructuras y estrategias de inversión de las industrias que las suministran.

Entre las razones que han influido en este proceso se encontraría el proceso de fusiones empresariales y consolidaciones industriales llevado a cabo a partir del fin de la "guerra fría", y la proyección de grandes conglomerados industriales europeos o norteamericanos hacia terceros países, lo que ha impulsado una evolución de carácter multinacional hacia un mercado global de la defensa, pudiendo afirmarse, con MARTIN CASARES Y AMOR MORENO, que el mercado mundial de la defensa está más

[312] Circunstancia que pone de relieve SANABRIA: «El desenvolvimiento de la actuación del Ministerio de Defensa en el ámbito del comercio internacional de armamento cristaliza en la conformación de un espacio transnacional de la contratación pública, revestido de unas particularidades que dotan al mismo de autonomía y reglas propias». SANABRIA LUENGO, M., *La contratación exterior del Ministerio de Defensa*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2006, pág. 20.

[313] ALFONSO MEIRIÑO, A., «La globalización de los asuntos de defensa: capacidades militares, mercado e industria», en *Cuadernos de Estrategia 175, Industria Española de Defensa: Riqueza, tecnología y seguridad*. IEEE, Ministerio de Defensa, Madrid, 2015, p.146.

globalizado que nunca, y que junto a los mercados tradicionales europeo y norteamericano están apareciendo actores nuevos como China, India o Corea.[314]

Partiendo de este fenómeno de la globalización se puede, no obstante, identificar determinados factores que van a influir en la intervención de los Estados en el mercado internacional de defensa:

En primer lugar, la consideración de los sistemas de armas como capacidad estratégica, la necesidad de proteger a la industria nacional, así como la importancia en el ámbito de la defensa de garantizar la seguridad del suministro, determina que los Estados prefieran que el suministrador esté radicado en su propio territorio[315]. De ahí que el recurso a la licitación internacional se reserve a supuestos en los que no se pude obtener el producto con las capacidades nacionales, buscando la participación de la industria nacional (o incluso, la creación de la misma en el caso de que no se disponga de ella, de modo que la producción se realice en su territorio) u otro tipo de compensaciones mediante las denominadas compensaciones industriales (offsets).

Asimismo, la insuficiencia de recursos nacionales hace necesario fomentar la exportación de los productos de defensa, lo cual únicamente se puede producir tras el éxito del programa y su uso por las Fuerzas Armadas del país de manera satisfactoria. La exportación de este material está sujeta al correspondiente control administrativo y vinculada a la política exterior del país, al tiempo que requiere la implicación de los Gobiernos en apoyo de esta actividad exportadora[316].

---

[314] MARTÍN CASARES,G. y AMOR MORENO, M.E. La política industrial… op. cit., págs. 49 a 56.

[315] Esta circunstancia se puso de manifiesto ya por Adam Smith, en *La riqueza de las Naciones* (1776), que daba notable importancia a la necesidad de no depender de los países vecinos en lo referente a la fabricación de los productos necesarios para su defensa. Aunque en la actualidad, la complejidad de los sistemas de armas y su coste dificulta que todas las capacidades militares estén ubicadas en territorio nacional, haciendo imprescindible a la mayoría de los países acudir a formas colaborativas para su adquisición, se trata de una aspiración que se mantiene, al menos respectos de las capacidades más esenciales.

[316] Como recuerda MARTÍ SEMPERE, «Este comercio forma parte de la política exterior de una nación, dentro de sus planes de reforzamiento de las relaciones con amigos y aliados, y supone habitualmente la exclusión de venta a naciones no gratas. Así pues, la exportación está sujeta a los avatares de esta política como cambio de aliados, embargos internacionales de Armamento, etc. lo que supone otra fuente de incertidumbre para la industria. El soporte institucional a la venta del producto, aparte de sus méritos, vienen a ser esencial para el éxito de esta actividad, pues el país comprador ve al Estado, en última instancia, como el garante de toda la operación. Las naciones con mayor actividad exportadora han creado organizaciones especializadas como DCI en Francia, UKTI DSO en el Reino Unido, o CIDYS en España». MARTÍ SEMPERE, C. «La industria de defensa… op. cit. págs. 169 a 182.

De este modo, se observa cómo, partiendo del carácter estratégico de la industria de defensa y su vinculación con la soberanía nacional, el fenómeno exportador se vincula claramente a los objetivos políticos de los Estados, ya que la imposibilidad de depender exclusivamente de los presupuestos nacionales hace imprescindible que la industria de defensa salga a competir en los mercados exteriores con el fin de mantener sus capacidades y de preservar puestos de trabajo y actividad económica, lo que requiere un decidido apoyo institucional, hasta el punto en que, en multitud de ocasiones, las negociaciones se entablan entre los propios Gobiernos que actúan como «embajadores» de sus propias industrias, tal y como se observa en las distintas ferias internacionales de defensa[317]. Asimismo, existen instrumentos específicos que regulan dichas relaciones, como es el caso del FMS (*Foreign Military Sales*) norteamericano, en el que muchos de los países basan el apoyo internacional a su industria y en el que España se ha inspirado para regular su contrato «gobierno a gobierno».

Pero, además del citado apoyo institucional, para poder intervenir en este mercado globalizado es necesario ser competitivo, lo que supone buscar un equilibrio entre el mantenimiento de las capacidades esenciales en la industria nacional para garantizar la soberanía al tiempo que se incrementa la participación en los programas de colaboración

[317] Para fomentar este apoyo en España, en virtud de una encomienda firmada el 24 de julio de 2009, se constituyó en el seno de la sociedad pública Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España (ISDEFE) un grupo de apoyo de la Secretaría de Estado de Defensa denominado Consultoría Internacional de Defensa y Seguridad (CIDyS), con el objetivo de materializar el apoyo institucional a las empresas en el ámbito internacional en los siguientes ámbitos: a) apoyo al fomento de la proyección internacional de la Industria de Defensa en España y en particular, ampliar el mercado exterior de los productos y servicios de defensa; b) apoyo a la promoción de la diversificación de clientes del sector de industrias de defensa, fomentando su colaboración y participación en programas de armamento de las Fuerzas Armadas de países aliados y amigos; apoyo a la generación de economías de escala en los programas nacionales de armamento. https://www.infodefensa.com/texto-diario/mostrar/3147745/defensa-encarga-isdefe-apoye-proyeccion-internacional-industria-defensa-espanola (Consultado el 10 de octubre de 2021).
Posteriormente, se reactivó en el seno de la DGAM la Oficina de Apoyo Exterior (OFICAEX), creada en el año 1993 y cuyas funciones se actualizaron en 2013 con la misión fundamental de ayudar institucionalmente la internacionalización de las empresas españolas del sector de la Defensa. 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.
https://www.ieee.es/Galerias/fichero/Varios/InternacionalizacionIndustria_BOD_03may2013.pdf (Consultado el 10 de octubre de 2021)
Más recientemente, el Ministerio de Defensa y las asociaciones industriales TEDAE y AESMIDE, han creado la fundación FEINDEF, con el objetivo de reforzar la imagen de la Industria de Defensa y Seguridad española, promover las actividades científicas y técnicas y favorecer su internacionalización e integración, especialmente en Europa. Además, la Fundación dará continuidad a la celebración con carácter bienal de la feria FEINDEF, cuya primera edición se celebró en mayo de 2019, haciéndose cargo de su planificación y ejecución. https://www.feindef.com/detnoticia.asp?id=60 (Consultado el 10 de octubre de 2021).
La segunda edición de FEINDEF se ha celebrado los pasados días 3, 4 y 5 de noviembre de 2021 en IFEMA (Madrid).

con otros países, siendo muy destacables en este ámbito las actuaciones que se están llevado a cabo en el ámbito de la Unión Europea y en las que se genera una tensión entre la necesaria competitividad y la salvaguardia de la soberanía nacional, tal y como se analizará posteriormente.

III.2. Un mercado caracterizado por la existencia de «fallos del mercado».

El análisis de las principales características del mercado de defensa implica partir de su consideración como cuasi monopolio, a la que ya se ha hecho referencia, y de la existencia de fallos del mercado que deben corregirse mediante la intervención estatal.

Dentro de los bienes y servicios que son necesarios para la defensa nacional se pueden distinguir dos categorías:

Por un lado, se encontrarían aquellos productos similares a los necesarios en otros ámbitos de la actividad pública, tales como combustible, vehículos de transporte, alimentos, mobiliario, ordenadores, material fungible, etc. en los que existen múltiples proveedores que operan en otros sectores y cuyos costes, características y prestaciones son bien conocidos, lo que permite un elevado nivel de competencia.

Por otro lado, los bienes más relevantes para garantizar la seguridad de los ciudadanos y los intereses nacionales y que son de especial trascendencia en el desarrollo de las operaciones militares, que se suministran por un limitado número de empresas especializadas, como los buques de guerra, aviones, carros de combate, vehículos acorazados o sistemas de mando y control y de comunicaciones, cuyas características, necesarias para garantizar la superioridad sobre el adversario, no se conocen en detalle, requieren de importantes inversiones en investigación o desarrollo y se caracterizan por una elevada incertidumbre respecto a sus condiciones (como el plazo de suministro, coste, prestaciones, utilidad en operaciones y vida operativa). Asimismo, dicha incertidumbre supone un incremento del nivel del riesgo que dificulta la su financiación con capital privado. Todas estas circunstancias, propias de la mayoría de los bienes de defensa necesarios para el desarrollo de las operaciones militares[318] da lugar a la existencia de

[318] Estas circunstancias son destacadas por el propio Ministerio de Defensa en sus Cuadernos de Política Industrial, Cuaderno 3: Fundamentos económicos de la industria de defensa, 2010, disponible en https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/c/u/cuaderno_isdefe_03.pdf

fallos del mercado, como son la existencia de barreras de entrada, el reducido volumen de la demanda o la complejidad y especificidad de los productos, que requieren su corrección mediante la intervención estatal.[319]

Por ello, podemos coincidir con MAURO VEGA en que las necesidades de garantizar la defensa nacional y las distintas peculiaridades del mercado de defensa derivadas de la existencia del Estado como cliente único o casi único, determinan una especial relación entre el Estado y la industria y su conducción a través de distintas formas de intervención[320].

Dentro de estas medidas de intervención, podemos destacar las siguientes:

a) Proteccionismo: El mercado de defensa se caracteriza por una política comercial claramente proteccionista amparada en razones de soberanía, dada la necesidad de garantizar el mantenimiento de la industria nacional en cuanto capacidad estratégica, y que se ve muy influida por los ciclos económicos, ya que en los momentos de crisis los países tienden a ser más proteccionistas para salvar a corto plazo su industria y el empleo nacional[321]. Asimismo, este proteccionismo pretende garantizar las altas inversiones

(Consultado el 2 de septiembre de 2021): «Entre las características más relevantes de la producción de estos últimos bienes cabría señalar:
• En primer lugar los elevados costes de diseño, desarrollo y producción de los sistemas de armas que, junto a los largos plazos de obtención, dificultan la entrada en el mercado de nuevos proveedores.
• En segundo lugar, el volumen de la demanda del Ministerio de Defensa que no permite la existencia, en la mayoría de los productos, de más de un proveedor para fabricar con eficiencia y competitividad.
• Y por último, la gran complejidad y especificidad de los productos demandados por el Ministerio de Defensa, situación que en la terminología anglosajona se podría expresar diciendo que no se trata de un mercado de "commodities", limita y, en muchos casos, impide la existencia de competencia».

[319] Para más información sobre las dificultades y limitaciones inherentes al mercado donde se realiza la compra "a futuro" de los bienes de defensa, véase MARTÍ SEMPERE, C., «El problema de la compra de "futuros" en defensa», *Economía industrial* Nº 412, (Ejemplar dedicado a: Industria de defensa), Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Madrid, 2019 págs. 67 a 76.

[320] MAURO VEGA, J., «El planeamiento de la defensa en España 2008-2015: Análisis de política pública», *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 1, No. 2, 2015, págs. 35 a 63. DOI: http://dx.doi.org/10.18847/1.2.2: «Por otra parte, la defensa tiene la particularidad de implicar generalmente el suministro público de bienes y servicios para su provisión, dada la relación existente entre el Estado y el complejo tecnológico-industrial sectorial. Tanto por razones estratégicas (por ejemplo, la búsqueda de mayores grados de independencia tecnológica) como por la competencia imperfecta evidenciada en diversos mercados proveedores (que erosionan las posibilidades del Estado como cliente), es este el que asume la responsabilidad de su conducción a través de distintas formas de intervención».

[321] El Acuerdo del Consejo de Ministros de 2015, en su apartado cuatro, es taxativo respecto a la necesidad de proteger a la industria: «El Gobierno adoptará cuantas medidas considere necesarias para proteger productos o servicios suministrados por uno o más contratistas, cuando dichos productos o servicios sean esenciales para salvaguardar una respuesta operacional.
El Gobierno adoptará cuantas medidas considere necesarias para garantizar el suministro de los productos y servicios determinados en el párrafo anterior, incluida la protección de los activos esenciales de los citados contratistas».

realizadas por el Estado, ya que es una industria que en gran medida depende de las aportaciones del Estado[322].

a) Apoyo a la internacionalización de la industria. Como se ha visto, se trata de un mercado en el que participan directamente los Estados apoyando a sus industrias nacionales, hasta el punto de que en muchas ocasiones, los contratos se celebran directamente entre los gobiernos correspondientes.

b) Otra forma de intervención estatal es reestructurando su sector industrial, fomentando su integración y fortalecimiento, favoreciendo fusiones, lo que puede realizar lanzando nuevos programas, fomentando las adquisiciones conjuntas y mediante la concesión de ayudas, lo que permitirá además superar las barreras de la competencia internacional.

Un ejemplo de esta reestructuración es la producida en la industria norteamericana tras la caída de la Unión Soviética y el notorio avance del consorcio europeo Airbus, que dio lugar a que se impulsara una política de consolidación industrial que el Secretario Adjunto de Defensa de Estados Unidos, William J. (Bill) Perry anunció a los CEOS de las 12 mayores empresas norteamericanas proveedoras de Defensa en otoño de 1993, en la que se ha venido a conocer como «la última cena», y que implicaba que deberían reducirse a seis empresas en cinco años, sin perder competitividad ni tecnologías críticas[323].

[322] MARTÍ SEMPERE, C., *Sobre la eficiencia*… op. cit. pág. 203:
«La Administración, como se ha visto en capítulos anteriores, desempeña un papel clave en la obtención eficiente de capacidades militares, a través de la elaboración de conceptos de operación, la determinación de los medios que se precisan, la realización de ejercicios y ensayos, la formación y el entrenamiento del personal y el apoyo logístico asociado. Igualmente, la Administración desempeña un papel esencial en la consecución de una base tecnológica e industrial de la defensa. Las disponibilidades presupuestarias para la obtención de sistemas, la selección y adjudicación de proyectos, y el diseño de los contratos son las herramientas básicas para alcanzar este objetivo, aunque tengan también su papel otras como la concesión de ayudas en forma de préstamos, formación, o reducción de impuestos»

[323] RUIZ DE OJEDA ZURITA, J., «Europa ante las claves del liderazgo en el sector aeroespacial y de defensa», en *Monografías 146 La industria de defensa en España tras los consejos europeos de diciembre de 2013 y junio de 2015*, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 2015, págs. 95 y 96: «En la primavera de 1998 al publicarse los resultados empresariales del año 1997, el mundo pudo constatar ya con datos que en solo cuatro años, en vez de en cinco, se había conseguido la consolidación pedida por Bill Perry en 1993: de las doce grandes empresas quedaban solo cuatro, y además se habían integrado a otras cuatro más pequeñas. Las cuatro empresas resultantes eran Boeing (fusionada con Rockwell y McDonnell Douglas), Lockheed (con General Dynamics AC, Martin Marietta y Loral), Raytheon (con Hughes Electronics, E-Systems, Defense Systems and Electronics Group y Chrysler Defense Electronics) y Northrop (con Grumman y Westinghouse Electronics Systems)».

III.3. La concurrencia de ordenamientos jurídicos.

El mercado internacional de defensa se caracteriza, asimismo, por la concurrencia de diversos ordenamientos jurídicos aplicables a los sujetos que intervienen en el mismo, formado tan por normas de Derecho internacional, tanto público como privado, como por los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado.

De este modo, la proyección hacia el exterior de la contratación pública presenta dos tipos de problemas específicos: la posibilidad de interferencia de otros ordenamientos y jurisdicciones estatales que pueden prever soluciones diversas hasta el punto de que podría incluso resultar inaplicable el régimen jurídico propio en materia de contratación pública del país que pretende contratar fuera de su territorio y la posibilidad de que si se buscase mantener la aplicación del régimen jurídico propio podría llegarse al problema práctico de no poder contratar con el sujeto determinado que verdaderamente interesa al país contratante, lo que tiene especial relevancia ya que al menos en determinados supuestos existe una oferta muy limitada por hallarse condicionada a factores no solo comerciales, sino también de índole estratégica y política ineludiblemente presentes en el sector de la contratación relativa a sistemas de armas y demás equipos de todo tipo cuyo uso exija la transferencia de alta tecnología[324].

Por otro lado, desde una perspectiva meramente jurisdiccional, se plantearía el problema del control jurídico de las normas internas que puedan contradecir lo previsto en los tratados internacionales, y cuyo control, en principio, recaería sobre los tribunales ordinarios, que podrían inaplicarlas, tanto si se trata de un conflicto con el derecho comunitario, dada la aplicación de los principios de primacía y eficacia directa, tal y como señaló la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Simmenthal* y fue asumido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 28/1991, de 14 de febrero[325], como si se trata de otro tipo de tratados al amparo del artículo 96 de la Constitución, como recientemente ha señalado la STC 140/2018, de 20 de diciembre[326], recogiendo la doctrina

[324] FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, E., «Disposición adicional primera… op. cit. pág. 1597.

[325] STJCE de 9 de marzo de 1978 (106/77): «Los Jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional».

[326] En la que, precisamente, se planteaba la compatibilidad entre la normativa nacional referida a la jurisdicción universal con los siguientes tratados internacionales: el I Convenio de Ginebra, para aliviar la

americana del «control de convencionalidad» pero limitándola a un control difuso, cuya aplicación no está exenta de interrogantes, como acertadamente plantea el profesor ALONSO GARCÍA[327].

III.3.A. El Derecho Internacional Público:

a) El reconocimiento internacional de la trascendencia de la defensa nacional.

En relación con la aplicación del Derecho Internacional Público, ya nos hemos referido anteriormente a la proyección del mismo con ocasión de la creación de organizaciones internacionales de defensa y seguridad que coadyuvan a la consecución de los objetivos perseguidos por los Estados en defensa de su propia soberanía. Asimismo, en el caso de los contratos o convenios celebrados conforme a los procedimientos establecidos en una organización de carácter internacional derivaría de la aplicación de las normas del Derecho Internacional Público que hacen posible su existencia. Derecho

suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, el II Convenio de Ginebra, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, el III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y el IV Convenio de Ginebra de protección de personas civiles en tiempo de guerra (todos ellos de 12 de agosto de 1949); la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (de 10 de diciembre de 1984), y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (de 20 de diciembre de 2006).

[327] ALONSO GARCÍA, R. «El control de convencionalidad: cinco interrogantes» en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 119, Madrid, 2020, págs. 13 a 51, en concreto pág. 48: «En efecto, que el juez constitucional no sea el único, a día de hoy, competente para controlar las leyes, ni puede ni debe entenderse como una mutación de nuestro sistema concentrado de control de constitucionalidad de la ley. Lo que se ha producido es algo más sutil, consistente en ampliar el parámetro de control de las leyes, más allá de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, a las normas de la Unión y las normas internacionales, y en atribuir el ejercicio de este a la jurisdicción ordinaria. En ningún sitio está escrito en sede constitucional, al menos por el momento, que dicha ampliación del parámetro de control y la atribución de su ejercicio a la jurisdicción ordinaria lleven aparejada una renuncia al bloque de constitucionalidad como parámetro de control y a la atribución de su ejercicio al TC en exclusiva cuando, recayendo sobre leyes posconstitucionales, se pretenda traducir en juicios negativos (esto es, en declaraciones de inconstitucionalidad)». Asimismo, en relación con la competencia del Tribunal Constitucional para controlar las leyes dirigidas a vulnerar intencionadamente el mandato del artículo 96.1 CE, entre las que el citado autor incluye las que denomina «leyes reivindicatorias de la cesión de soberanía», véase ALONSO GARCÍA, R. *El juez español y el Derecho comunitario,* Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2003. Para un estudio más amplio de las facultades del juez ordinario en relación con el derecho comunitario, singularmente respecto de la facultad de adoptar medidas cautelares a partir de la sentencia del Tribunal europeo de Justicia de 19 de junio de 1990 en el *asunto Factortame,* véase ALONSO GARCÍA, R. «Treinta años de *ius publicum commune* europeo en España» en *Revista de Administración Pública,* núm. 200, Madrid, mayo-agosto 2016, págs.. 341 a 360.

Internacional Público que también debe tenerse en cuenta en la configuración de otra figura frecuentemente utilizada en el ámbito de las relaciones internacionales en materia de defensa, los Memorando de Entendimientos (MOUS) para diferenciarlo de la figura del tratado internacional.

Asimismo, por razones de reconocimiento de la soberanía de los Estados, es frecuente la exclusión de los Tratados Internacionales de las obligaciones impuestas a los Estados cuando concurren razones de defensa nacional o seguridad pública. Este sería el supuesto reconocido en el artículo 346 del TFUE en los casos en que se vean afectados los intereses esenciales de la seguridad, que será objeto de estudio más detallado en el Capítulo IV.

Por esta misma razón el artículo XXI del Tratado GATT[328] excepciona el comercio de armas de la libertad de mercancías cuando se vea afectada la seguridad de los Estados:

«Artículo XXI Excepciones relativas a la seguridad

No deberá interpretarse ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de que:

a) imponga a una parte contratante la obligación de suministrar informaciones cuya divulgación sería, a su juicio, contraria a los intereses esenciales de su seguridad; o

b) impida a una parte contratante la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, relativas:

i) a las materias fisionables o a aquellas que sirvan para su fabricación;

ii) al tráfico de armas, municiones y material de guerra, y a todo comercio de otros artículos y material destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas;

iii) a las aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional; o

[328] https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47.pdf (Consultado el 1 de noviembre de 2021). Contiene el Acuerdo sobre la OMC que incluye el «Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994». Este instrumento, denominado «GATT de 1994», se basa en el texto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio original, denominado «GATT de 1947».

c) impida a una parte contratante la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones por ella contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales».

b) Las limitaciones internacionales a la soberanía por razón del objeto. El desarme y el control de armamento.

Define CALDUCH[329] el desarme como «todo proceso de reducción, supresión o renuncia a la producción de armamentos y/o fuerzas militares realizado, generalmente, de acuerdo con lo dispuesto en tratados internacionales y con la finalidad de fortalecer la seguridad y la paz internacionales». Como viene destacando la doctrina, las técnicas de desarme, dirigidas a conseguir una sustancial reducción en el nivel del poder militar del Estado, no pueden confundirse con las técnicas de control de armamentos, dirigidas a impedir que el poder militar adquiera un desarrollo autónomo y originara peligros al dejar de cumplir sus verdaderas funciones que son defenderse frente al enemigo y disuadirle de que ataque.[330]

El desarme y el control de armamento se encuentra estrechamente vinculado al derecho internacional humanitario, y trata de resolver el conflicto que surge entre la necesidad de garantizar la seguridad nacional y el respeto del principio de humanidad. Para la definición de este *ius in bello*¸ me parece muy acertada la de PICTET[331] como «un conjunto de normas, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de combate». De este modo, se introducen modulaciones en el Derecho Internacional que regula el *ius ad bello* (derecho a hacer la guerra), que partiendo de la prohibición general recogida en el artículo 2, inciso 4 de la Carta de las Naciones Unidas,

[329] CALDUCH, R., *Dinámica de la Sociedad Internacional,* Editorial Ceura. Madrid, 1993, pág. 11.
[330] MARIÑO, F. «Zonas libres de armas nucleares en el Derecho Internacional», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*,*1985,* Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1986, pág. 153.
[331] PICKET, J. «El Derecho Internacional Humanitario: definición» en AAVV. *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario*, Tecnos, Madrid 1990, págs. 17 a 18.

se admite de manera excepcional en los supuestos de legítima defensa frente a un ataque armado (artículo 51 de la Carta) o cuando el Consejo de Seguridad decide su uso frente a una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión (capítulo VII de la Carta).

Este ius in bello encuentra como precedente el primer Convenio de Ginebra de 1864 y, en materia de armamento, la «Declaración de San Petersburgo» adoptada en 1868, a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra y que sería la «primera codificación de armas prohibidas»[332]. Como recuerda VALLADARES[333] en sus consideraciones iniciales ya se establecía una referencia al principio rector de la prohibición de «causar males superfluos» y de los «sufrimientos inútiles» en la guerra y ha constituido una de las principales bases sobre las cuales los Estados realizan múltiples intentos destinados a prohibir o limitar el empleo de ciertas armas que causan especialmente graves consecuencias humanitarias.

La necesidad de restringir determinado el uso de determinado armamento se puso igualmente de manifiesto en las Conferencias de la Haya de 1899 y 1907, aunque sus acuerdos en cuanto a los gases asfixiantes no fueron respetados en la I Guerra Mundial, lo que llevó a la firma el 17 de junio de 1925 del Protocolo sobre la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos.[334]

En la actualidad, el desarme se configura como uno de los objetivos esenciales que persigue las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz internacional[335], para lo cual cuenta desde 1952 con la Comisión de Desarme de las Naciones Unidas (UNDC),

[332]Camargo, Pedro Pablo, "Derecho Internacional Humanitario" Tomo I, Jurídica Radar Ediciones, Colombia 1995, pág. 465.

[333] VALLADARES, G.P., «La contribución del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) al desarrollo de las normas del Derecho Internacional que prohíben o restringen el empleo, la producción, el almacenamiento o la transferencia de ciertas armas convencionales». http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIX_curso_derecho_internacional_2012_Gabriel_Pablo_Valladares.pdf

[334] Fue firmado por 36 Estados, entre ellos España, que lo ratificó el 22 de agosto de 1929. Hasta septiembre de 2021, 145 Estados lo han ratificado o se han adherido a él. https://treaties.unoda.org/t/1925 (Consultado el 1 de septiembre de 2021).

[335] Artículo 11 de la Carta de las Naciones Unidas: «*La Asamblea General podrá considerar los principios generales de la cooperación en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, incluso los principios que rigen el desarme y la regulación de los armamentos…» https://www.un.org/disarmament/es/el-desarme-en-la-asamblea-general/ (Consultado el 31 de agosto de 2021).*

habiéndose aprobado diferentes resoluciones por la Asamblea General e impulsado los correspondientes instrumentos internacionales.

Dentro de dichos instrumentos destacan los suscritos durante la Guerra Fría para limitar el uso de armas nucleares, como el Tratado sobre la No Proliferación Nuclear de 1968. Posteriormente, tras la caída del Muro de Berlín en Noviembre de 1989 y el proceso de desintegración de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas se incrementa el número de estos tratados en otros ámbitos distintos del nuclear, como la Convención sobre las Armas Químicas de 1993, La Convención sobre la prohibición de minas antipersona de 1997 y la Convención sobre municiones de racimo de 2008[336].

Entre los más recientes se encuentran el Tratado internacional sobre el comercio de armas, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 2 de abril de 2013, firmado por 130 países y ratificado por 83[337], que entró en vigor el 24 de diciembre de 2014 y regula el comercio internacional de armas convencionales[338], desde armas pequeñas hasta carros de combate, aeronaves de combate y buques de guerra. El Tratado tiene su fundamento en la Carta de las Naciones Unidas, cuyo artículo 26 manifiesta la necesidad de elaborar planes para el establecimiento de un sistema de regulación de armamento en beneficio de la paz y la seguridad internacionales y tiene como objeto la instauración de normas que regulen el comercio internacional de armas convencionales, eviten el tráfico ilícito y prevengan su desvío al mercado ilícito o hacia usos y usuarios finales no autorizados, en particular de los gobiernos sujetos a sanciones del Consejo de Seguridad, los grupos terroristas y las bandas de crimen organizado o si se tiene conocimiento de que las armas

[336] Entre estos instrumentos internacionales se pueden citar los siguientes: Tratado sobre la no-proliferación de armas nucleares (1968). Tratado para la prohibición del emplazamiento de armas nucleares y otras armas de destrucción masiva en los fondos oceánicos (1971). Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción o almacenamiento de armas bacteriológicas y sobre su destrucción (1972). Convención sobre la prohibición de técnicas de modificación ambiental para usos militares u hostiles (1976) Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y no internacionales, respectivamente (1977) Convención sobre prohibiciones o restricciones en el empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados más sus cinco Protocolos Adicionales (1980) Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1993). Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares (1996) Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersona y sobre su destrucción (1997) Convención sobre municiones de racimo (2008) Tratado internacional sobre el comercio de armas (2013) Tratado sobre la prohibición de las armas nucleares (2017).

[337] Entre ellos España, el 2 de abril de 2014. https://www.un.org/disarmament/es/armas-convencionales/el-tratado-sobre-el-comercio-de-armas/ (Consultado el 1 de septiembre de 2021).

[338] El término armamento convencional hace referencia al que no es de naturaleza nuclear, biológica, química o radiológica.

van a utilizarse para cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, infracciones graves de los Convenios de Ginebra, ataques contra bienes o personas civiles protegidas o crímenes de guerra.

Este tratado ha supuesto un importante cambio de perspectiva que es necesario destacar, ya que como acertadamente señala SANDOVAL ROJAS[339], supone un avance respecto de la tradicional limitación de las transferencias de armas no convencionales desde la perspectiva del Derecho del desarme para prestar mayor atención a las graves afectaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario producidas por el mal uso de armas convencionales, particularmente las armas pequeñas y ligeras, en la línea del proceso de humanización del Derecho Internacional resaltado por CARRILLO SALCEDO.[340] De ahí que pueda considerarse como una de las principales aportaciones del Tratado la incorporación expresa principios y normas provenientes de diversas ramas del Derecho Internacional[341]. Esta postura es además coherente con el nuevo concepto de seguridad, entendida como *seguridad humana*[342], que subraya la necesidad de contar con una nueva estructura que combine los programas de paz y seguridad, desarrollo y derechos humanos de manera más eficaz, eficiente y orientada a la prevención. Este nuevo enfoque rompe con la

339 SANDOVAL ROJAS, O., «Un tratado sobre comercio de armas para frenar la proliferación mundial de armamento», *Agenda Internacional Año XV*, N° 26, 2008, págs. 131 a 156.

340 CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 13 a 15.

341 Buena parte de los principios en que se basa el Tratado sobre el Comercio de Armas emanan de la Carta de las NNUU. Estos son el derecho a la legítima defensa individual y colectiva de los Estados (Art 51), la solución por medios pacíficos de controversias internacionales (Art 2.3), la renuncia a recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia de cualquier Estado (Art 2.4), la no intervención en los asuntos de la jurisdicción interna (Art 2.7) y el respeto de los derechos humanos (Carta de las NNUU y Declaración Universal de Derechos Humanos). Estos principios se complementan con el respeto por el derecho internacional humanitario y la obligatoriedad de los Estados de regular el comercio internacional de armas convencionales, de evitar su desvío y de aplicar sistemas nacionales de control. Todo ello sin menoscabo de los legítimos intereses de los Estados en la fabricación, exportación, importación y transferencia de armas para su defensa y para la participación en operaciones de paz.

342 El Informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sobre Desarrollo Humano titulado Nuevas dimensiones de la seguridad humana acuñó el término "seguridad humana" en el sistema de las Naciones Unidas. El Informe destacó cuatro características básicas de la seguridad humana: universalidad, interdependencia de sus componentes, centrada en las personas y mejor garantizada mediante la prevención temprana y siete ámbitos relacionados: seguridad económica, alimentaria, de la salud, del medio ambiente, personal, comunitaria y política. Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la Seguridad Humana, La seguridad humana en las Naciones Unidas, Nueva York, 2012. https://www.unocha.org/sites/dms/HSU/Outreach/12-41684_Spanish%20HUMAN%20SECURITY%20Brochure_web_December%2010.pdf (Consultado el 1 de septiembre de 2021).

concepción westfaliana de la seguridad para llegar a una definición que pone a la persona en el foco de atención. «La seguridad significa ser libres de las constantes amenazas del hambre, la enfermedad, el delito y la represión. También significa protección contra perturbaciones repentinas y perjudiciales en la pauta de nuestras vidas cotidianas, ya sea en relación con nuestros hogares, nuestros empleos, nuestras comunidades o nuestro medio ambiente». (PNUD, 1994). Según se señala en la resolución 66/290 de la Asamblea General, «la seguridad humana es un enfoque que ayuda a los Estados Miembros a determinar y superar las dificultades generalizadas e intersectoriales que afectan a la supervivencia, los medios de subsistencia y la dignidad de sus ciudadanos». En la resolución se exigen «respuestas centradas en las personas, exhaustivas, adaptadas a cada contexto y orientadas a la prevención que refuercen la protección y el empoderamiento de todas las personas»[343].

Asimismo debe destacarse el Tratado sobre la prohibición de las armas nucleares aprobado por la Asamblea General de la ONU el 7 de julio de 2017, ratificado por 51 países y en vigor desde el 22 de enero de 2021 y que a diferencia del Tratado de no proliferación de 1968 que recogía el compromiso por parte de los Estados Poseedores de Armas Nucleares de no transferir su tecnología nuclear ni tecnología sobre armas nucleares a otros países, ni tampoco a asistir en el desarrollo de tales armas, prohíbe íntegramente las armas nucleares para todos los Estados Parte, debiendo ponerlas fuera de estado operativo y eliminarlas. No obstante la importancia del citado Tratado, que supone un avance decidido en el objetivo largamente perseguido de eliminación del arsenal nuclear, y que fue firmado por dos tercios de los Estado de la ONU, coincido con MARTÍN CORRALES[344] en que su aprobación no puede considerarse un éxito, ya que no ha conseguido la implicación de los Estados de los que depende su aplicación, es decir, todas las potencias nucleares y sus aliados, que se han negado a participar en la redacción del Tratado y en su votación, y que representan a más de la mitad de la población mundial y el 80% del PIB del planeta.

[343] Fondo Fiduaciario de las Naciones Unidas para la Seguridad Humana https://www.un.org/humansecurity/es/what-is-human-security/ (Consultado el 1 de septiembre de 2021).

[344] MARTÍN CORRALES, C., «Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares: ¿avance hacia el desarme nuclear?>> *Documento de opinión 97/2017,Boletín IEEE nº 7* (Julio-septiembre) 2017, págs. 839 a 857 *http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEEO97-2017_Prohibicion_Armas_Nucleares_CristianMartin.pdf (Consultado el 1 de septiembre de 2021).*

Además de los tratados multilaterales impulsados por Naciones Unidas, existen asimismo tratados de ámbito regional vigentes, relacionados fundamentalmente con la prohibición de poseer o utilizar armas nucleares.[345] Dentro de estos instrumentos regionales, en el ámbito europeo destaca el Tratado de Fuerzas Armadas Convencionales en Europa (FACE), firmado en París el 19 de noviembre de 1990 en el ámbito de la entonces Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa por 22 Estados, de los que 16 eran miembros de la Alianza Atlántica y 6 del Pacto de Varsovia, y que constituye, junto con la «Carta de París para una Nueva Europa» y la denominada «Declaración Conjunta de los 22 Estados», una tríada documental que es la mejor expresión del fin de la guerra fría[346]. En virtud del mismo, los Estados signatarios se comprometían a reducir significativamente las capacidades de sus fuerzas armadas mediante la aceptación de unos techos de armamento, el intercambio de información anual de las existencias de armamento y personal así como el establecimiento de un sistema global de control y verificación mediante inspecciones, siendo su principal contribución a la seguridad europea, tal y como señala ENSEÑAT, el «incremento espectacular de la llamada transparencia militar».[347] En la actualidad, tras la desintegración de la Unión Soviética y la aparición de nuevos Estados, en la cumbre de la OSCE en Estambul de 1999 se firmó el denominado «Acuerdo de Adaptación», por 30 países, si bien tras la suspensión de su

[345] América: Tratado para la prohibición de armas nucleares en Latinoamérica y el Caribe o Tratado de Tlatelolco (1968); Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (1997) y Convención interamericana sobre transparencia en las adquisiciones de armas convencionales (1999).
Europa: Tratado sobre fuerzas armadas convencionales en Europa (1990) y Acuerdo sobre control subregional de armamentos, o Acuerdo de Florencia (1996).
África: Tratado africano para la formación de una zona libre de armas nucleares o también Tratado de Pelindaba (1996); Protocolo para el control de armas de fuego, municiones y otros materiales relacionados de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo, SADC (2001); Protocolo de Nairobi para la prevención, control y reducción de las armas pequeñas y ligeras en la región de los Grandes Lagos y el Cuerno de África (2004); Convención sobre armas pequeñas y armas ligeras, sus municiones y otros materiales relacionados de la Comunidad Económica de los Estados Africanos del Oeste (2006) y Convención de África Central para el control de armas pequeñas y armas ligeras, sus municiones y todas las piezas y componentes que puedan servir para su fabricación, reparación y ensamblaje o Convención de Kinshasa (2010).
Asia: Tratado de la zona libre de armas nucleares del Sudeste Asiático, o Tratado de Bangkok (1995) y Tratado sobre zona libre de armas nucleares en Asia Central, o Tratado de Semipalatinsk (2006).
Oceanía: Tratado de zona libre nuclear del Pacífico Sur o Tratado de Rarotonga (1985).

[346] MARIÑO MENÉNDEZ, F. «El Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa», *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen XLIII, 1991, págs.. 57 a 58.

[347] ENSEÑAT Y BEREA, A., *«La adaptación del Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa y sus consecuencias estratégicas». Boletín de Información, nº 274,* CESEDEN, 2002, pág 29. El mismo autor realiza un análisis exhaustivo de este tratado en ENSEÑAT Y BEREA, A., *Estudio del Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995.

aplicación por Rusia en 2007 y en 2011 por los países aliados de la OTAN conforme al principio de reciprocidad, se suspendieron los intercambios de información, las notificaciones y las inspecciones con respecto a la Federación de Rusia, siguiendo en vigor para el resto de los 29 Estados firmantes, por lo que puede afirmarse con Aguado que el Tratado FACE cumplió sus objetivos con éxito pero ha quedado ya obsoleto.[348]

Por otro lado, es de destacar los tratados bilaterales que se suscribieron entre Estados Unidos y la Unión Soviética durante la Guerra Fría, con el objeto de frenar la carrera armamentística en la que estaban incursas ambas superpotencias, en los que destacan los Acuerdos SALT I y II (*Strategic Arms Limitation Talks*, por sus siglas en inglés), firmados en 1972 y 1979, cuyo principal objetivo era la limitación del número de sistemas de misiles de cada Estado, así como frenar la construcción de misiles balísticos de largo alcance, y del que EEUU se desligó a partir de 1986; el Tratado INF (*Intermediate-Range Nuclear Forces*) firmado en 1987 prohibió la producción y el uso de misiles balísticos de rango medio y alto, con capacidad de transportar ojivas nucleares, así como su eliminación de los depósitos militares y que supuestamente ha sido incumplido por Rusia con ocasión del conflicto en Ucrania[349]; y los tratados START, el START I de 1991, el START II de 1993 y el START III o NEW START de 2010, habiendo alcanzado Estados Unidos y Rusia un acuerdo para prorrogarlo el 4 de febrero de 2021 hasta el 5 de febrero de 2026[350].

La suscripción de dichos instrumentos y los compromisos derivados de los mismo tiene una especial incidencia en el mercado mundial de defensa, puesto que limita cualitativa y cuantitativamente el tipo de armamento que puede producirse y comerciarse. Por consiguiente, incide en la contratación de armamento y, al mismo tiempo, en la propia industria de defensa, pudiendo dar lugar a la producción de pérdidas en las mismas cuando el armamento que fabrican deja de ser admisible, debiendo suspenderse su fabricación y

[348] AGUADO VALLADARES, C., «La lenta agonía del tratado FACE», *Documento de opinión 23/2012, IEEE,* 2012.
http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2012/DIEEEO23-2012_LentaAgoniaTratadoFACE_AguadoValladares.pdf (Consultado el 1 de septiembre de 2021)

[349] EE UU acusa a Rusia de violar un tratado clave de la guerra fría
https://elpais.com/internacional/2014/07/29/actualidad/1406602273_652820.html (Consultado el 1 de septiembre de 2021)

[350] La consecución de la prórroga ha estado condicionada por importantes obstáculos, entre otros, las intenciones originales de la administración Trump de exigir la incorporación de China al acuerdo. https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/pr%C3%B3rroga-del-tratado-start-iii-avance-r%C3%A9gimen-no-proliferaci%C3%B3n (Consultado el 1 de septiembre de 2021).

destruirse el que se tenga almacenado, como ocurrió, por ejemplo, con las bombas de racimo. En estos supuestos, el Estado no está obligado a indemnizar a la industria como consecuencia de los compromisos internacionales que asume, en la medida en que implica la modificación del régimen existente, más acorde con la protección de la vida humana y con el derecho internacional humanitario, y configurarse como una carga general que no tiene por objeto una privación específica de derechos de las industrias afectadas, teniendo en cuenta además el deber especial de sujeción que surge de la autorización propia de una industria armamentística bajo un régimen que, obviamente, puede cambiar y cuyo efectivo cambio no puede calificarse como sorpresivo, dada la lentitud con la que se suelen producir estos cambios en el ámbito internacional.[351]

Por último, debemos referirnos a las normas aprobadas en el seno de la Unión Europea tendentes a controlar el comercio de armamento. El Consejo de Ministros de la Unión Europea aprobó el 8 de junio de 1998 un Código de Conducta aplicable a las exportaciones de armamento a países no comunitarios, basado en el Arreglo de Wassenaar sobre control de Exportaciones de Armas Convencionales y bienes y tecnología de Doble Uso de 1996, y que aunque carecía de efectos vinculantes, muchos de los países se adhirieron al mismo. Posteriormente, adquirió carácter vinculante al aprobarse la Posición Común 2008/944/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008 , por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares[352], cuyo contenido es prácticamente idéntico al del Código, recogiendo los ocho criterios del Código de Conducta que deberán tenerse en cuenta a la hora de otorgar las autorizaciones de exportación de armamento: 1) respeto de los compromisos internacionales, 2) respeto de los derechos humanos en el país de destino final, 3) situación interna del país de destino final, en términos de la existencia de tensiones o conflictos armados, 4) mantenimiento de la paz, la seguridad y la estabilidad regionales, 5) seguridad nacional de los Estados miembros, 6) comportamiento del país exportador frente a la comunidad internacional, 7) existencia de riesgo de desvío, y 8) compatibilidad de las exportaciones de armas con la capacidad económica y técnica del país receptor.

[351] Así resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2015, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por una empresa dedicada esencialmente a la fabricación de bombas de racimo.

[352] Recientemente modificada por la Decisión (PESC) 2019/1560 del Consejo, de 16 de septiembre de 2019, que modifica la Posición Común 2008/944/PESC por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares («DOUE» de 17 de septiembre de 2019).

Además, la Posición Común permite, en su artículo 10, que los países exportadores de armamento tengan en cuenta sus propios intereses económicos, sociales, comerciales e industriales a la hora de autorizar las exportaciones.

Asimismo, en relación con el material de doble uso, se ha aprobado el Reglamento (CE) No 428/2009 del Consejo de 5 de mayo de 2009 por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso[353].

III.3.B. La incidencia del Derecho internacional privado.

El incremento de la contratación pública internacional imprime especialidades al mercado de defensa derivado de la existencia en la contratación pública de un elemento internacional, en aquellos supuestos en los que el contrato produce efectos jurídicos fuera del territorio nacional, bien porque el contrato se celebre y ejecute fuera del territorio nacional o porque participen en la licitación empresas extranjeras. Desde una perspectiva jurídica, este fenómeno presenta una mayor incidencia en aquellos países, como el nuestro, sujetos al «régimen administrativo», y en los que la Administración se encuentra en una situación de superioridad dirigida a la satisfacción del interés general, revestida para ello de una serie de prerrogativas y sujeta a los correspondientes procedimientos normativizados, que se van a ver afectadas por dicho régimen internacional. De este modo, el hecho de tratarse de una contratación internacional va a permitir, como veremos, relajar las exigencias derivadas de la aplicación de las normas administrativas internacionales, introduciendo una mayor flexibilidad, pero al mismo tiempo impide de alguna manera el juego total de la autonomía conflictual que se da cuando las partes contratantes son particulares. Por otro lado, implica una limitación de las prerrogativas del Estado como consecuencia de la aplicación del Derecho Internacional Privado, basado en el principio de paridad entre las partes, va a tener que introducir cláusulas basadas en las normas y usos del comercio internacional, que afectan sobre todo a la forma de entrega

[353] Recientemente modificado como consecuencia del Brexit por el Reglamento (UE) 2020/2171 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 por el que se modifica el anexo II bis del Reglamento (CE) nº 428/2009 del Consejo por lo que respecta a la concesión de una autorización general de exportación de la Unión para la exportación de determinados productos de doble uso de la Unión al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

y recepción del material, al régimen de garantías que tiene que prestar el adjudicatario, a la resolución de controversias y a la jurisdicción competente.

A este respecto, ASIS ROIG[354] puso de relieve el difícil equilibrio que exige la contratación exterior de las Administraciones Públicas cuando, tras recordar que la posición jurídica de la Administración en el derecho interno le permite «imponerse» o «introducir» el cumplimiento de deberes y obligaciones que hagan posible la satisfacción de los intereses generales en cuestión, hace notar que en el ámbito del Derecho Internacional, tal hipótesis no es posible por falta de relación de supremacía habilitante para la imposición de aquellos deberes y obligaciones, lo que a su vez, suscita el problema de la posibilidad de renuncia por la Administración de sus privilegios y potestades, mediante la introducción en el propio contrato de las denominadas «cláusulas de estabilización e intangibilidad» de la relación contractual, por las que el Estado renuncia, si su derecho interno se lo permite, a la incorporación en la disciplina del contrato de sus propias innovaciones legislativas e, incluso, al propio fuero en favor del arbitraje internacional.

Por ello, coincidimos con FERNÁNDEZ-PIÑEYRO[355] en la necesidad, en estos supuestos, de negociar un clausulado contractual amplio y no enteramente sujeto a los pliegos de cláusulas administrativas aplicables a la contratación pública interna así como el recurso a la técnica del arbitraje, buscando, en definitiva, fórmulas aceptables para ambas partes que proporcionen seguridad y permitan evitar sumisiones a la legislación y/o la jurisdicción de un Estado concreto lo cual resulta de especial interés si una de las partes es otro Estado.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, cuando una o las dos partes del contrato son Administraciones Públicas, para que las técnicas anteriormente aludidas sean legítimas tienen que estar de alguna manera compensadas con previsiones que tengan suficientemente en cuenta la idea clara de que las Administraciones Públicas no se rigen por el principio de autonomía de la voluntad ni por el de búsqueda de un interés distinto al general de la comunidad a la que sirven.

---

[354] DE ASÍS ROIG, A.E., «Régimen de la contratación de la Administración en el extranjero», en GÓMEZ-FERRER Y MORANT, R. (Dir.), Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas, 2004, pág. 572 y nota 32. Citado por FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, EMILIO, «Disposición adicional 1ª… op. cit. pág. 1597.

[355] FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, E., «Disposición adicional 1ª… op. cit. pág. 1598.

Tales previsiones han de ir encaminadas a asegurar la observancia de los requerimientos que pueden considerarse mínimos o indispensables para garantizar la sumisión de las Administraciones Públicas a la legalidad y al servicio de los intereses generales, bien mediante el uso de una regla concreta del ordenamiento interno considerada de ineludible aplicación o bien mediante la incorporación al contrato de cuantas cláusulas sean necesarias para ello, en una manifestación más de la doctrina de los actos separables.

Por otro lado, existen supuestos en los que la Administración no sólo ve reducida sus potestades, sino que puede quedar totalmente desprovista de las mismas y en una situación de inferioridad, invirtiéndose la posición que la Administración ocupa en el Derecho Administrativo en los contratos de suministro con potencias extranjeras en el campo de la tecnología militar como ocurre en el caso del FMS americano, en los que la superioridad tecnológica de los Estados Unidos y las necesidades de defensa de los Estados determinan la existencia de unas cláusulas normalizadas y de ahí que pueda afirmarse que se trata de meros contratos de adhesión.

Por otro lado, uno de los principales problemas que plantea esta contratación internacional es la determinar el derecho aplicable a estos contratos, cualquiera que sea su objeto, lo que requiere, como señala SANABRIA[356], como *prius* lógico la aceptación de que la contratación en el exterior nace y permanece en la órbita de los derechos nacionales[357], y que el Derecho Internacional Público no es apto para regular la complejidad de la contratación exterior del Estado, de modo que la aplicación del Derecho Internacional Público, postulado por las tesis modernas, sólo sería aplicable ante una eventual producción de un ilícito internacional por parte de un Estado.

[356] SANABRIA LUENGO, M., *La contratación exterior…* op. cit. pág. 78.
[357] URREA SALAZAR, MJ. *La contratación internacional de las Administraciones Públicas,* Dykinson, Madrid, 1999, pág 78.

IV. EL MERCADO DE DEFENSA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO COMUNITARIO.

IV.1. Antecedentes.

Desde una perspectiva europea, la seguridad nacional sigue siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro, tanto en el ámbito de la defensa como de la seguridad. No obstante, desde sus orígenes, se han sucedido diversas iniciativas tendentes a incrementar la cooperación intergubernamental en materia de defensa, que se han encontrado con la reticencia de los Estados miembros al afectar directamente a su soberanía.

En este sentido, la colaboración en materia de defensa se encontraba en el germen de la construcción europea para imposibilitar el desencadenamiento de un nuevo conflicto entre estados europeos. A este respecto, como señala ALONSO, se puede situar el punto de partida en el estudio de la Unión Europea creada por el Tratado de Maastricht «en la Declaración de 9 de mayo de 1950 de Robert Schuman, Ministro francés de Asuntos Exteriores, haciendo pública la oferta de Francia a Alemania de sentar las bases de la pacificación, tras la II Guerra Mundial, entre los dos grandes rivales continentales, a través de un acuerdo sobre la industria siderúrgica (primera de la época en términos estratégicos, tanto económicos como militares -al ser decisiva en la producción de armamento bélico-) germen de un futura federación europea»[358]. Esta necesidad se había hecho patente incluso con anterioridad a la firma del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) el 18 de abril de 1951, como pone de manifiesto la firma por Francia, Reino Unido, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, el 17 de marzo de 1948, del Tratado de Bruselas, que con la rúbrica de «Tratado Económico, Social, Cultural y de Defensa colectiva» era propiamente un tratado de defensa colectiva,

[358] ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea,* Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág.19: «En efecto, partiendo de que «la agrupación de naciones europeas exige que la oposición secular entre Francia y Alemania sea eliminada», la Declaración asumía como fin inmediato la solidaridad en la producción del carbón y del acero, que «se traduciría en que toda guerra entre Francia y Alemania devenga no solamente impensable, sino materialmente imposible», asegurando al tiempo «el establecimiento de bases comunes para el desarrollo económico, primera etapa de la Federación europea». «Esta proposición», recogerá más adelante la Declaración, «con la puesta en común de producciones de base y la institución de una Alta Autoridad, cuyas decisiones vincularán a Francia, Alemania y los países que se adhieran, sentará los primeros cimientos concretos de una Federación europea indispensable para la preservación de la paz».

estableciendo la Unión Occidental y con una cláusula de asistencia mutua en caso de agresión contra alguno de sus miembros en territorio europeo. Posteriormente, y tras el fracaso del establecimiento de la Comunidad Europea de Defensa que se había impulsado tras la Declaración Pleven de 24 de octubre de 1950, que pretendía la creación de un ejército europeo supranacional y que había sido firmado por los países integrantes de la CECA, al denegar su aprobación definitiva la Asamblea Nacional Francesa, la idea de cooperación militar se ralentizaría, articulándose, fundamentalmente, a través de la Unión Europea Occidental (UEO), de acuerdo con el Protocolo por el que se modifica y completa el Tratado de Bruselas, firmado en París el 23 de octubre de 1954, al que se unen la República Federal de Alemania e Italia, que incluye, además de la cláusula de asistencia mutua en caso de agresión armada en Europa (artículo V) la posibilidad de colaborar en «cualquier situación que constituya una amenaza contra la paz, sea cual fuere el lugar donde se produzca o ponga en peligro la estabilidad económica» (artículo VIII) y que le permitieron realizar una serie de intervenciones militares conjuntas para cumplir con algunas de las misiones que se identificaron a partir de la Declaración de Petersberg en junio de 1992 (Misiones Petersberg) y que incluyen misiones humanitarias o de rescate, misiones de prevención de conflictos y misiones de mantenimiento de la paz, misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz, acciones conjuntas en materia de desarme, misiones de asesoramiento y asistencia en materia militar y operaciones de estabilización tras la resolución de conflictos. A este respecto, las principales operaciones desarrolladas por la UEO fueron la operación de desminado en el Golfo tras la guerra entre Irán e Irak (1988-90), la protección humanitaria a los refugiados kurdos en el Norte de Irak, la vigilancia de los embargos a Yugoslavia tanto en el Adriático como en el Danubio, la formación de policías en Bosnia y en Albania en 1997, el desminado en Croacia entre 1999 y 2001 y el control del acuerdo de Belgrado sobre Kosovo efectuado por el Centro de Satélites desde Madrid[359].

Paralelamente, el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 incluyó, como uno de los objetivos de la recién creada Unión Europea, el de «afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya, en el futuro , la definición de una política de defensa común

[359] FUENTES MONZONÍS-VILALLONGA J., *la defensa europea: del Tratado de Bruselas de 1948 al de Lisboa de 2010.* Documento de Opinión 50/2011. Instituto Español de Estudios Estratégicos, Madrid, 2011, pg.3.

que podría conducir, en su momento, a una defensa común», estableciendo como segundo pilar y con carácter intergubernamental[360], el de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) que recoge en su Título V con dos componentes: la política exterior europea y la política de seguridad y defensa de la Unión Europea. Pero no fue hasta el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, en el que la PESC se configura, como recuerda ALONSO, como el pilar *esencialmente intergubernamental*,[361] cuando se puso en marcha la política de seguridad y defensa de la Unión Europea, incorporando el mecanismo creado en el Consejo de Petersberg y apoyándose en la UEO como instrumento para la gestión de crisis por parte de la UE.

No obstante, el verdadero impulso al avance de la PCSD se produce a partir de la Cumbre franco-británica de Saint-Maló, celebrada el 3 y 4 de diciembre de 1998, en la que ya se indicaba que «la Unión debe tener una capacidad de actuación autónoma, como respuesta a crisis internacionales, sobre la base de una fuerza militar creíble, procedimientos de decisión para utilizarlas y voluntad para hacerlo», aun contando con la OTAN como medio casi fundamental para la defensa de Europa y cuyos acuerdos fueron recogidos en el Consejo Europeo de Colonia, celebrado los días 3 y 4 de junio de 1999, con el propósito de dotar a la Unión Europea de los medios y recursos necesarios para asumir sus responsabilidades respecto de una política europea común de seguridad y de defensa, correspondiendo al Consejo la dirección de las operaciones Petersberg, y dotando a la UE de las estructuras necesarias. En el posterior Consejo Europeo de Helsinki, del 10 y 11 de diciembre del mismo año, se aprobaba la creación de los

[360] Previamente, y como recuerda ALONSO, el éxito de la supranacionalidad en terrenos sectoriales económicos, que se puso de manifiesto en los Tratados CEE y CEEA, estuvo acompañado desde sus orígenes por el fracaso de la integración en términos militares y políticos, incluido cualquier compromiso que pudiera implicar la reducción de la soberanía, siendo De Gaulle el que impulsaría el sistema, adoptado en 1959 y posteriormente retomado por el Informe Davignon en 1970, de reuniones trimestrales de los Ministros de Asuntos Exteriores, acompañado posteriormente de encuentros periódicos entre los representantes de los gobiernos de los Estados miembros al más alto nivel (denominadas «cumbres» y, a partir de 1974, reuniones del «Consejo Europeo») lo que permitió avanzar en el ámbito de la cooperación intergubernamental en el ámbito de la política exterior, que posteriormente se formalizaría jurídicamente por el Acta Única Europea de 1986 y que incluiría la coordinación sobre aspectos políticos y económicos de la seguridad. ALONSO GARCÍA, R. *Sistema Jurídico*… op.cit. págs. 25 a 33.

[361] En este punto es relevante destacar que, a partir del Tratado de Ámsterdam, se introduce una modificación sustancial en la configuración de la Unión Europea clásica de los tres pilares establecida en Maastricht, ya que, como señala ALONSO, junto al pilar esencialmente comunitario, la política exterior y de seguridad común pasa a configurarse como el único pilar *esencialmente intergubernamental*, ya que «Ámsterdam habría convertido el concerniente a la cooperación policial y judicial en materia penal en un *tertium genus*, de carácter intergubernamental pero con presencia, al mismo tiempo, de peculiaridades supranacionales en los instrumentos de intervención y en los mecanismos de control jurisdiccional». ALONSO GARCÍA, R. *Sistema Jurídico*… op.cit. pág.37.

principales instrumentos para el desarrollo de la PESD: Comité Político y de Seguridad (COPS), el Comité Militar (EUMC) y el Estado Mayor (EUMS) y el Objetivo de Fuerza, llamado *Helsinki Headline Goal*, que pretendía que la UE pudiera desplegar con rapidez y sostener fuerzas para misiones Petersberg, compuestas entre 50.000 y 60.000 efectivos y se reforzaba, asimismo, la coordinación de los instrumentos civiles de gestión de crisis con lo que cuentan los Estados miembros. Y en el Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001 se establecieron, por primera vez, los objetivos de capacidades de la UE y se puso en marcha un Plan de Acción Europeo de Capacidades (ECAP), basado en las contribuciones voluntarias por parte de los Estados miembros. Ello ha permitido que, desde 2003, la UE haya desarrollado 22 misiones operativas de naturaleza civil y 11 de naturaleza militar, además de una de carácter mixto, si bien en la mayoría de los casos dirigidas al adiestramiento y formación y en crisis carentes de gran complejidad y duración, siendo fundamentalmente un instrumento de intervención postconflicto y gestión de crisis.

Posteriormente, los Acuerdos Berlín Plus entre la OTAN y la UE de 17 de marzo de 2003 definieron la cooperación entre ambas organizaciones en el ámbito de la gestión de crisis, permitiendo la utilización de medios de la Alianza en las operaciones dirigidas por la UE en las que no participa la OTAN en su conjunto, y que solo se han utilizado en la operación Concordia en Macedonia en 2003 y en la Operación Althea en Bosnia-Herzegovina en 2004, dadas las dificultades derivadas de la necesidad de autorización, caso por caso, por los 28 miembros de la OTAN y que se han incrementado tras la entrada de Chipre en la UE y su falta de reconocimiento por Turquía.

No obstante, ante la falta de cumplimiento de los compromisos del *Headline Goal* de Helsinki de 1999, el Consejo Europeo, reunido en Bruselas el 17 de junio de 2004, aprobó el *Headline Goal* 2010, en el que se tuvieron en cuenta la experiencia de las primeras operaciones militares de la UE (Concordia, en la Antigua República Yugoslava de Macedonia, y Artemis, en la República Democrática del Congo), y la Estrategia Europea de Seguridad elaborada por Javier Solana y aprobada en diciembre de 2003, siendo su elemento fundamental las agrupaciones tácticas de reacción rápida o *Battle Groups*, inspirado en la Fuerza de Reacción Rápida de la OTAN, compuestas por cerca de 1.500 efectivos, con apoyo naval y aéreo, interoperables y desplegables en un plazo máximo de 10 días.

Y con la finalidad de «apoyar a los Estados miembros y al Consejo en sus esfuerzos por mejorar las capacidades de la defensa europea, así como sostener la política europea de seguridad», el Consejo de la Unión Europea del 12 de julio de 2004 acordó la creación de la Agencia Europea de Defensa (AED). LA AED apoya a sus 26 Estados miembros (todos los países de la UE salvo Dinamarca) en la mejora de las capacidades de defensa por medio de la cooperación europea en aquellos proyectos en los que participen un mínimo de dos países y tiene acuerdos con algunos países no pertenecientes a la UE (Noruega, Serbia, Suiza y Ucrania).

El Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, refuerza los instrumentos políticos y jurídicos de la PESC, potenciando la estructura de la UE que asume los cometidos que venía desarrollando la UEO (que cesaría en sus actividades el 30 de junio de 2011), reforzando las funciones del Alto Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, auxiliado por el Servicio Europeo de Acción Exterior y en el ámbito específico de la PCSD prevé la cooperación para una misión (artículo 42.5), una Cooperación Estructurada Permanente en el marco de la Unión (PESCO) entre aquellos Estados que cumplan criterios más elevados en capacidades militares y que hayan suscrito compromisos más vinculantes (artículo 42.6), la cooperación para la defensa mutua (artículo 42.7) amplía los tipos de misiones Petersberg (artículo 43) y refuerza la AED (artículo 42.3 y 45), si bien establece una salvaguardia a favor de la seguridad nacional de cada país y mantiene la prevalencia de la OTAN para la defensa colectiva (artículo 42.2)[362].

No obstante, siendo la PCSD un ámbito de funcionamiento intergubernamental, o, como destaca el profesor ALONSO GARCÍA, el «pilar gubernamental por excelencia»[363], que se rige por la regla de la unanimidad[364], su evolución depende de la

[362] Destaca el profesor ALONSO como las «cooperaciones reforzadas», «inspiradas en la filosofía de permitir una mayor integración entre Estados miembros con intereses y capacidades afines en un determinado sector, haciendo uso del marco institucional y procedimental europeo» habían sido introducidas por el Tratado de Ámsterdam en el primer y tercer pilar, pero inutilizadas en la práctica, por lo que el Tratado de Niza procedió a flexibilizar las condiciones de fondo y, sobre todo, de forma, para activarlas y a «permitir su entrada en juego, aunque restringida, en el terreno del segundo pilar (política exterior y de seguridad común)» ALONSO GARCÍA, R. *Sistema Jurídico*… op.cit. págs. 39 y 40.

[363] ALONSO GARCÍA, R., «El Tratado de Lisboa», en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid,* Nº. 18, 2008, pág. 19. No obstante, como destaca el citado autor, el Tratado de Lisboa introduce algún ligero matiz supranacional, como la conocida como técnica de la «pasarela», mediante la cual el Consejo Europeo tiene la posibilidad de decidir, por unanimidad, que la mayoría cualificada sea aplicable a otros casos.

[364] Aunque el régimen se flexibiliza a partir de Lisboa permitiendo las mayorías cualificadas en el Consejo para la ejecución de decisiones previamente adoptadas por unanimidad o para la adopción de decisiones

voluntad de los Estados miembros, y pese a los nuevos instrumentos facilitados por el Tratado de Lisboa, se ha visto en un primer momento ralentizada, como pone de manifiesto su falta de eficacia para la intervención en la crisis de Libia, en la que no fue posible una posición común por parte de la UE con relación al uso de la fuerza por lo que la operación militar llevada a cabo en marzo-octubre de 2011 tuvo que realizarse bajo cobertura de la OTAN, aunque fuera de iniciativa franco-británica, la tibia respuesta a la invocación por Francia de la cláusula de asistencia mutua tras los atentados de París de noviembre de 2015 y la preferencia de los hasta entonces dos grandes motores de la PCSD, Reino Unido y Francia, por los acuerdos bilaterales, como los Tratados de Lancaster House firmados el 2 de noviembre de 2010 para la colaboración tanto en materia de seguridad y defensa como en los programas de disuasión nuclear.

Por consiguiente, diversos factores han lastrado el desarrollo de una política común en materia de seguridad y defensa, partiendo siempre del recelo de los Estados miembros a ceder más soberanía, las relaciones con la OTAN y el debate europeísta/atlantista, la relación de Turquía con la UE, el problema de Chipre y las diferencias existentes en la naturaleza de las Fuerzas Armadas, los presupuestos de defensa o el nivel tecnológico para desarrollar armamento.

Por otro lado, han existido igualmente iniciativas bilaterales o multilaterales, impulsadas por determinados Estados miembros, tendentes a mejorar la competitividad de la industria de defensa, como el Convenio entre el Gobierno de la República Francesa, el Gobierno de la República Federal de Alemania, el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la creación de una Organización conjunta de Cooperación en materia de armamento (OCCAR), hecho en Farnborough el 9 de septiembre de 1998 y en la que España ingresó como miembro de pleno derecho el 6 de Enero de 2005 o el Acuerdo Marco entre la República Federal de

---

a partir de propuestas del Alto Representante en respuesta a peticiones específicas del Consejo Europeo (artículo 31.2.TUE). Aunque reconociendo lo que ALONSO denomina como «freno de emergencia», es decir, la posibilidad de oposición de un Estado «por motivos vitales y explícitos de política nacional».
Asimismo, como singularidades del régimen de la PESC, cabe destacar la exclusión expresa de la posibilidad de adoptar «actos legislativos», la exclusión del control del Tribunal de Justicia (admitido como excepción a partir de Lisboa, en los supuestos en que se cuestione la base jurídica escogida como soporte de una medida de política exterior y de seguridad común por invadir competencias propias de la Unión y viceversa) y, específicamente en el ámbito de defensa, la exclusión del régimen de *pasarelas*, tanto del general del artículo 48.7 TUE como el especial de la PESC del artículo 31.3 del TUE, de «las decisiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa»). ALONSO GARCÍA, R. *Sistema Jurídico*… op.cit. págs. 145 a 148 y 189 a 192. Asimismo, en cuanto a la discutida posibilidad de control por los tribunales nacionales de las decisiones adoptadas en el ámbito de la PESC, véase *ibidem,* págs.366 a 374.

Alemania, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, el Reino de Suecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, relativo a las medidas encaminadas a facilitar la reestructuración y funcionamiento de la industria europea de defensa, hecho en Farnborough el 27 de julio de 2000. Asimismo, el Reglamento (CE) nº 150/2003 del Consejo, por el que se suspenden los derechos de importación sobre determinadas armas y equipos militares, constituye un avance hacia la creación de un mercado europeo de defensa. Igualmente, ha tenido especial importancia el Régimen intergubernamental de la AED, al que España se adhirió el 1 de julio de 2007, formado por el Código de Conducta (CoC) sobre adquisiciones de Defensa de los Estados miembros de la UE participantes en la Agencia Europea de Defensa, de 21 de noviembre de 2005, el Código de Buenas Prácticas en la Cadena de Suministro (CoBPSC) aprobado por la Asociación de Industrias Europeas de Defensa y Espacio (ASD) el 27 de abril de 2006 y aceptado por los Estados Miembros de la UE Participantes en la Agencia Europea de Defensa el 15 de junio de 2006, el Acuerdo Marco sobre Seguridad del Suministro en circunstancias de urgencia operacional, de septiembre de 2006 y el Código de Conducta sobre compensaciones (Offsets) acordado por los Estados Miembros de la UE participantes en la Agencia Europea de Defensa.

No obstante, en este punto interesa destacar el activo papel que ha venido desarrollando la Comisión Europea tras la constitución del segundo pilar (PESC) y pese a tratarse de una materia de competencia exclusiva de los Estados Miembros, al amparo de las competencias sobre el mercado único y la política industrial y sobre la base del principio de subsidiariedad[365], siendo uno de sus objetivos principales acabar con la

[365] Como indica ALONSO, la integración europea siempre ha estado presidida por el «principio de atribución de competencias», proclamado por el Tribunal de Justicia en el *asunto Van Gend&Loos (1963)*, en el que se sostuvo que «la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, *si bien en un ámbito restringido».* Conforme a este principio y a partir de Lisboa, se establece una tipología de las competencias atribuidas a la Unión (artículos 2 a 6 del TFUE), que diferencia entre *competencias exclusivas* (en el ámbito de la unión aduanera; el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior; la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro; la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común; y la política comercial común), *compartidas* (definida de manera residual, como las competencias no incluidas en los otros ámbitos, incluirían los siguientes: mercado interior; política social, en determinados aspectos definidos por el Tratado; la cohesión económica, social y territorial; la agricultura y la pesca, con excusión de la conservación de los recursos biológicos marinos; el medio ambiente; la protección de los consumidores; los transportes; las redes transeuropeas; la energía; el espacio de libertad, seguridad y justicia; y los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, también en determinados aspectos definidos en el Tratado) y *competencias de apoyo, coordinación o complemento,* que no podrán sustituir la competencia de los Estados miembros y que en ningún caso podrán conllevar armonización de las disposiciones nacionales (incluyen los siguientes ámbitos: la protección y mejora de la salud humana;

fragmentación existente y mejorar la competitividad de la base industrial y tecnológica de la defensa, tal y como se recogió en sus primeros documentos al respecto, la Comunicación «Una política de competitividad industrial para la Unión Europea» de 1994 y la Comunicación «Los retos a los que se enfrenta la industria relacionada con la defensa, una contribución a la acción a nivel europeo» de 1996, seguidas por la Comunicación «Implementando la Estrategia Europea en las industrias relacionadas con la defensa» de 1997 y la Comunicación «Hacia una política de la UE en materia de equipo de defensa» de 2003, que desembocarían en la Comunicación de 23 de septiembre de 2004, sobre el «Libro Verde. Los contratos públicos en defensa» y en la Comunicación de 2007 sobre «Una estrategia para una industria europea de defensa más fuerte y competitiva», que darían pie a importantísimas actuaciones en esta materia, que integran el denominado «Paquete de Defensa»:

- La Comunicación Interpretativa de la Comisión de la Unión Europea COM (2006) 779 final sobre la «aplicación del artículo 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa» al objeto de restringir la aplicación del citado precepto, actualmente sustituido por el artículo 346 del TFUE, a los casos que realmente afecten a los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembros.

- La Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009 sobre la simplificación de los términos y las condiciones de las transferencias de productos relacionados con la defensa dentro de la Comunidad, que tenía por finalidad facilitar la exportación entre Estados Miembros

---

la industria; la cultura; el turismo; la educación; la formación profesional, la juventud y el deporte; la protección civil; y la cooperación administrativa).

En cuanto al principio de subsidiariedad, actuaría como un mecanismo de ejercicio de las competencias efectivamente atribuidas a la Unión: «Mientras que la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución en los términos vistos, el efectivo ejercicio de éstas se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad». ALONSO GARCÍA, R. *Sistema Jurídico*… op. cit. pág. 109. Dicho principio, establecido con carácter general a partir de Maastricht, se recoge actualmente en el artículo 5 del TUE: «en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión».

Por último, debe tenerse en cuenta el principio de «no contaminación mutua», recogido actualmente en el artículo 40 TUE, que, como destaca ALONSO, introduce como novedad la no afectación en *ambas direcciones* y no sólo, como se estableció por el Tribunal de Justicia en el *Asunto Comisión v.Consejo 2008,* al amparo del entonces artículo 47 TUE, en el caso de que se adoptara una decisión al amparo de la PESC cuando válidamente se podía haber sido adoptada en el ámbito de una competencia atribuida por el Tratado CE a la Comunidad. ALONSO GARCÍA, R. *Sistema Jurídico*… op. cit. pág. 120.

- 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, que pretendía concretar y armonizar a nivel europeo determinados contratos relacionados con la industria de defensa en los que fuera necesario garantizar la seguridad del suministro y la seguridad de la información pero sin necesidad de acudir a la exclusión total del artículo 346 TFUE.

Como acompañamiento a esta última Directiva, la Comisión ha publicado siete guías, no vinculantes, relativas a: Ámbito de aplicación; Exclusiones específicas; Investigación y Desarrollo; Seguridad de suministro; Seguridad de la información; Subcontratación; Offsets, a las que hay que añadir, más recientemente, la publicación el 30 de noviembre de 2016 de la "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".

Con todas estas medidas, unidas a las sucesivas impugnaciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de aquellas actuaciones de los Estados miembros que consideraba excesivas, la Comisión ha pretendido realizar una interpretación restrictiva de las exclusiones de la normativa comunitaria por razones de intereses esenciales de la seguridad.

IV.2. Situación actual. La Cooperación Estructurada Permanente y el Plan de Acción Europeo de Defensa.

En los últimos años, se están dando pasos importantes hacia la que se ha venido a denominar «Europa de la defensa»[366] impulsados por diversos factores y que han dado lugar a un impulso por parte de los Estados miembros y de las Instituciones Europeas sin

[366] Sobre las diferencias entre los conceptos de «defensa europea» y «defensa de la UE» véase ARTEAGA, F. *Que no nos den gato (defensa europea) por liebre (defensa de la UE)*. Real Instituto Elcano, Madrid, 23/01/2020.

precedentes, siendo la primera vez que la Defensa ocupa un papel tan relevante en la agenda comunitaria[367].

Elementos desestabilizadores como las primaveras árabes, los conflictos en Libia y en Siria, así como el surgimiento del Estado Islámica (DAESH), la crisis migratoria, la expansión del terrorismo yihadista y los atentados en Europa, la intervención de Rusia en Ucrania y la anexión de Crimea, el Brexit, el auge de nuevas potencias como China e India y el consiguiente repliegue estratégico de los Estados Unidos, la reducción de los presupuestos de defensa como consecuencia de la crisis económica de 2008, la inestabilidad en el Norte de África y del Sahel o el incremento del crimen organizado han dado lugar a una mayor percepción de las necesidades de seguridad en Europa y a la necesidad de avanzar hacia una autonomía estratégica europea. En este sentido, la seguridad se ha convertido en una de las principales preocupaciones de la ciudadanía Europa que demanda una mayor intervención de la Unión en este ámbito, tal y como ponen de manifiesto los sucesivos eurobarómetros, recogiendo el Eurobarómetro 93 de julio y agosto de 2020 el apoyo de un 77% de los europeos a una política de seguridad y defensa común.

El Consejo Europeo de los días 19 y 20 de diciembre de 2013 supuso un punto de inflexión[368] en este punto al afirmar claramente que «La Defensa es importante» y partiendo de que «Una política común de seguridad y defensa eficaz ayuda a aumentar la seguridad de los ciudadanos europeos y contribuye a la paz y a la estabilidad de nuestro entorno y del mundo en general» definió una serie de acciones prioritarias elaboradas en torno a tres ejes: incrementar la efectividad, visibilidad e impacto de la PCSD; mejorar el desarrollo de las capacidades y fortalecer el sector industrial europeo de la defensa.

No obstante, en este periodo interese destacar el activo papel adoptado por la Comisión Europea bajo la presidencia de Jean-Claude Juncker para, sin renunciar a la consideración de Europa como un «soft power», potenciar las capacidades de defensa hasta alcanzar la autonomía estratégica, tal y como avanzó en las Orientaciones Políticas de la Comisión Europea presentadas al Parlamento el 15 de julio de 2014, en la misma línea que se recogería en la Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de

[367] DE CASTRO RUANO, J.L. «Hacia una Unión Europea de la Defensa o cómo hacer de la necesidad virtud» en *Anuario Español de Derecho Internacional,* Vol.34/2018, pg. 1045.
[368] YANIZ VELASCO F., *La Política Común de Seguridad y Defensa de la UE avanza,* Documento de Opinión 151/2020, Instituto Español de Estudios Estratégicos.

la Unión Europea, presentada por la Alta Representante, Federica Mogherini, el 28 de junio de 2016, en la que se indica que «las naciones miembros de la UE deben de ir hacia la cooperación en defensa como norma».

Asimismo, en su Discurso sobre el Estado de la Unión de 2016 señaló que «Europa debe adoptar una postura más firme, especialmente en lo relativo a nuestra política de defensa. Europa ya no puede sustentarse en la fuerza militar de otros o dejar que Francia defienda por sí sola su honor en Mali. Tenemos que asumir la responsabilidad de proteger nuestros intereses y el modo de vida europeo» y avanzó la propuesta de un Fondo Europeo de Defensa, a fin de potenciar la investigación y la innovación y la conveniencia de impulsar la cooperación estructurada permanente prevista en el Tratado de Lisboa para que aquellos Estados miembros que lo deseen puedan poner en común sus capacidades de defensa.

Posteriormente, la Comisión elaboró otros documentos como el «Libro Blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la UE en 2025» de 1 de marzo de 2017 y el Documento de reflexión sobre el futuro de la defensa europea de 7 de junio de 2017 y se han sucedido notables iniciativas como la PESCO y el Plan de Acción Europeo de Defensa, siendo asimismo destacable la firma en la Cumbre de Varsovia del 8 de julio de 2016 de la Declaración Conjunta sobre la cooperación entre la UE y la OTAN, que definirá un nuevo marco de relación entre ambas, basado en la Estrategia Global y en la necesaria complementariedad de ambas organizaciones y la creación por el Consejo, el 8 de junio de 2017[369], de una estructura militar de mando y control, la Capacidad Militar de Planificación y Ejecución (MPCC) dentro del Estado Mayor de la UE, responsable de la planificación operativa y de la realización de las misiones militares no ejecutivas (que no implican el uso de la fuerza).

Del mismo modo, con ocasión del 60 aniversario de la firma del Tratado de Roma, el 25 de marzo de 2017, los dirigentes de los 27 Estados miembros, del Consejo Europeo, del Parlamento Europeo y de la Comisión Europea suscribieron una Declaración[370] que,

[369] Decisión (UE) 2017/971 del Consejo, de 8 de junio de 2017, por la que se determinan las disposiciones de planificación y ejecución de misiones militares no ejecutivas PCSD de la UE y por la que se modifican la Decisión 2010/96/PESC relativa a una misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas de seguridad somalíes, la Decisión 2013/34/PESC relativa a una misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas armadas de Mali (EUTM Mali) y la Decisión (PESC) 2016/610 relativa a una Misión de Asesoramiento Militar PCSD de la Unión Europea en la República Centroafricana (EUTM RCA)

[370] https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/03/25/rome-declaration/

entre otros objetivos, incluye el de trabajar por «una Europa más fuerte en la escena mundial» con el compromiso de reforzar la seguridad y defensa comunes, en cooperación y complementariedad con la OTAN, y que incluye la creación de una industria de defensa más competitiva e integrada.

Y en un nueva a Declaración Conjunta sobre la cooperación entre la UE y la OTAN firmada el 10 de julio de 2018 en la Cumbre de Bruselas, destaca que los recientes esfuerzos de la UE por estrechar la cooperación en materia de seguridad y defensa refuerzan la seguridad transatlántica.

En esta nueva etapa de desarrollo de la política común de defensa ha adquirido notoria importancia, tras el Brexit y la salida del Reino Unido de la Unión Europea, el eje franco-alemán, que ha sustituido al anterior eje franco-británico y se ha convertido en el impulsor de las nuevas iniciativas, pretendiendo tener una posición dominante en la Europa de la defensa. En el Consejo Franco-Alemán de seguridad y defensa de abril de 2016, ambos países acordaron liderar el reforzamiento de la defensa europea, contribuir a la elaboración de la Estrategia Global, lanzar los programas de investigación y desarrollo de capacidades para consolidar la industria europea y potenciar la autonomía estratégica de la UE, prioridades que se recogerían posteriormente en la «Declaración de Bratislava» de los 27 Estados miembros[371]. En este punto, los analistas coinciden en que la salida del Reino Unido, que no ha sido una buena noticia con carácter general para el proyecto europeo ni, en particular, en el ámbito de la defensa, al tratarse de una potencia nuclear, con el principal ejército europeo, la mayor inversión en defensa y miembro permanente del Consejo de Seguridad de la ONU, ha supuesto, sin embargo, un revulsivo a la PCSD, dadas las reticencias británicas a la misma y su preferencia atlantista, que ha pasado a estar impulsada por el citado eje franco-alemán y por Italia y España, principalmente, tal y como se puso de manifiesto en el impulso de la PESCO.

El 11 de diciembre de 2017, el Consejo adoptó una decisión por la que se establecía la Cooperación Estructurada Permanente (PESCO) contemplada en los artículos 42.6 y 46 del Tratado de la UE, así como en su Protocolo nº 10, con la participación de 25 Estados (todos salvo Reino Unido que estaba negociando abandonar la Unión, Dinamarca que no participa en la política de seguridad y defensa, y Malta dada

[371] FOJÓN, E. *El impulso franco-alemán a la defensa europea,* ARI 90/2017 -17/11/2017. Real Instituto Elcano.

su neutralidad). Simultáneamente a la aprobación del Consejo, los 25 Estados participantes adoptaron también una Declaración con la lista inicial de los diecisiete proyectos que se llevarán a cabo en el marco de la PESCO. Inicialmente, la PESCO, cuya característica esencial es su carácter vinculante, se ha configurado con un carácter inclusivo pero permitiendo niveles distintos de participación, sin que todos los países tengan que participar obligatoriamente en todos los proyectos, y se ha centrado en el ámbito de la industria de la defensa comprendiendo, tras las ampliaciones acordadas en el Consejo de 19 de noviembre de 2018 y en el de 12 de noviembre de 2019, un total de 47 proyectos que abarcan ámbitos como la formación, el desarrollo de capacidades y la disponibilidad operativa en tierra, mar y aire, así como en materia de ciberdefensa.

El Consejo de 20 de noviembre de 2020 abordó la revisión estratégica de la Cooperación Estructurada Permanente de 2020 y en sus Conclusiones evalúa los avances realizados en la PESCO destacando que los Estados miembros participantes están avanzando en el cumplimiento de los compromisos más vinculantes, incluso manifestando una tendencia positiva en los gastos en defensa y su coordinación con el Fondo Europeo de Defensa, habiendo recibido varias acciones relacionadas con los proyecto de la PESCO financiación en el marco del Programa Europeo de Desarrollo Industrial en materia de Defensa y proporciona orientaciones para la próxima fase (2021-2025) en lo referente a su finalidad general, sus objetivos estratégicos, los incentivos y los proyectos, destacando la necesidad de aumentar la competitividad de la industria europea de la defensa y que los programas de cooperación y las estrategias de adquisición adoptados por los Estados miembros participantes tengan un efecto positivo en la base tecnológica e industrial de la defensa europea, en particular promoviendo la participación transfronteriza de las pymes y las empresas de mediana capitalización de toda la Unión Europea. La revisión pone de manifiesto la necesidad de cumplir los compromisos más vinculantes y de lograr resultados concretos y tangibles para 2025.

Con el fin de contribuir a una defensa europea más fuerte y consolidar la base industrial de la defensa, potenciando el mercado único de la defensa, reduciendo duplicidades[372] y mejorando la competitividad de la industria de la defensa en la Unión

[372] ARGUMOSA PILA, J. «Viabilidad de un ejército europeo» en *Reflexiones sobre Seguridad y Defensa,* Asociación Española de Militares Escritores, ISEN Centro Universitario, Murcia, 2021, pág. 74: «En relación con la duplicación y diversificación de armamento utilizado, una comparación del existente en la Unión Europea con el que tiene EE.UU. muestra claramente un excesivo número de sistemas de armas en la UE: en general, 178 frente a 30; de tipos de carros de combate, 17 frente a 1; de destructores/fragatas, 29

Europea, en noviembre de 2016, la Comisión Europea presentó el Plan de Acción Europeo de la Defensa[373] que se basa en tres pilares:

En primer lugar, la creación de un Fondo Europeo de Defensa, que fue puesto en marcha en 2017[374], con dos secciones complementarias y un Consejo de Coordinación:

La Sección de Investigación, para financiar la investigación colaborativa en tecnologías de defensa innovadoras, primero a través de una Acción Preparatoria hasta 2020, por un importe total de 90 millones de euros y, a continuación, con el lanzamiento del Programa de Investigación en Defensa Europea con un importe estimado de 500 millones de euros anuales.

La Sección de Capacidades, que serviría de herramienta financiera para que los Estados miembros pudieran desarrollar y obtener capacidades de forma conjunta, reduciendo costes y que se articula jurídicamente en el Reglamento (UE) 2018/1092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de julio de 2018, por el que se establece el Programa Europeo de Desarrollo Industrial en materia de Defensa con el objetivo de apoyar la competitividad y la capacidad de innovación de la industria de la defensa de la Unión, en el que se ha elevado a tres el mínimo de empresas participantes en el consorcio radicadas, al menos, en tres Estados miembros distintos.

Por otro lado, el Plan también pretende fomentar la inversión en toda la cadena de suministro, especialmente en pymes, fomentando el empleo de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos y el apoyo del Banco Europeo de Inversiones.

Por último, se pretende reforzar el mercado único para el sector de la defensa, limitando la aplicación del artículo 346 del TFUE e impulsando la aplicación efectiva de la Directiva sobre la contratación pública en el ámbito de la defensa y la seguridad y de la Directiva sobre las transferencias en la UE, y fomentando otras actuaciones como las compras conjuntas y los programas cooperativos, tal y como se releja en la Comunicación

frente a 4; o en aviones de combate, 20 frente a 6. Todo ello denota la falta de un interés común europeo y una dispersión de activos militares de alto coste que aumentan los gastos de defensa».

[373] Comunicación de la Comisión Europea sobre el Plan de Acción Europeo de Defensa de 30 de noviembre de 2016. COM (2016) 950 final.

[374] Comunicación de la Comisión Europea sobre poner en marcha el Fondo Europeo de Defensa de 7 de junio de 2017. COM (2017) 295 final.

de la Comisión relativa a las orientaciones sobre contratación cooperativa en los ámbito de la defensa y la seguridad.[375]

De este modo, la Comisión reconoce que está dispuesta a participar en el ámbito de la defensa en un grado sin precedentes, con la finalidad de apoyar a los Estados miembros, explotando todo el potencial de los Tratados, en pos de una Unión de la defensa, habiendo creado en enero de 2020 una nueva Dirección General denominada Industria de Defensa y Espacio (DGDEFIS).[376]

IV.3. Retos de Futuro.

Siendo el impulso franco-alemán el que ha motivado las nuevas iniciativas de defensa europea, su continuación dependerá, en primer lugar, de que ambos países sigan coincidiendo en sus intereses políticos, operativos e industriales, lo que no resulta fácil dada la diferente cultura estratégica[377] y presupuestaria entre ambos países, como bien resalta el Informe del Parlamento Europeo sobre la PESCO de julio de 2017. Además, ambos países lideran el sector industrial y tecnológico de la defensa europea y tienen suscritos los correspondientes acuerdos bilaterales, siendo conscientes de las dificultades que tienen sus industrias para preservar su competitividad y su cuota de mercado internacional y coincidiendo en la necesidad de preservar sus intereses industriales nacionales, por lo que se encuentran en una situación de ventaja para aprovechar las ventajas derivadas de la cooperación industrial en la UE pero siendo dudosa su voluntad de ceder terreno en este ámbito, por lo que a las dificultades políticas y estratégicas se

[375] DOUE de 8 de mayo de 2019.

[376] https://ec.europa.eu/defence-industry-space/index_en

[377] El General FELIÚ insiste en la existencia de estas divergencias: «Para finalizar indicaré que, entre las naciones líder de la PESCO, no hay visiones totalmente compartidas. Francia y Alemania, esta última por razones históricas, tienen dos maneras distintas de entender la Europa de la Defensa. Alemania es más integradora y pretende involucrar al mayor número de países flexibilizando las "condiciones" de acceso para evitar que el Grupo de Visegrado se convierta en un "grupo rebelde y nacionalista" al Este, que cree un "muro invisible" con el resto de Europa y que la unión de seguridad y defensa de los 25 (E25), la de la PESCO (*Permanent Structurated Cooperation*), quedase reducida a una Europa de 21 (E21). Francia, por el contrario, pretende crear un pequeño grupo de "virtuosos", un club de vanguardia que agrupe a las naciones decididas a avanzar más rápido en la "integración" de la Defensa, la Diplomacia y el Servicio Exterior de la UE. Para pasar de las palabras a lo hechos, o de "las musas al teatro", Francia ha establecido una Iniciativa Europea de Intervención mediante el desarrollo de una Fuerza Militar de Intervención Rápida», en FELIÚ BERNÁRDEZ, L. «El futuro de la Europa de la Defensa y de la Cooperación Estructurada Permanente» en *Reflexiones sobre Seguridad y Defensa,* Asociación Española de Militares Escritores, ISEN Centro Universitario, Murcia, 2022, pág. 86.

unirían los diferentes intereses económicos que existen en cada nación, por lo que debería buscarse un adecuado equilibrio entre los intereses europeos y los nacionales, al objeto de generar confianza entre los Estados miembros, tarea de coordinación en la que está llamada a desarrollar un importante papel la EDA[378].

Asimismo, el impulso de la PESCO y del Fondo Europeo de Defensa implica un importante cambio de mentalidad tanto para los Estados miembros quienes van a tener que colaborar con otros Estados y no decidirán directamente el alcance de los programas ni el adjudicatario, con la pérdida de influencia que supone, que pasaran a ser decididos por la Comisión Europea, siendo los programas más importantes gestionados por organizaciones supranacionales como la EDA, la OCCAR o la propia Comisión. como para la industria, que deberá llegar a acuerdos con empresas de otros países y definir su papel dentro de los consorcios transfronterizos.

Este nuevo modelo presente innegables ventajas, tendentes a la racionalización del sector y a la mejora de la competitividad, mejorando las capacidades de los Estados miembros y la eficiencia en el uso de los recursos públicos. Pero también levanta importantes suspicacias, derivadas de la pérdida de soberanía que implica, las diferencias políticas y geoestratégicas de los Estados Miembros, la necesidad de cofinanciar los proyectos en los que se desea participar y la dificultad de competir en un mercado con industrias de desigual tamaño y capacidades, lo que puede dar ventajas a países como Francia[379] o Alemania, con más recursos para invertir y mayor capacidad de influencia en los procesos de selección. No obstante, no cabe duda de que las empresas que no se integren en estos consorcios paneuropeos y no accedan a estos fondos de la Unión Europea podrían ver mermada, a medio plazo, su competitividad en el mercado global[380].

Asimismo, se abren incógnitas en relación con la participación de terceros Estados y sus industrias, al haberse establecido límites a la entrada de inversiones extranjeras con

---

[378] DOMÍNGUEZ DONAIRE V. y FUENTE COBO I., *Presente y futuro de la política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea,* Documento de Trabajo 01/2018, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Pg.39.

[379] Tal y como se recoge en el Informe financiero de 2020 del astillero público francés «Naval Group», competidor directo de Navantia, pretende reducir su dependencia de la contratación pública nacional e invertir principalmente en el desarrollo de una actividad de defensa internacional, de modo que ganando los contratos internacionales fundamental se pueda mantener un coste adecuado para los programas franceses, así como para mantener y desarrollar las capacidades del Grupo y del BITD francés (pág. 20). https://www.naval-group.com/sites/default/files/2021-03/Naval%20Group%20-%20Rapport%20financier%202020.pdf (Consultado el 10 de diciembre de 2021).

[380] ARTEAGA, F. y SIMÓN, L. (eds.), *El Fondo Europeo de Defensa y el futuro de la industria española.* Real Instituto Elcano, Madrid, 2019.

el fin de preservar la soberanía industrial europea, lo que ya generó una queja por parte de la Subsecretaria de Defensa estadounidense, Ellen Lord, en mayo de 2019, mediante una carta dirigida a la entonces Alta Representante Federica Mogherini[381], y afecta a la participación del Reino Unido tras el Brexit. De ahí que en mayo de 2020, los ministros de Defensa de España, Alemania, Francia e Italia solicitaran la adopción, lo antes posible, de un acuerdo para la participación en los proyectos de terceros países no comunitarios[382], habiendo anunciado el actual Alto Representante, el español Josep Borrell, el 29 de octubre de 2020, un importante acuerdo del Consejo para la participación de terceros Estados en la PESCO.[383]

Por otro lado, la pandemia del COVID-19 también ha incidido en este ámbito, ya que la necesidad de atender a la recuperación de la economía de los Estados miembros ha dado lugar, tras el Consejo Europeo de julio de 2020, a un recorte la financiación inicialmente prevista para el Marco Financiero Plurianual (MFP) 2012-2017 que ha pasado de un total de 20000 millones de euros para programas de seguridad y defensa que incluían 13000 millones de euros para el Fondo Europeo de Defensa a 13185 millones de euros, de los que 7014 millones de euros serán para el Fondo.

Por último, el éxito de estas iniciativas estará igualmente ligado a los avances que puedan producirse en la integración de las políticas de defensa y el avance hacia la autonomía estratégica europea, habiendo declarado EMMANUEL MACRON que uno de los principales objetivos de la presidencia francesa del Consejo de la Unión Europea, iniciada el pasado 1 de enero, es avanzar hacia una "soberanía" europea en materia de defensa y seguridad, de modo que Europa pueda responder a los grandes desafíos militares[384], objetivo compartido por el presidente del Consejo Europeo, CHARLES MICHEL.[385]

---

[381] https://elpais.com/internacional/2019/05/12/actualidad/1557662517_974981.html

[382] https://www.infodefensa.com/es/2020/06/08/noticia-carta-ministros-defensa-espana-francia-alemania-italia.html

[383] https://www.lavanguardia.com/politica/20201029/4964749358/borrell-anuncia-acuerdo-sobre-entrada-de-terceros-estados-en-proyectos-pesco.html

[384] Conferencia de prensa del Presidente de la República. Presentación de la presidencia francesa del Consejo de la Unión Europea.Disponible en https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/es_dp_012022_v1-4_cle053221.pdf (Consultado el 17 de febrero de 2022).

[385] Macron y Michel abogan por impulsar la soberanía comunitaria en defensa y seguridad. https://es.euronews.com/2022/01/11/macron-y-michel-abogan-por-impulsar-la-soberania-comunitaria-en-defensa-y-seguridad (consultado el 17 de febrero de 2022).

IV.4. La necesidad de equilibrio en la cooperación europea.

Como puede observarse de la evolución histórica analizada, la lentitud en los avances políticos en materia de defensa no ha privado a la Comisión de impulsar sus competencias relacionadas con el mercado interior en un ámbito que, por afectar a la soberanía sigue siendo competencia de los Estados miembros. Y dicha intervención se ha venido haciendo en las últimas décadas a través de instrumentos propios del denominado *sof law* comunitario, como son las Comunicaciones, a través de las cuales pretende presentar de manera sistemática los principios aplicables al mercado interior de productos de defensa y a la contratación administrativa en este sector, partiendo de los principios sentados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia atendiendo a casos concretos y llevando a cabo una labor de reordenación y generalización, abstracción hecha de su origen casuístico.

De entre las distintas razones que pueden motivar el recurso al soft law, sistematizadas por el profesor ALONSO GARCÍA[386], me inclino claramente por la siguiente:

> «Finalmente, debe también destacarse que el recurso inicial al soft law ha sido práctica tradicional en el desenvolvimiento de la Comunidad en sectores en que resultaba dudosa su competencia para intervenir, sembrando por la vía de decisiones políticas de naturaleza programática el terreno para ulteriores intervenciones de naturaleza vinculante»

Ese supuesto identifica perfectamente lo que ha ocurrido en el presente caso, en el que ante la carencia de competencias directas de la Unión Europa, la Comisión ha actuado vía Comunicaciones hasta que se pudo aprobar un instrumento de hard law, la

[386] ALONSO GARCÍA, R. «El soft law comunitario», *Revista de Administración Pública*, Nº 154, 2001, págs. 63-94. Esta misma idea se resalta en ALONSO GARCÍA, R., «El Tratado de Lisboa», en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid,* Nº. 18, 2008, págs. 10 y 11: « En efecto, la integración europea siempre estuvo, y seguía estándolo con la Constitución, presidida por el principio de atribución de competencias, que implicaba, tal y como reza el Tratado de la Comunidad Europea, obligación de actuar «dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna». Ello no impidió, sin embargo, actividad comunitaria cuando menos al límite de dichas atribuciones, provocando una reacción frente a la misma a través de la consagración de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad por el Tratado de Maastricht (acompañada, con ocasión de su ratificación por Alemania, de la amonestación al Tribunal de Justicia por un Tribunal Constitucional Federal receloso hacia lo que consideraba una actitud en exceso permisiva frente al aparato político europeo en el terreno competencial)».

Directiva 2009/81/CE, que incide directamente en la contratación en materia de defensa, que como se postula en el presente trabajo, no es más que un instrumento al servicio de las necesidades de la defensa nacional, haciéndolo desde el prisma del mercado interior y al amparo del principio de subsidiariedad, que es el que legitima la intervención de la Unión en materia contractual.

No obstante, dejando al margen las posibles críticas al proceder de la Comisión, lo cierto es que dicha intervención ha sido aceptada por los Estados miembros, que vienen adaptando sus procedimientos de contratación en materia de defensa a los postulados defendidos por la Comisión, en una conducta que se ve claramente influida por la necesidad de incrementar la cooperación en la obtención de las capacidades militares, especialmente en un escenario de restricciones presupuestarias, reducir la fragmentación del mercado europeo de defensa y mejorar la competitividad de la base industrial y tecnológica de la defensa en un mercado claramente internacionalizado y cada vez más competitivo.

La potenciación del mercado europeo de defensa y el fomento de los programas cooperativos, incluidos los nuevos instrumentos de apoyo financiero creados por la Unión Europea, puedan ayudar a mejorar el proceso de obtención y sostenimiento de las capacidades militares que necesitan los Estados miembros:

- Puede suponer un avance hacia la pretendida autonomía estratégica en el seno de la Unión, reduciendo la dependencia de empresas de terceros países para ciertos componentes críticos, garantizando la libertad de acción y el suministro en situaciones de crisis.

- Dado su alto coste de la I+D+i, que pocos países pueden alcanzar de forma aislada, la cooperación facilitará el desarrollo de proyectos conjuntos de I+D, se facilitará el reparto de los costes entre varios países y se favorecerá la adquisición de materiales similares con las ventajas que ello representará en el futuro a nivel de facilidad de uso combinado y apoyo logístico.

- Asimismo, favorecerá la adquisición del conocimiento tecnológico y la transferencia de tecnología dentro de la Unión.

- La estandarización de productos reduce su diversidad y favorece las economías de escala.

- La existencia de competencia en el mercado impulsará a las empresas a ser más competitivas, favoreciendo la adquisición de mejores bienes y servicios a un coste inferior.

No obstante, se trata de un proceso que se enfrenta, asimismo, a notables dificultades, lo que se pone de manifiesto en que, pese a que se viene impulsando desde los años 90 del siglo pasado, e incluso ya existieron iniciativas en este sentido en 1976, año en el que se creó el *Independent European Program Group* (IEPG) para fomentar la cooperación en la investigación, desarrollo y producción de equipos de todos los países europeos miembros de la OTAN, todavía está lejos de conseguirse. Uno de los principales problemas al que se enfrenta es la resistencia de los países a perder influencia sobre la industria en este ámbito tan ligado a la soberanía, incrementando su dependencia del exterior, así como la posible disminución de su posición de superioridad y parte de las capacidades operativas como consecuencia de la estandarización, optando por retener de manera autónoma aquellas capacidades que consideran estratégicas. Asimismo, este proceso de reducción de la fragmentación del mercado y apertura de la competencia va a implicar, necesariamente, una concentración del mercado con reducción del número de empresas, lo que puede suponer la expulsión de aquellas que sean menos competitivas, favoreciendo a las empresas de aquellos países en los que ha existido una mayor inversión nacional en defensa.

Por ello, en nuestra opinión, siendo los procedimientos de obtención de capacidades militares, incluidos los correspondientes procedimientos de contratación meros instrumentos administrativas al servicio de un fin esencial del Estado, los avances en los procesos de cooperación y apertura de la competencia en el ámbito de la defensa europea han de ir subordinados a los avances que se vayan produciendo en el ámbito político entre los Estados miembros en el seno del Consejo Europeo. Estos avances deben alcanzar, entre otros factores que destaca ACUÑA CALVIÑO[387], a la aproximación de la cultura estratégica de defensa, el incremento de la confianza y la solidaridad entre los Estados miembros, la aproximación del presupuesto destinado a defensa y un reparto equitativo de la pérdida de capacidad industrial. Estos avances políticos se pueden ver impulsados por el escenario estratégico y presupuestario actual, pero en tanto en cuanto no se

[387] ACUÑA CALVIÑO, D. «Descripción y análisis… op. cit. págs. 56 y 57.

produzcan, seguirán existiendo las reticencias de los Estados miembros que ralentizan el proceso de concentración.

CAPÍTULO TERCERO

TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS DE ORGANIZACIÓN DE LA DEFENSA NACIONAL

I.- Técnicas Administrativas de organización de la defensa nacional.

I.1.- Planificación.

I.1.A. El proceso de Planeamiento de la Defensa.

La concurrencia de factores políticos, estratégicos, operativos, militares y económicos exigen una adecuada planificación para la consecución de las capacidades necesarias para conseguir los objetivos de la defensa nacional con intervención de las diferentes autoridades, y que se ha venido a denominar como Planeamiento de la Defensa, que puede definirse con ARTEAGA y FOJÓN[388] como «un proceso que engloba la identificación de los principales riesgos y mayores amenazas que pueden afectar a la seguridad nacional, la definición de los objetivos de seguridad y defensa del Estado y el desarrollo de una estrategia político-militar que dote a la nación de los medios y las capacidades bélicas más adecuadas para el eficaz desempeño de sus funciones».

Dicho Planeamiento se contiene en la Orden Ministerial 60/2015, de 3 de diciembre, por la que se regula el proceso de Planeamiento de la Defensa[389]. Esta Orden Ministerial mantiene el criterio de su predecesora de 2005[390] de realizar un planeamiento

[388] ARTEAGA, F. y FOJÓN, E. *El planeamiento de la política de defensa y seguridad en España*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid,2008, págs.9 a 11.

389 «Boletín Oficial de Defensa» número 240, de 10 de diciembre.

390 Orden Ministerial núm. 37/2005, de 30 de marzo, por la que se regula el proceso de Planeamiento de la Defensa. «Boletín Oficial de Defensa» número 68, de 8 de abril de 2005.
https://www.defensa.gob.es/Galerias/defensadocs/OM37-2005-planeamiento-defensa.pdf (Consultado el 11 de octubre de 2021).

«por capacidades»[391], y que se inicia desde «arriba»[392], basado en la identificación por las autoridades políticas de los objetivos a alcanzar, atendiendo a la situación estratégica y la coyuntura económica,[393] pero procede a sustituir el anterior proceso secuencial para la elaboración de la propuesta del Objetivo de Capacidades Militares por un proceso integral y más flexible, con la participación de todas las Autoridades de Planeamiento, lo que permite adaptarse a las circunstancias particulares de cada nuevo ciclo que se inicie.

Dicho Planeamiento, que dará comienzo cada seis años[394], tiene como referencia la Directiva de Defensa Nacional[395], aprobada por el Presidente del Gobierno y la Directiva de Política de Defensa[396] aprobada, sobre la base de la anterior, por el Ministro

[391] El planeamiento de la defensa por capacidades, que sustituye al tradicional planeamiento basado en «amenazas» propio de la guerra fría y del enfrentamiento entre dos bloques, es un sistema adoptado por Estados Unidos en 2001 para guiar su transformación ante la proliferación de nuevos riesgos y la reducción del gasto militar y está enfocado a la obtención de un catálogo de capacidades militares polivalentes, flexibles, asequibles, sostenibles y susceptibles de usarse en toda la gama de las operaciones, y que ha sido implementado por muchos países de nuestro entorno así como por organizaciones internacionales como la OTAN o la Unión Europea. Un análisis completo del concepto y de su evolución en España es el realizado por COLOM G., «Una revisión del planeamiento de la defensa por capacidades en España (2005-16)» *Papeles de Europa,* Vol. 30, Nº. 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: El entorno económico-estratégico de la defensa), págs. 47 a 68
https://revistas.ucm.es/index.php/PADE/article/view/56335 (Consultado el 11 de octubre de 2021)
Asimismo, véase la Monografía 140: Capacidades futuras de las Fuerzas Armadas, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 2014.
https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/P/D/PDF532.pdf (Consultado el 11 de octubre de 2021).

[392] GARCÍA SIEIRO, J. M., «Planeamiento por capacidades», *Revista Española de Defensa*, Ministerio de Defensa, Madrid, junio de 2006 págs. 38 a 43.

[393] Como se señala en la Orden Ministerial, la misma tiene por finalidad establecer el proceso para la consecución de las capacidades necesarias para alcanzar los objetivos establecidos en la Política de Defensa y especialmente para la definición, obtención y sostenimiento de una Fuerza Conjunta eficaz, sostenible en el tiempo y capaz de enfrentarse a los retos de un escenario estratégico incierto y en continua evolución.

[394] Se trata de un proceso ordenado que se articula en dos fases. Comienza con la Fase de Definición, de dos años de duración, seguida de la Fase de Ejecución durante los siguientes seis años, de los que los dos últimos se solaparán con la Fase de Definición del siguiente ciclo.

[395] En cuanto que contiene las líneas generales de actuación y las directrices para el desarrollo de la Política de Defensa del Gobierno y que debe abordar, de manera integral, los aspectos orgánicos, funcionales y de empleo de las Fuerzas Armadas. Su desarrollo implica, entre otros aspectos, la definición de objetivos, el establecimiento de prioridades, la asignación de recursos y la ejecución de las actividades necesarias para conseguir las capacidades militares exigibles a las Fuerzas Armadas.

[396] La Directiva de Política de Defensa establece las líneas generales de actuación y las directrices precisas para el Planeamiento de la Defensa y contendrá, entre otros, los siguientes aspectos:
a) La valoración de la situación estratégica en relación con los objetivos y directrices fijados en la DDN.
b) Los objetivos a alcanzar, entre ellos el esfuerzo exigible a las Fuerzas Armadas.
c) Los factores que condicionen el proceso de planeamiento, en particular el escenario presupuestario y de recursos.

de Defensa y se articula en el Planeamiento Militar[397], competencia del JEMAD[398], y el Planeamiento de Recursos, que incluye los recursos financieros y materiales, competencia del Secretario de Estado de Defensa (SEDEF) y los recursos humanos, competencia del Subsecretario de Defensa (SUBDEF), siendo el Objetivo de Capacidades Militares (OCM) el documento resultante de la concurrencia del Planeamiento Militar y del Planeamiento de los Recursos.

Centrándonos en el recurso material, corresponde al Secretario de Estado de Defensa (SEDEF), en cuanto responsable del Planeamiento de Recursos Financieros y Materiales, las siguientes funciones[399]:

> 1.º Establecerá los marcos financiero, tecnológico e industrial que orientarán el Planeamiento de la Defensa incluyendo los aspectos relacionados con las capacidades industriales estratégicas.
>
> 2.º Definirá los Otros Objetivos del Departamento (OOD, s) en el ámbito de sus competencias y asignará su prioridad.
>
> 3.º Realizará la programación de los recursos necesarios para conseguir las capacidades militares y los Otros Objetivos del Departamento.
>
> 4.º Dirigirá la obtención y el sostenimiento del armamento y material, la infraestructura y los sistemas de información y telecomunicaciones.

Siendo precisamente esta última función en la que, dado el objeto del presente estudio, nos centraremos a continuación.

[397] El Planeamiento Militar comprende: 1.º Planeamiento de Fuerza y 2.º Planeamiento Operativo.

[398] Cuyas atribuciones se potencian en línea con las modificaciones introducidas por el Real Decreto 872/2014, de 10 de octubre, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas.

[399] Estas previsiones se desarrollan por la Instrucción 2/2011, de 27 de enero, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se regula el proceso de Planeamiento de los Recursos Financieros y Materiales (IPREC), que establece el marco general de actuación de los órganos directivos de la Secretaría de Estado de Defensa para que dicho planeamiento satisfaga tanto las necesidades que emanan del planeamiento militar como aquellas otras necesidades que de igual forma contribuyen al cumplimiento de otros objetivos de la política de defensa. Dicha instrucción define el proceso a seguir para transformar las necesidades establecidas por las autoridades de planeamiento en objetivos de recurso material (ORM) y para programar estos últimos y dotarlos presupuestariamente de forma que puedan ser obtenidos mediante programas.

I.1.B. El Proceso de Obtención de Recursos Materiales.

Partiendo del marco general establecido en el Planeamiento de los Recursos Financieros y Materiales (IPREC), la Instrucción 67/2011, de 15 de septiembre, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se regula el Proceso de Obtención de Recursos Materiales (IORM), define el proceso de obtención de los recursos materiales como el conjunto de actividades que tienen por objeto satisfacer las necesidades de este tipo de recursos mediante la definición, diseño, producción, construcción, desarrollo o adquisición, puesta en servicio, modernización en su caso y baja de los mismos, quedando fuera de este proceso las actividades necesarias para la ejecución del sostenimiento[400].

No obstante, en el momento actual, y dada la complejidad de los sistemas de armas 4.0., su interconectividad y multidominio y el elevado coste que puede suponer su sostenimiento, que puede representar entre el 60% y el 80% del coste total de un programa, debería revisarse dicho modelo para contemplar el sostenimiento desde la misma fase de planeamiento, y garantizar la financiación desde el inicio al final del ciclo de vida.[401]

El proceso de obtención de los recursos materiales se concibe con un carácter dinámico y multidisciplinar en el que todos los organismos especializados participan aportando su conocimiento sobre los aspectos operativos o funcionales, técnicos, tecnológicos e industriales, logísticos y económicos que permitan optar por una solución viable, planificar adecuadamente su financiación y contratación, así como facilitar el posterior seguimiento y control de su ejecución, para lo cual se articula en cuatro fases: conceptual, definición y decisión, ejecución, y servicio.

En la Fase Conceptual se definirá la necesidad operativa o funcional vinculada a los objetivos de la Política de Defensa y se orientará su solución, tomando en

[400] Los procesos de obtención de recursos asociados al sostenimiento, salvo los que formen parte del apoyo logístico inicial, fueron excluidos del ámbito de aplicación de la Instrucción 67/2011, de 15 de septiembre. No obstante, deben ser integrados en el proceso de planificación y programación de los recursos materiales, para su posterior presupuestación, conforme a lo regulado en la Instrucción 2/2011, de 27 de enero.

[401] En este sentido se ha pronunciado recientemente el General Murga, Subdirector General de Panificación, Tecnología e Innovación de la DGAM en la segunda jornada de *SYMDEX* celebrada del 7 al 9 de septiembre de 2021.
https://www.infodefensa.com/texto-diario/mostrar/3166021/dgam-plantea-modelo-adquisiciones-garantice-financiacion-todo-ciclo-vida (Consultado el 11 de octubre de 2021).

consideración su ciclo de vida y el coste total asociado[402], y se desarrolla en dos etapas: la Etapa de Definición de necesidad operativa cuyo objetivo es desarrollar y concretar la necesidad operativa identificada en el Proyecto de Objetivo de Capacidades Militares (PROCAM) y establecer los plazos para satisfacerla; y la Etapa de Previabilidad operativa, en la que se realiza la primera evaluación de las posibles opciones técnico-operativas y se identificarán las más factibles, considerando los aspectos operativos, físicos, logísticos y técnicos vinculados a los factores de material, infraestructura, recursos humanos, adiestramiento, doctrina y organización (MIRADO).

La Fase de Definición y decisión tiene por objeto definir la solución operativa o funcional y seleccionar una alternativa viable para su obtención, establecer los programas de armamento y material, infraestructura y CIS necesarios para la obtención de los recursos materiales y desarrollar las especificaciones técnicas de diseño, si así lo requiere la solución, y elaborar las prescripciones técnicas preceptivas, para lo cual se articula en cuatro etapas: a) Definición de requisitos; b) Determinación de la alternativa de obtención; c) Establecimiento de programas y d) Preparación de la ejecución.

En relación con la Etapa de Determinación de la alternativa de obtención. interesa destacar, en este momento, que entre los factores a valorar al objeto de decidir sobre dicha alternativa de obtención, además de los relativos a los aspectos tecnológicos, logísticos y de coste, se incluyen específicamente los relativas los aspectos industriales y contractuales asociados a la solución operativa o funcional propuesta. De este modo, en relación con los aspectos industriales, se prevé expresamente la valoración del impacto en las capacidades industriales nacionales, con especial atención a las de carácter estratégico. Y en cuanto a los aspectos contractuales, se resalta la necesidad de planificar estratégicamente las actividades de contratación y determinar un calendario de hitos contractuales y actuaciones en general, atendiendo a la situación actual y evolución previsible del mercado de referencia.

Asimismo, en la Etapa de Preparación de la ejecución, se procederá a la elaboración de las Especificaciones de Diseño (EDD), cuando la naturaleza de la solución así lo requiera, así como el establecimiento definitivo de la estrategia de contratación más

[402] El coste asociado es el coste directo vinculado a su adquisición o a la investigación, diseño y su posterior producción, construcción o desarrollo, así como a la operación, mantenimiento y baja al final de su vida en servicio.

adecuada por parte de la Dirección General de Asuntos Económicos, que deberá figurar en el Plan Anual de Contratación (PACDEF), y la elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas necesarios y del resto de la documentación contractual preceptiva previa a la contratación.

En la Fase de Ejecución se gestionarán y desarrollarán los programas de armamento y material, infraestructura y CIS necesarios para el diseño, producción, construcción, desarrollo o adquisición de los recursos materiales, se ejecutarán los contratos y se efectuará la recepción de aquéllos. En esta Fase, corresponderá a los órganos de contratación competentes la tramitación y aprobación de los expedientes de contratación, las negociaciones que en su caso deban realizarse con las empresas, la adjudicación de los contratos, el control de su ejecución, así como las demás actuaciones que determinen los términos y condiciones de los citados contratos y la legislación aplicable. Los Jefes de Programa, con el apoyo de sus oficinas, prestarán a los órganos de contratación el apoyo técnico que éstos les soliciten para el desarrollo de sus cometidos.

Esta fase comprenderá las siguientes etapas:

a) Etapa de Diseño: esta etapa no será de aplicación para los programas de armamento y material o de CIS si la alternativa de obtención se orienta a una solución ya desarrollada. En caso contrario, durante esta etapa se llevará a cabo la ingeniería de diseño y se construirán y validarán, en su caso, proyectos piloto o prototipos, previa celebración de los contratos que procedan.

b) Etapa de Producción, construcción, desarrollo o adquisición: en esta etapa se ejecutarán los contratos que permiten la producción, construcción o desarrollo de un determinado recurso o bien su adquisición, para el caso de soluciones ya desarrolladas. Durante esta etapa la autoridad usuaria elaborará y aprobará los Requisitos de Entrada en Servicio del recurso material. Este documento especifica las pruebas de evaluación operativa y otras previas a la finalización del período de garantía, por lo que el órgano de contratación lo incorporará al expediente de contratación, para que sirva como referencia a efectos de la cancelación de la garantía definitiva depositada por el contratista, una vez que el organismo usuario haya informado sobre el resultado positivo de dichas pruebas. La etapa finalizará con la entrega del recurso material por parte del contratista y su aceptación y recepción por parte del Ministerio de Defensa, con las formalidades legales y contractuales que contendrán las necesarias consideraciones sobre la garantía y plazo.

La última fase es la Fase de Servicio, que incluye las actuaciones de evaluación operativa o funcional del recurso obtenido, la preparación de su entrada en servicio, su empleo y la baja al final de su vida operativa.

Si durante la vida operativa se considerase necesario abordar la modernización de un determinado recurso material por ser necesaria una mejora en las capacidades proporcionadas por éste, se iniciará un nuevo proceso de obtención desde la Fase Conceptual.

De la regulación contenida en la citada Instrucción se desprende la gran complejidad que presenta la obtención de los recursos materiales en el Ministerio de Defensa, y la necesidad de articular los distintos factores que inciden en la misma. Precisamente, la complejidad de los productos que son necesarios para atender a las necesidades de la defensa nacional y la necesidad de garantizar la autonomía estratégica y la generación de conocimiento mediante la innovación, tal y como se viene destacando a lo largo del presente trabajo, determina que se utilice el concepto de obtención, que no se limita a la mera adquisición, ya que con gran frecuencia se trata de productos que no se encuentran disponibles en el mercado.

De este modo, debe diferenciarse, en primer término, los supuestos de obtención que implican una ingeniería de diseño, adecuada a las particulares necesidades de las Fuerzas Armadas, de los de adquisición de productos ya desarrollados.

Por otro lado, de la complejidad de estos procesos, quiero resaltar dos aspectos que resultan muy relevantes y afectan a la contratación administrativa de los productos. En primer lugar, la importancia que en la contratación en el Ministerio de Defensa tienen las Estrategias de Contratación, con las que se pretende identificar el órgano de contratación así como el procedimiento contractual que resulte más adecuado.[403] Y, en segundo lugar, su articulación en programas[404] y la existencia de Oficinas de Programas, que deben coordinar su actividad con la del órgano de contratación.

[403] Que se definen como las «Directrices sobre la preparación, adjudicación, ejecución, control, seguimiento, recepción y evaluación de las propuestas de contratos correspondientes a una categoría o familia de compras, de los programas de obtención o cualquier otro tipo que se decida se realice, para la consecución de los objetivos marcados». Apartado 2.8.1 de la Instrucción 27/2018, de 18 de mayo, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se establecen directrices en materia de contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa.

[404] Que la Instrucción 2/2011, de 27 de enero, del Secretario de Estado de Defensa define como «el conjunto coordinado de las actividades, decisiones, proyectos o expedientes técnicos de adquisición que

I.1.C. Los programas de armamento y material.

Centrándonos en los programas de armamento y material, su regulación se contiene en la Instrucción 72/2012, de 2 de octubre, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se regula el proceso de obtención del armamento y material y la gestión de sus programas[405].

Los programas de armamento y material consisten en un conjunto de actividades interrelacionadas, con su calendario previsto de ejecución, que mediante el empleo de recursos materiales, humanos y financieros, proporcionan los recursos de armamento y material necesarios a través de la consecución de los objetivos fijados en su Directiva de Programa (DDP), diferenciándose cinco categorías:

a) De obtención.

b) De modernización.

c) De obtención de recursos permanentes.

d) De obtención de recursos asociados al sostenimiento.

e) De baja.

En relación con la contratación administrativa, interesa destacar los siguientes aspectos:

a) El Jefe de Programa será responsable del impulso, la coordinación y el seguimiento de las actividades del programa y de sus contratos derivados, en todos los programas de

posibilitan la obtención ordenada y eficiente de los componentes de los ORM, incluidos los asociados a la gestión del ciclo de vida». «Boletín Oficial de Defensa» número 26, de 8 de febrero de 2011, págs. 86 a 97.
https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/P/D/PDF297.pdf (Consultado el 11 de octubre de 2021).

[405] No obstante, quedan excluida de la misma y se rigen por su normativa especial los programas de Investigación y Desarrollo (I+D) que se ejecutan en cumplimiento de las líneas de actuación establecidas en la Estrategia de Tecnología e Innovación para la Defensa (ETID), o cuyo objetivo sea satisfacer necesidades derivadas de otros objetivos del departamento relativos a investigación y desarrollo dentro del ámbito de la Estrategia Estatal de Innovación (E2I) y los programas de armamento y material que se gestionen en el ámbito internacional o fuera del ámbito del Ministerio de Defensa y tengan impuestas normas específicas de obligado cumplimiento.

obtención y de modernización así como en aquellos otros de obtención de recursos permanentes, de obtención de recursos asociados al sostenimiento o de baja que determine el DIGAM, asumiendo las responsabilidades que pudieran corresponderle como responsable del contrato a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público.

b) Los Pliegos de Prescripciones Técnicas que se elaboren incluirán, además de las especificaciones técnicas pertinentes, los elementos que determina[406], con el alcance que el Director Técnico establezca como necesarios, de acuerdo a las directrices recibidas del Jefe del Programa.

c) Corresponde al Jefe de Programa elaborar la Propuesta de cláusulas administrativas particulares, teniendo en cuenta las consideraciones que fija la Instrucción.[407]

---

[406] Dichos elementos son:
a) La metodología de ingeniería de sistemas a utilizar durante el desarrollo, cuando esté contemplado en el contrato.
b) Los hitos técnicos que necesiten su aprobación (revisión preliminar de diseño, revisión crítica de diseño, etc.), así como los resultados esperados a alcanzar en cada uno de ellos para continuar con la ejecución del contrato. Esta circunstancia será recogida como uno de los criterios incluidos en el punto f) del apartado decimosexto de esta instrucción.
c) Los documentos que deba elaborar el contratista para el seguimiento del contrato y que incluirán al menos: planificación del contrato, plan de calidad, plan de gestión de riesgos del contrato, plan de documentación y planes de verificación, validación o pruebas.
d) Los planes de verificación, validación o prueba incluirán al menos: una matriz que garantice que todos los requisitos incluidos en los PPT son evaluados durante la ejecución del contrato, una relación de las pruebas que se deberán efectuar con indicación de las pruebas de equipos, de subsistemas, de sistema, de integración y de cualificación, cuando se requiera, y los métodos de verificación, validación o prueba que se seguirán para cada uno de las especificaciones incluidas en los PPT, con especial mención a aquellos que puedan ser más difíciles de evaluar, como son especificaciones de rendimiento, seguridad, disponibilidad, etc. e) La especificación técnica para la homologación, en el caso de que se haya considerado ésta como requisito exigible y no se disponga de norma o especificación técnica de referencia para la misma.
f) Los requisitos y procedimientos necesarios para satisfacer lo establecido en el RD 2218/2004, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Aeronavegabilidad de la Defensa, si se requiere certificación de aeronavegabilidad.
g) La determinación de la Publicación Española de Calidad (PECAL) que deba utilizarse de acuerdo con la Instrucción 39/1998, de 19 de febrero, del Secretario de Estado de Defensa, que desarrolla la Orden Ministerial 65/1993, de 9 de junio, en materia de calidad en los contratos de suministros, consultorías y asistencias, y de servicios para el armamento y material de defensa, para lo que se recabará de la Subdirección General de Inspección y Servicios Técnicos de la DGAM el asesoramiento necesario.
h) Los requisitos de apoyo logístico inicial (aprovisionamiento inicial, equipo de apoyo, utillaje, entrenamiento, publicaciones y documentación técnica, etc.).
i) Los requisitos de seguridad de la información, en función de las circunstancias del expediente y según lo establecido en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

[407] La Instrucción identifica las siguientes:
a) Las cláusulas de catalogación según lo dispuesto por el Real Decreto 166/2010, de 19 de febrero.
b) Las cláusulas de calidad que procedan según lo dispuesto en la Instrucción 39/1998, de 19 de febrero.
c) Las cláusulas sobre las garantías técnicas y las causas de exclusión y no aplicación de la garantía.

d) Las actividades de carácter técnico de un programa podrán realizarse utilizando medios propios del Ministerio de Defensa o bien requerir la participación de empresas o entidades ajenas al ministerio, lo que supondrá la tramitación de uno o varios expedientes de contratación. Estos expedientes se tramitarán de acuerdo con la normativa de contratación aplicable y serán incluidos en el Plan Anual de Contratación del Ministerio de Defensa (PACDEF) con carácter previo a su contratación.

Asimismo, en relación con la contratación, la correspondiente planificación anual se lleva a cabo con la aprobación por el SEDEF del Plan Anual de Contratación del Ministerio de Defensa (PACDEF) y del Plan Anual de Contratación Centralizada (PACC) del Ministerio de Defensa.

I.1.D. La Planificación de los Sistemas y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Defensa.

Del mismo modo, en el ámbito TIC han existido iniciativas particulares tendentes a su planificación adecuada, teniendo en cuenta las especialidades que dichos sistemas presentan y que los diferencian del resto de los empleados en la Administración General del Estado, al tener que garantizar su interoperabilidad con las organizaciones y estructuras operativas internacionales aliadas.

En este sentido, el Plan Director de Sistemas de Información y Telecomunicaciones, aprobado por la Orden DEF/315/2002, de 14 de febrero, logró

d) Los apartados que se podrán exigir que el licitador presente del artículo 22, seguridad del suministro, de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, con su proposición u oferta económica.
e) Las cláusulas de reparto de gastos generados durante las pruebas.
f) Los criterios de cancelación del contrato en caso de no conseguir los resultados esperados durante la ejecución del mismo.
g) El régimen de penalizaciones a aplicar cuando se produzcan cambios en cuanto al plazo o los requisitos.
h) Las cláusulas de control de las subcontrataciones.
i) La procedencia o no de realizar auditorías técnicas, económicas y de costes, y los términos de la auditoría técnica a realizar.
j) Las cláusulas sobre los seguros que se tengan que suscribir durante la ejecución del contrato.
k) Las cláusulas que incluyan los aspectos del contrato que puedan sufrir modificaciones.
l) Las cláusulas de propiedad intelectual que sea necesario incorporar.
m) Los aspectos técnicos y económicos objeto de negociación, cuando corresponda por aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público.
n) Los criterios de selección y de valoración, cuando haya promoción de ofertas y corresponda por aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público.

notorios avances permitiendo la centralización de los contratos de telecomunicaciones, una mayor concentración de centros de proceso de datos y explotación, crear un Nodo de Interconexión Global y una Plataforma de Identidad Digital, y definir una Arquitectura Técnica Unificada (ATU) junto a una política corporativa de Seguridad de la Información.

Posteriormente, la Orden DEF/2639/2015, de 3 de diciembre, por la que se establece la Política de los Sistemas y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Defensa ha supuesto una importante transformación, al sentar las bases para disponer de una única Infraestructura Integral de Información para la Defensa (I3D)[408], gestionada de forma centralizada y que abarca tanto a los medios CIS permanentes[409] como a los medios CIS desplegables[410].

El artículo 4 de la citada Orden DEF/2639/2015, de 3 de diciembre, señala que el planeamiento y obtención de los CIS/TIC, su control, organización, operación y mantenimiento, para el establecimiento y provisión de los Servicios CIS/TIC, se regirá por los principios, finalidad, ejes estratégicos y directrices de la citada Política CIS/TIC, para cuyo desarrollo prevé la elaboración del Plan Estratégico de los Sistemas y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (PECIS), que integrará los requisitos operativos en los niveles estratégico, operacional y táctico, y que fue aprobado por la Instrucción 33/2018, de 6 de junio, del Secretario de Estado de Defensa.[411]

[408] Infraestructura tecnológica, bajo una autoridad operativa única, que mediante la convergencia de los sistemas de información y telecomunicaciones y los servicios que éstos proporcionan, optimice el uso de los mismos y facilite a los organismos y usuarios el acceso eficaz a los recursos de información de la Defensa, desde cualquiera que sea su situación geográfica o dinámica (fija, estacionaria o en movimiento), y en todo momento, de forma segura. De esta I3D forman parte los CIS permanentes y en ella se integran los CIS desplegables, para asegurar su continuidad en los entornos estratégico, operacional y táctico.

[409] Medios CIS permanentes: Son los elementos que conforman la infraestructura que dispone el Ministerio de Defensa para la gestión y transmisión de la información a todo el Departamento, incluidas las Fuerzas Armadas, distintos de los medios CIS desplegables. Se establecen en instalaciones fijas, por periodos de funcionamiento largos y cubriendo áreas geográficas extensas.

[410] Medios CIS desplegables: Son aquellos que se establecen para permitir su rápida proyección y cubren áreas geográficas habitualmente mucho más reducidas que las de los medios CIS permanentes. Al estar diseñados para trabajar en zonas de conflicto y condiciones ambientales y climatológicas severas, los equipos deben presentar generalmente características específicamente militares.

[411] Instrucción 33/2018, de 6 de junio, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba el Plan Estratégico de los Sistemas y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Defensa «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa», núm. 111 de 7 de junio de 2018. Un amplio estudio del mismo se contiene en la obra Plan Estratégico de los Sistemas y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Defensa (PECIS), Ministerio de Defensa, Madrid, 2018. Disponible en: https://publicaciones.defensa.gob.es/plan-estrategico-de-los-sistemas-y-tecnologias-de-la-informacion-y-las-comunicaciones-del-ministerio-de-defensa-pecis.html (Consultado el 11 de octubre de 2021).

I.1.E. La Planificación de la I+D+I. La Estrategia de Tecnología e Innovación para la Defensa (ETID).

Otro ámbito en el que se viene desplegando la actividad planificadora del Ministerio de Defensa es el relativo a la política de I+D+I, que bajo la responsabilidad de la Secretaria de Estado de Defensa coadyuva al logro de los objetivos establecidos por la política de Defensa y contribuye, por tanto, a la consecución de las capacidades necesarias resultantes del Proceso de Planeamiento de la Defensa, regulado por la Orden Ministerial 60/2015, de 3 de diciembre.

El planeamiento de I+D+i se efectúa de conformidad con lo establecido en los procesos de planeamiento de los recursos materiales de la Secretaría de Estado de Defensa, teniendo en cuenta múltiples elementos, tales como las necesidades propuestas y priorizadas por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa (JEMAD), los compromisos adquiridos en el ámbito internacional, las disponibilidades económicas previstas, las líneas de actuación contempladas en la Estrategia de Tecnología e Innovación para la Defensa, las propuestas y necesidades de I+D+i del INTA o las actividades y capacidades de otros organismos del MINISDEF, industria y universidades.

La DGAM elabora anualmente una propuesta de programación de actividades de I+D+i, proponiendo los programas de I+D a realizar. Adicionalmente, la DGAM es responsable de la elaboración de los Planes Directores Sectoriales de los Sistemas de Armamento y Material, en los que se pretenden integrar y ordenar en un único documento la situación actual de los diferentes sistemas, las necesidades de los usuarios, la situación industrial y tecnológica, la posibilidad de cooperación internacional y las previsiones financieras, en un marco temporal a corto, medio y largo plazo. Los Planes Directores pretenden proporcionar una herramienta de información, consulta y referencia, con objeto de ofrecer una visión estratégica de los sistemas de armas considerados, y servir como elemento de apoyo a la toma de decisiones.

Asimismo, en el ámbito de la colaboración internacional, el Ministerio de Defensa desarrolla un porcentaje importante de sus actividades de investigación y desarrollo tecnológico a través de distintos marcos de cooperación internacional, bien a través de su condición de miembro de organizaciones internacionales, como ocurre en el ámbito de la Unión Europa a través de la Agencia Europea de Defensa (EDA) y del Acuerdo Marco

de la LoI,y de los programas marco de la Comisión Europea para el desarrollo de actividades de I+D de carácter dual, o en el ámbito de la OTAN a través de la Organización de Ciencia y Tecnología de la OTAN (STO). Por último, el marco institucional recoge los acuerdos específicos de colaboración en el terreno de I+D que se establecen con otras naciones, organizaciones o instituciones.

Recientemente, se ha aprobado la ETID 2020[412], que se configura como el marco general en el que se deberán mover los distintos planes y actividades de los agentes dedicados a la I+D+i de la defensa hasta el año 2025, y que procede a una actualización de la Estrategia publicada en el año 2015, para adecuarla a la realidad actual y al previsible futuro del sector de la defensa en los próximos años, teniendo en cuenta, entre otros factores, la aparición de nuevas amenazas, el acelerado avance tecnológico actual, el mayor apoyo europeo al sector de la defensa con el programa marco Horizonte Europa y el Fondo Europeo de Defensa, o los cambios disruptivos que se han desencadenado desde comienzos de 2020 debido a la crisis de la COVID-19.

Tal y como se recoge en la misma, la política de I+D+i de defensa persigue por tanto dos objetivos básicos:

• Contribuir al desarrollo de las capacidades militares, aportando soluciones tecnológicas avanzadas que coadyuven al logro del principio de ventaja operacional en su empleo.

• Contribuir a conformar la base tecnológica e industrial nacional de cara a que disponga de las capacidades necesarias y esenciales para la defensa, para alcanzar el principio de libertad de acción en el empleo de las capacidades militares.

De este modo, la Estrategia se constituye como la principal referencia pública que facilite el alineamiento de las actividades de I+D+i del Ministerio de Defensa, en torno a unos objetivos concretos vinculados con el desarrollo de las capacidades militares compatibles con las áreas de conocimiento estratégicas disponibles en la base tecnológica de la industria nacional. Por otra parte, esta Estrategia ha sido diseñada para favorecer la coordinación y cooperación con los diferentes agentes nacionales e internacionales proveedores de tecnología, y para mejorar la gestión de la I+D+i del Ministerio de

[412] Estrategia de Tecnología e Innovación para la Defensa ETID-2020, Ministerio de Defensa, Madrid, 2020. Disponible en https://publicaciones.defensa.gob.es/estrategia-de-tecnologia-e-innovacion-para-la-defensa-etid-2020-libros-pdf.html (Consultado el 11 de octubre de 2020).

Defensa, de forma que se tenga un mayor aprovechamiento de las oportunidades para potenciar su situación dentro del marco nacional e internacional de la innovación aplicable a la defensa.

Dentro de los principales instrumentos de los que se ha dotado el Ministerio de Defensa para promover y gestionar la I+D+i con la finalidad de desarrollar nuevas soluciones tecnológicas destaca el Programa de Cooperación en Investigación Científica y Desarrollo en Tecnologías estratégicas (Programa Coincidente), que tiene como objetivo aprovechar las tecnologías desarrolladas en el ámbito civil que puedan ser de aplicación en proyectos de interés para el Ministerio de Defensa[413].

Con la aprobación de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad se incorpora al ordenamiento jurídico español las normas contenidas en la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministros y de servicios, por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad. El artículo 7.1.k), establece que están excluidos del ámbito de aplicación de la referida ley los servicios de investigación y desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al órgano de contratación para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que el órgano de contratación remunere

[413] Se rige por la Orden DEF/862/2017, de 28 de agosto, por la que se regula el procedimiento para convocar procesos de selección y contratación, de proyectos de I+D de interés para Defensa, en el ámbito del programa Coincidente. Pueden participar empresas, universidades, centros privados de investigación sin ánimo de lucro y agrupaciones o asociaciones de empresas presentando proyectos en los ámbitos tecnológicos de interés para la Defensa, identificados en la convocatoria que deberán tender al desarrollo de un demostrador con funcionalidad militar y deben suponer una novedad tecnológica significativa, que satisfaga una necesidad real o potencial del Ministerio de Defensa. Una vez seleccionados los proyectos, se tramitará un contrato de servicios de I+D, donde se compartirán los riesgos y beneficios de la investigación científico técnica necesarios para desarrollar soluciones innovadoras dentro del ámbito objetivo de la defensa. Este tipo de contratos está excluido del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en virtud de su artículo 5 y de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, de acuerdo con lo establecido en su artículo 7.1.k, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.3 de la citada ley. En los aspectos concernientes a la propiedad intelectual e industrial, deberán figurar en los contratos las consideraciones siguientes: a) El Ministerio de Defensa ostentará el derecho de uso del objeto del contrato para sus propios fines. b) En cuanto a la propiedad intelectual e industrial, se preservarán los derechos del Ministerio de Defensa, que será proporcional a la aportación de cada una de las partes contratantes

totalmente la prestación del servicio, y en el punto 3 del mismo artículo, que se regirán por sus normas especiales.

I.1.E. Planificación de la actividad exterior en materia de defensa. El Plan de Diplomacia de Defensa.

Partiendo de la conceptualización de la acción exterior del Estado y de la posición preeminente que en la misma corresponde a las Fuerzas Armadas de acuerdo con la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado[414], nos parece muy acertada la definición de acción exterior en materia de defensa que propone CAZORLA PRIETO[415]:

> «suma ordenada de actuaciones que, insertas en el marco de la acción exterior del Estado y como pieza esencial de ella, compete desarrollar al Ministerio de Defensa y a las Fuerzas Armadas en el exterior para garantizar la seguridad y la defensa de España y promover un entorno internacional de paz y seguridad».

Dentro de este ámbito de actuación y siguiendo al citado autor, es preciso diferenciar la diplomacia de defensa, que presenta un marcado contenido político, de las actividades que las Fuerzas Armadas realizan en el ámbito operativo y de la preparación de la Fuerza con otros países.

La importancia de la actuación en este ámbito exterior mediante la diplomacia de defensa[416] requiere de la correspondiente planificación, con la finalidad de optimizar y

---

[414] Que en su artículo 1.2.b) define la Acción Exterior del Estado como el conjunto ordenado de las actuaciones que los órganos constitucionales, las Administraciones públicas y los organismos, entidades e instituciones de ellas dependientes llevan a cabo en el exterior, en el ejercicio de sus respectivas competencias, desarrolladas de acuerdo con los principios establecidos en esta ley y con observancia y adecuación a las directrices, fines y objetivos establecidos por el Gobierno en el ejercicio de su competencia de dirección de la Política Exterior; en el artículo 9 configura a las Fuerzas Armadas como un pilar básico en la Acción Exterior del Estado, garantizan la seguridad y la defensa de España y promueven un entorno internacional de paz y seguridad; y en el artículo 15 se refiere a la Acción Exterior en materia de defensa, señalando que la actuación de las Fuerzas Armadas en el ámbito internacional se enmarcará en el conjunto de la Acción Exterior del Estado, como elemento esencial para garantizar la seguridad y defensa de España y para contribuir a la proyección internacional de España y al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y se regirá conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional y su normativa de desarrollo.

[415] CAZORLA PRIETO, L. M., *Fuerzas Armadas… op. cit.* pág. 28.

[416] El origen del término «Diplomacia de Defensa», que surge tras la caída de la Unión Soviética, se encuentra en la Revisión Estratégica de la Defensa (SDR) llevada a cabo por el Reino Unido en 1988, y se emplea para incluir aspectos de la cooperación militar, pero diferenciado de la diplomacia tradicional y

racionalizar el esfuerzo y los recursos disponibles dedicados a las actividades de Diplomacia de Defensa en el ámbito del Ministerio de Defensa, de modo que se ajusten a las prioridades de la Política de Defensa. Por esta razón se aprobó en 2011 el Plan de Diplomacia de Defensa[417], centrado en las actividades a desarrollar a nivel bilateral con nuestros aliados, socios y países y que incluye, entre los fines de la Diplomacia de Defensa, el de apoyar a la Industria Española como medio de favorecer su capacidad tecnológica y comercial.[418]

Asimismo, el Plan contempla la elaboración, con carácter anual, de un Programa Bienal que oriente las actividades de Diplomacia de Defensa en los dos años posteriores.

Por último, interesa resaltar la importancia que el Plan da a los agregados de Defensa, a los que se refiere como un elemento asesor básico para definir los ámbitos, instrumentos y áreas a desarrollar en la cooperación del Ministerio de Defensa[419].

---

alineado con la política exterior nacional, por cuanto agrupa diversas actividades, no todas de naturaleza estrictamente militar, encaminadas a conseguir un entorno pacífico y estable, De este modo, el Plan de Diplomacia de Defensa la define como el «conjunto de actividades internacionales basadas principalmente en el diálogo y la cooperación que realiza el Ministerio de Defensa a nivel bilateral con nuestros aliados, socios y países amigos para impulsar el cumplimiento de los objetivos de la política de defensa en apoyo de la acción exterior del Estado» Plan de Diplomacia de Defensa, Ministerio de Defensa, abril de 2011, pág.18.
https://www.defensa.gob.es/Galerias/misiones/diplomaciaDefensadoc/DGL-110506-Plan-Diplomacia.pdf (Consultado el 11 de octubre de 2021).

[417] Previamente, la Orden DEF/1951/2009, de 15 de julio, había creado la Comisión de Coordinación de la Actividad Internacional del Ministerio de Defensa, como órgano colegiado ministerial adscrito a la Secretaría General de Política de Defensa, responsable de garantizar la coordinación interna de la actividad internacional del Departamento, de acuerdo con las instrucciones y directrices establecidas por su titular.

[418] Plan de Diplomacia de Defensa, Ministerio de Defensa, abril de 2011, p.19. A este respecto, destaca en su punto 8.3., al referirse a las prioridades de armamento, industriales y tecnológicas, la complejidad de las relaciones en este ámbito: «La cooperación industrial y tecnológica es uno de los elementos principales de la Diplomacia de Defensa en la que participan muchos actores: la Dirección General de Armamento y Material, las asociaciones empresariales: Asociación Española de Tecnologías de Defensa, Aeronáutica y Espacio (TEDAE) y Asociación de Empresas Contratistas con las Administraciones Públicas (AESMIDE), la industria de defensa nacional, así como otros actores, similares a los anteriores, que pertenecen a los países objeto del Plan de Diplomacia de Defensa. Esta complejidad de actores, cada uno de ellos con sus intereses particulares, hace que las relaciones en el ámbito de la cooperación industrial y tecnológica sean difíciles y complejas. En este sentido, las prioridades finales de armamento e industriales deben ser analizadas caso por caso, partiendo de las prioridades geográficas establecidas por la Dirección General de Política de Defensa, y en función de los intereses despertados, tanto en los países objeto del Plan como de la industria de defensa nacional».

[419] El Real Decreto 959/2005, de 29 de julio, por el que se regulan las Agregadurías de Defensa define a las Agregadurías de Defensa como los órganos técnicos de las Misiones Diplomáticas de España que se determinen por los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación y de Defensa, Las Agregadurías de Defensa en las Misiones Diplomáticas, sin perjuicio de las facultades de dirección y coordinación de los Jefes de las Misiones Diplomáticas, dependen orgánica y funcionalmente de la Secretaría General de Política de Defensa del Ministerio de Defensa. Todo ello, con independencia de las relaciones de

I.1.F. La Planificación de la contratación.

El Ministerio de Defensa es pionero en materia de planificación de la contratación en el ámbito de la Administración General del Estado, con su «Plan Anual de Contratación del Ministerio de Defensa (PACDEF)»[420] y su «Plan Anual de Contratación Centralizada del Ministerio de Defensa (PACC)».

a) Plan anual de contratación del MINISDEF (PACDEF)

El MINISDEF tiene implantado un Plan Anual de Contratación del Ministerio de Defensa (PACDEF), en el que se detallan o referencian todos los contratos que se vayan a celebrar al año siguiente por la totalidad de los órganos de contratación del Departamento, con expresión de las directrices a aplicar en cada tipo o grupo de contratos, relativas a estrategia y racionalización de la contratación, precio, objeto, pliegos aplicables, órganos competentes, procedimientos de tramitación y adjudicación, y publicidad.

coordinación e información que deben mantener con el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, con el Secretario de Estado de Defensa, con el Subsecretario de Defensa y con los Jefes de los Estados Mayores de los Ejércitos de Tierra, de la Armada y del Aire, en los ámbitos de sus respectivas competencias. Las funciones que atribuye a los Agregados de Defensa son las siguientes: a) Apoyar y asesorar al Jefe de la Misión Diplomática, al que mantendrán permanentemente informado de las actividades que desarrollen, y colaborar en el fomento de las relaciones con el Estado receptor. b) Proporcionar información, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10.1 del Real Decreto 632/1987, de 8 de mayo, sobre organización de la Administración del Estado en el exterior, a los órganos superiores y directivos del Ministerio de Defensa, sobre las actividades o campos de interés que desarrollen, en el ámbito correspondiente de sus competencias, todo ello con independencia de la oportuna coordinación que corresponda a la Dirección General de Política de Defensa. c) Relacionarse con las autoridades de defensa del Estado receptor ante las que se esté acreditado, para solicitar información, y para comunicarles las posiciones nacionales en materia de su competencia, cuando lo consideren necesario o así se determine por las autoridades de quienes dependan. d) Prestar apoyo a las iniciativas y actividades del Ministerio de Defensa en el Estado receptor. e) Apoyar en todo lo necesario a las distintas delegaciones o misiones militares españolas enviadas al país de acreditación para cuestiones sectoriales del departamento.

[420] Instrucción 42/2015, de 20 de julio, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se regula el Plan Anual de Contratación del Ministerio de Defensa.

b) Modelo centralizado de contratación. Plan Anual de Contratación Centralizada del Ministerio de Defensa (PACC)

Anualmente, es elaborado por la Subdirección General de Contratación de la DIGENECO, y aprobado por el SEDEF, el correspondiente PACC, teniendo en cuenta las estrategias de contratación aprobadas por el propio Secretario de Estado.

En el alcance de este Plan, con asignación a las Juntas de Contratación del MINISDEF, del Estado Mayor de la Defensa, y de los Ejércitos y la Armada, se incluyen para cada una de ellas las obras, bienes y servicios objeto de la contratación centralizada, los aspectos referentes a su situación, a las acciones contractuales previstas, sus antecedentes, sus estrategias, el ámbito de aplicación y las previsiones sobre futuras contrataciones o modificación de las contrataciones existentes.

I.2.- Coordinación.

La coordinación administrativa es una de las principales técnicas de actuación de la Administración, elevada a uno de sus principios fundamentales por el artículo 103.1 de la Constitución[421]. No obstante, como señalara SÁNCHEZ MORÓN[422], el concepto de coordinación es muy amplio y difícil de precisar, habiendo «quien concíbe la coordinación como un resultado de la acción administrativa, o como un método de actuación inherente a las Administraciones Públicas. Hay quien la define como un principio general del Derecho y quien se inclina por considerarla como un tipo de potestad o competencia…» lo que dificulta asimismo la elaboración de un concepto jurídico de validez general.

En un sentido genérico, como principio general de la organización administrativa, el Tribunal Constitucional ha venido afirmando que el principio de coordinación debe

[421] La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

[422] SÁNCHEZ MORÓN, M., «La coordinación administrativa como concepto jurídico», *Documentación administrativa*, Nº 230-231, 1992 (Ejemplar dedicado a: Administración y Constitución: El principio de coordinación), págs. 11 a 30, en concreto págs. 11 y 12.

inspirar la actuación de los poderes públicos[423], ya que como señalara en su Sentencia 32/1983, de 28 de abril «La coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema». De ahí que, como señaló el Tribunal Supremo (Sala 3ª) en su Sentencia de 3 marzo 1986. «proclamado en el artículo 103 de la Constitución, el principio de coordinación en el actuar de la Administración Pública, […] no puede ningún Órgano de la Administración desconocer o ir claramente contra lo decidido por otro Órgano de la misma Administración».

En cuanto técnica administrativa o *coordinación stricto sensu*[424], se trataría de una potestad atribuida a un ente u órgano público -el coordinador- para asegurar la acción coherente de otros -los coordinados- o de estos otros con aquél, por lo que «implica un límite efectivo al ejercicio de las competencias» de los coordinados[425]y de ahí que deba venir amparada en la pertinente atribución competencial.

En el ámbito de la defensa, la necesidad de la coordinación se ha puesto especialmente de manifiesto como consecuencia de una evolución histórica en la que los ejércitos van surgiendo de manera independiente, actuando en ámbitos diferenciados y dotados de autonomía, sometidos a regulaciones específicas, lo que ha necesitado un esfuerzo por parte del poder político para limitar dicha independencia y buscar una acción coordinada de las Fuerzas Armadas, tanto en el ámbito administrativo como en el operativo, siendo un hito principal en dicha evolución la creación del Ministerio de Defensa, por lo que comenzaremos el estudio de dichas técnicas analizando la evolución que llevó a la creación del Ministerio y su evolución posterior, como técnica orgánica de coordinación.

I.2.A. Coordinación orgánica. La creación del Ministerio de Defensa.

a) Antecedentes.

Durante la mayor parte del Siglo XX, la organización de los ejércitos se caracteriza por una excesiva independencia entre los mismos, faltando criterios de

[423] Sentencia número 237/2012, de 13 de diciembre.
[424] SÁNCHEZ MORÓN, M. «La coordinación administrativa… op. cit. pág. 21.
[425] SSTC 32/1983, 80/1985, 27/1987 y 214/1989, entre otras,

coordinación y homogeneización. En este sentido, si bien durante la Guerra Civil había existido un único Ministerio de Defensa Nacional, la Ley de 8 de agosto de 1939, sobre la estructura del Gobierno, suprime dicho ministerio y crea los ministerios del Ejército, de Marina y del Aire, constituyendo, como órgano directivo de trabajo de la Defensa Nacional y coordinador de los tres Estados Mayores de tierra, mar y aire, un Alto Estado Mayor, bajo las órdenes directas del Generalísimo.

Sin embargo, la previsión de ese órgano de coordinación, lo cierto es que la realidad supuso una falta de coordinación, de modo que cada ejército se organizó según sus propios criterios y necesidades. Por otro lado, en esa organización influyó decididamente la limitación de la función de defensa nacional a la defensa territorial de España.

No obstante, a partir de los años 50, se van a ir produciendo una serie de circunstancias que va a ir influyendo en la posterior transformación de nuestras Fuerzas Armadas. Hecho destacable son los Acuerdos que se van a firmar con Estados Unidos, que en un primer momento no pasan de meros acuerdos intergubernamentales (ya que el Senado de EEUU se negó a ratificarlo por la situación política de España) pero que van a tener una influencia decisiva en el devenir posterior tanto de la posición político-internacional de España como en la configuración de nuestras Fuerzas Armadas. El primero de ellos es el "Convenio de Cooperación para la Defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de Norteamérica" firmado el 26 de septiembre de 1953 y renovado en el año 63, y que supuso la construcción de las bases de Torrejón, Zaragoza, Morón y Rota, así como del oleoducto Rota-Zaragoza, y del que se derivaros dos consecuencias principales para la organización de las Fuerzas Armadas:

- Permitió conocer nuevos procedimientos de actuación, especialmente en el ámbito operativo.
- Supuso una modernización de los materiales que empleaban nuestros ejércitos especialmente en el Ejército del Aire (con nuevos reactores y mejoras en los sistemas de mando y control aéreo) y en la Armada (que arrendó diferentes tipos de buques y submarinos) y, en menor medida, al tratarse de material menos moderno, con los carros de combate que se entregaron al Ejército de Tierra.

En 1970 se firmó un nuevo Acuerdo en virtud del cual se mantenía la colaboración si bien pasaban a titularidad española tanto las bases como el oleoducto, que sería

posteriormente sustituido por el Tratado de Amistad y Cooperación de 24 de enero de 1976, que supone un importante cambio cualitativo, ya que además de tratarse ya de un tratado internacional, reconoce explícitamente la importancia de la contribución española a la defensa de occidente.

Otro factor importante para la posterior concepción de nuestras Fuerzas Armadas lo supuso la creación, en el año 1964 (Decreto 70/1964, de 16 de enero) del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional dependiente del Alto Estado Mayor, que perseguía tres objetivos principales:

- Reunir a militares y civiles alrededor de un mismo concepto de defensa.
- Estudio de los problemas generales de la Defensa Nacional.
- Y, fundamentalmente, la preparación de los Jefes de Estado Mayor de los tres ejércitos para el planeamiento, desarrollo y conducción de las operaciones conjuntas y para la resolución de los problemas que se plantean a los Estados Mayores Conjuntos.

En un primer momento, se configuró con dos escuelas, la de Altos Estudios Militares, y la de Estados Mayores Conjuntos, añadiéndose en 1970 el Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE) y en 1980 la Comisión Española de Historia Militar (CEHISMI).

La creación del CESEDEN trae causa del Decreto 69/1964, de 16 de enero, por el que se fijan las directrices para la organización de la Enseñanza Militar. En este decreto ya se destaca que «la estrecha cooperación que entre las acciones de los tres Ejércitos de Tierra, Mar y Aire imponen las características de la guerra moderna aconseja buscar escalones comunes en la formación profesional del personal de las Fuerzas Armadas que permita, junto a la compenetración moral e intelectual necesaria en toda acción conjunta, un conocimiento recíproco de la doctrina y de las posibilidades y servidumbres operativas y logísticas de cada uno de ellos» y, en consecuencia, el Decreto 70/1964 añade que «la importancia que para la coordinación de las acciones de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire tiene el estudio de la doctrina militar conjunta y la formación de mandos superiores y de Estados Mayores Conjuntos, aconseja emprender sin demora la organización de la enseñanza superior creando el CESEDEN».

En esa misma línea, durante los años 70 se acentúa la necesidad de avanzar hacia la acción conjunta de los Ejércitos, lo que requería asimismo la creación de un Ministerio

de Defensa único, tal y como defendía el Teniente General Díez Alegría, Jefe del Alto Estado Mayor y que terminaría impulsando su subordinado, el Teniente General Gutiérrez Mellado.

Para la creación de ese ministerio único era imprescindible separar la cadena de mando militar de la cadena político-administrativa. Esta separación entre el mando político y el mando militar ya se había llevado a cabo en la Armada, mediante la Ley 9/1970, de 4 de julio, Orgánica de la Armada, que junto al Ministro de Marina, primera autoridad política, crea la figura del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada (AJEMA) como «primera autoridad militar de la Cadena de Mando Naval». Posteriormente, por el Real Decreto 3028/1976, de 23 de diciembre, y por el Real Decreto-Ley 9/1977, de 8 de febrero, se crean las figuras del Jefe del Estado Mayor del Ejército (JEME) y del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire (JEMA) como primera autoridad de la cadena de mando militar de su respectivo ejército, bajo la dependencia política del Ministro.

Y con la finalidad de avanzar en esta línea, el 23 de diciembre de 1976 se crea la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos militares, con el fin de impulsar y actualizar la resolución de los principales problemas orgánicos y administrativos referentes a los ejércitos y fuerzas de orden público, encomendándole la elaboración urgente, en una primera fase, de las disposiciones que conduzcan a determinar la organización superior de la defensa nacional, a la actualización de las dotaciones presupuestarias para la misma, al establecimiento de los criterios básicos unificadores de la política de personal de las Fuerzas Armadas y de las de orden público y al reajuste de competencias de la jurisdicción militar. La comisión, bajo la presidencia del presidente del Gobierno, estaba constituida por el vicepresidente primero del Gobierno para Asuntos de la Defensa, los ministros del Ejército, de Marina y de Aire, y los ministros de Justicia, Hacienda y Gobernación.

Por Real Decreto-Ley 11/1977, de 8 de febrero, se crea la Junta de Jefes de Estado Mayor (JUJEM) que, presidida por el Jefe del Alto Estado Mayor, se configura como órgano superior de la cadena de mando militar conjunto que, bajo el mando supremo de Su Majestad el Rey, garantice la integración de los tres ejércitos en la consecución del objetivo común, así como el asesoramiento técnico en la elaboración de la política militar. Entre otras funciones le corresponde formular y proponer, para su aprobación por el Gobierno, el Plan Estratégico Conjunto, determinando, dentro de él, el objetivo de fuerza

conjunto; establecer la doctrina de Acción Unificada y, en su caso, la doctrina de Acción Combinada con los Ejércitos de otras naciones y proponer al Presidente del Gobierno la creación de los Mandos Unificados y Especificados.

b) Creación del Ministerio de Defensa

El Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, por el que se reestructuran determinados Órganos de la Administración Central del Estado, crea el Ministerio de Defensa, creación que «viene exigida por la necesidad de modernización de las Fuerzas Armadas y unificación de la política de Defensa Nacional».

El Ministerio de Defensa se define como el «órgano de la Administración Central del Estado encargado de la ordenación y coordinación de la política general del Gobierno en cuanto se refiere a la Defensa Nacional, así como de la ejecución de la política militar correspondiente, quedando integrados en el mismo todos los organismos y unidades de los ministerios del Ejército, Marina y Aire, excepto la Subsecretaría de Aviación Civil (que se integra en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones), y quedando suprimidos dichos departamentos».

Se estructura en una Subsecretaría y tres Secretarías Generales (del Ejército, de Marina y de Aire).

También se crea, bajo la dependencia del ministro, el Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) que va a asumir las funciones que hasta ese momento desarrollaban el Servicio Central de Documentación de la Presidencia del Gobierno (SECED) y el Servicio de Información del Alto Estado Mayor.

Por lo tanto, se establece una organización dual de la Defensa:

La parte política, constituida por el Ministerio de Defensa, siendo la principal función del Ministro la de capacitar a las Fuerzas Armadas para que puedan cumplir su misión y ejercer la dirección de la política de defensa por delegación del presidente del Gobierno.

La parte militar, integrada por la Junta de Jefes de Estado Mayor y por los Jefes de Estado Mayor, y los correspondientes Cuarteles Generales. No así por los Ejércitos, que quedan fuera de la orgánica del nuevo departamento ministerial.

La cadena de mando militar la encabezan los JEMEs bajo la autoridad política, pero no de mando, del ministro de Defensa que, por tanto, no disponía de competencias sobre las Fuerzas Armadas. Tan solo las capacitaba humana, material y financieramente, asumiendo de esta forma las funciones administrativas que habían quedado en manos de los ministros militares.

El Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre, por el que se estructura orgánica y funcionalmente el Ministerio de Defensa mantiene la organización dual, delimitando lo que constituye el campo de actuación militar por cadena de mando, para diferenciarlo del campo político-administrativo. Concreta las funciones de la Subsecretaría en los ámbitos de Personal, Técnico, Política de Defensa y Económico, y crea, como órgano directamente dependiente del Ministro, la Dirección General de Armamento y Material, como órgano básico encargado de proponer, coordinar y ejecutar la adquisición de los sistemas de armas de los tres ejércitos, de acuerdo con las normas y especificaciones que señalen los estados mayores respectivos. De esta Dirección General pasaron a depender los establecimientos fabriles y los centros de investigación que dependían de los antiguos ministerios militares.

También crea la Oficina de Información, Difusión y Relaciones Públicas de la Defensa.

Igualmente, es de destacar la Ley 83/1978, de 28 de diciembre, por la que se regulan, por primera vez, las funciones de los distintos órganos superiores del Estado en relación con la Defensa Nacional, y que crea la Junta de Defensa Nacional, como órgano superior asesor y consultivo del Gobierno en materia de Defensa Nacional, y cuyas funciones son:

- Proponer al Gobierno las líneas generales concernientes a la Defensa Nacional.
- Formular y proponer al Gobierno la política militar y las líneas directrices en que ha de basarse la aportación del potencial no militar al conjunto de la Defensa Nacional.
- Asistir al Presidente del Gobierno en la dirección de la política de la defensa, tanto en tiempo de paz como de guerra.
- Asistir al Presidente del Gobierno en la dirección general de la guerra.

Componen la Junta de Defensa Nacional el Presidente del Gobierno, el Ministro de Defensa, el Presidente de la Junta de Jefes de Estado Mayor, los Jefes de Estado Mayor

del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, y los Ministros de Asuntos Exteriores, Economía, Hacienda, Interior, Industria y Energía, Sanidad y Seguridad Social, y Transportes y Comunicaciones.

No obstante, esta Ley mantiene a los ejércitos fuera del control político del ministro y, por tanto, los dota de una gran autonomía, situándose tan solo bajo la autoridad del Jefe del Estado.

Un paso fundamental para la configuración actual del Ministerio de Defensa y las Fuerzas Armadas lo constituye la promulgación de la Constitución Española. Múltiples son los artículos de la misma que de manera directa o indirecta inciden en la organización y en la actividad de las Fuerzas Armadas, a los que ya se ha hecho referencia en el Capítulo I.

Al amparo de lo previsto en los artículos 8.2. y 149.1.4 del texto constitucional, se aprobó la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar.

Dicha ley, que regula de manera conjunta la defensa nacional y la organización militar, además de definir la Defensa Nacional, establece una clara diferencia entre el ámbito político y el militar, diferenciando entre el concepto de política de defensa y política militar:

- La política de defensa, como parte integrante de la política general, determina los objetivos de la defensa nacional y los recursos y acciones necesarios para obtenerlos.

- La política militar, componente esencial de la política de defensa, determina la organización, preparación y actualización del potencial militar, constituido fundamentalmente por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire teniendo en cuenta las posibilidades de la Nación en relación con la defensa.

Además, establece la primera estructura completa de los órganos superiores de la defensa, entre los que incluye al Rey, las Cortes Generales, el Gobierno, el Presidente del Gobierno, la Junta de Defensa Nacional, el Ministro de Defensa, la Junta de Jefes de Estado Mayor y los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.

Hay que destacar que dado el momento de su promulgación, la Ley mantiene la ambigüedad que ya se reflejaba en el texto constitucional, de modo que sigue sin establecerse de manera efectiva la subordinación de las Fuerzas Armadas al poder ejecutivo. No existe una clara preeminencia entre Gobierno, presidente del Gobierno ministro de Defensa y JUJEM. Es de destacar que los JEMEs no están bajo el mando del ministro, sino bajo su «autoridad», lo que unido a que la JUJEM, aun integrada en el Ministerio de Defensa, depende directamente del Presidente del Gobierno, deja muy limitado el ámbito de actuación del Ministro de Defensa para coordinar a los Ejércitos. Además, se establecen mecanismos de dirección colegiada que dificultan el desarrollo de las operaciones.

Por otro lado, en cuanto a la organización de las Fuerzas Armadas, son de destacar los siguientes aspectos:

- La Ley mantiene la tradicional función de las Fuerzas Armadas dirigidas a proteger la superviviencia del Estado como entidad política, correspondiéndoles, en los términos señalados en la Constitución, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

- La organización de las Fuerzas Armadas se inspirará en criterios de coordinación y eficacia conjunta, persiguiendo la máxima analogía en su estructura esencial, pero respetando, en lo posible, las peculiaridades de cada Ejército, Arma o Cuerpo, cuando se fundamenten en el medio en el que se desenvuelven, o en sus tradiciones.

- Los Ejércitos se estructurarán orgánica y funcionalmente para cumplir conjuntamente la misión constitucional encomendada a las Fuerzas Armadas. Se tenderá a unificar todos los servicios cuya misión no sea exclusiva de un solo Ejército para permitir el funcionamiento conjunto con criterios de eficacia y economía de medios.

- Se mantienen las misiones específicas de cada ejército, dirigidas a garantizar la defensa del territorio nacional (Tierra) a alcanzar los objetivos marítimos de la defensa nacional (Armada) y la defensa aérea del territorio y el control del espacio aéreo de soberanía nacional.

- Se mantiene la organización militar del territorio nacional en regiones o zonas.

c) Evolución posterior. Hacia una racionalización de las estructuras.

Posteriormente, la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, se caracteriza por establecer de una manera clara la dependencia de los ejércitos del poder ejecutivo.

En este sentido, la Ley modifica las competencias del Presidente del Gobierno, de la Junta de Defensa Nacional, del Ministro de Defensa, de la Junta de Jefes de Estado Mayor y de los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos, y crea la figura del Jefe del Estado Mayor de la Defensa.

Al Presidente del Gobierno se le atribuye la dirección de la política de defensa (es de destacar que se le atribuye directamente esta función, lo que algunos autores han considerado contrario al artículo 97 de la Constitución, conforme al cual la dirección de esa política correspondería al Gobierno). Y se especifica que «en consecuencia, ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas», con lo que no hay duda de que las mismas dependen directamente y están a las órdenes del poder ejecutivo.

También le corresponde la dirección de la guerra, la formulación de las directivas para las negociaciones exteriores y la definición de los grandes planteamientos, tanto estratégicos como de la política militar. Asimismo, define los grandes objetivos estratégicos y aprueba los planes correspondientes.

La Junta de Defensa Nacional se configura como órgano asesor y consultivo del Rey, Gobierno y Presidente del Gobierno en asuntos relacionados con la defensa nacional.

El Ministro de Defensa, a quien corresponde proponer al Gobierno la Política de Defensa, elaborar, determinar y ejecutar la política militar, así como dirigir la Administración Militar. Se concretan detalladamente sus competencias, debiendo destacarse que «supervisa el estado de adiestramiento y eficacia operativa de las Fuerzas Armadas y ejerce las facultades reglamentarias y disciplinarias que las leyes le asignan».

El JEMAD, figura esencial en la nueva configuración y evolución posterior de la organización de la Fuerzas Armadas se define como el principal colaborador del ministro de Defensa, de quien depende orgánica y funcionalmente en el planeamiento y ejecución de los aspectos operativos de la política militar.

La JUJEM, que será presidida por el JEMAD, pierde funciones ejecutivas y pasa a ser un órgano asesor del Presidente del Gobierno y del ministro de Defensa.

En cuanto a los JEMEs, se especifica claramente que el mando de sus respectivos ejércitos lo ejercen «bajo la autoridad y directa dependencia» del ministro de Defensa, con lo que se reconoce su incardinación en la cadena de mando.

Por consiguiente, con la reforma se persiguen los siguientes objetivos:

- Definición de la línea de mando.
- El poder de decisión pasa de colegiado a personal
- Potencia y clarifica las figuras del presidente del Gobierno y ministro de Defensa.
- Deja la dirección política y operativa de las Fuerzas Armadas en manos del presidente del Gobierno y ministro de Defensa, con asesoramiento del JEMAD.
- Pierden facultades la JDN, la JUJEM y los Consejos Superiores de los Ejércitos.

Como destaca ORTEGA[426], de cara a la tarea diaria de los ejércitos, lo más característico es que la política militar, que correspondía a la JDN, pasa a ser una responsabilidad del ministro de Defensa, con algunas consecuencias en ascensos y destinos especialmente de generales. Así, hasta el año 1984, los ministros de Defensa despachaban previamente con el Rey los asuntos de destinos de oficiales Generales, y su publicación llevaba su firma. A partir de la entrada en vigor de la LO 4/81, sólo los empleos y destinos conferidos por el Consejo de Ministros llevan la firma de SM el Rey.

El Real Decreto 135/1984, de 25 de enero, por el que se reestructura el Ministerio de Defensa, crea la Secretaría de Estado de Defensa como órgano encargado de preparar el planeamiento y ejecución de la política de recursos materiales y económicos, creándose asimismo la Dirección General de Infraestructura para unificar y coordinar la política de construcciones e instalaciones militares. Además, con el fin de conseguir una mejor

[426] ORTEGA MARTIN, J., *La transformación de los ejércitos españoles*, UNED, Madrid, 2008.

dirección y una mayor coordinación entre los ejércitos, implanta una estructura mixta, estableciendo, además de una dependencia orgánica, una dependencia funcional de determinados órganos propios de los mismos respecto de las correspondientes direcciones generales del Ministerio. Es muy relevante resaltar que éste es el primer real decreto que incluye a los ejércitos en el organigrama del Ministerio.

Por otro lado, a partir de este momento se empieza a buscar una estructura homogénea de los ejércitos, que hasta ese momento era muy diferente, estructurándolos en Cuartel General, Fuerza y Apoyo a la Fuerza. Así se establece en el citado Real Decreto 135/1984, de 25 de enero, por el que se reestructura el Ministerio de Defensa y por el Real Decreto 1/1987, de 1 de enero, por el que se determina la Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa, a cuyo amparo se aprueba el Real Decreto 1207/1989, de 6 de octubre, por el que se desarrolla la estructura básica de los Ejércitos. Esta norma pretende, siguiendo los criterios de operatividad, unidad de acción, homogeneidad, facilidad de coordinación y agilidad en los circuitos de relación, establecer una estructura similar en lo esencial sin que sea excluyente de la incorporación en la estructura de cada ejército de aquellos órganos que, en virtud de sus peculiaridades o ámbito específico de actuación, se estime necesario.

También es en este momento cuando se crea el primer cuerpo común de la defensa al unificar los tres anteriores cuerpos de intervención de cada uno de los ejércitos, mediante la Ley 9/1985, de 10 de abril, de unificación de los Cuerpos de Intervención Militar, de Intervención de la Armada y de Intervención del Aire.[427]

[427] Las sucesivas modificaciones en la estructura de los ejércitos suponían también una reducción del personal militar que prestaba servicio en los mismos. En junio de 1985, para lograr una menor repercusión económica en el personal que quedaba sin destino por las reducciones de plantillas, se crea la reserva transitoria. Y posteriormente, se suceden tres normas reguladoras del régimen del personal militar profesional, que pretenden superar la multiplicidad y disparidad de normas de personal de cada ejército, en las que se habían llegado a crear más de 200 cuerpos y escalas. La primera de ellas fue la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen de Personal Militar Profesional, que introdujo modificaciones en el régimen de promoción y ascensos, creó la figura del suboficial mayor, adelantó en 5 años la edad de retiro y anticipó el pase a la situación de reserva a los 32 años de servicio y supuso el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas. La Ley 17/1999, que realiza una nueva reducción de cuerpos y escalas que quedan limitados a 17 cuerpos y 32 escalas y procedió a la profesionalización de la tropa, dejando en suspenso el servicio militar obligatorio. También se modifican las edades y tiempos de servicio que conllevan el pase a la situación de reserva, así como se redefinen los sistemas de selección para el ascenso. La Ley crea la Escuela Superior de las Fuerzas Armadas (ESFAS) en el CESEDEN, responsable de impartir los cursos de estado mayor y de capacitación de los empleos de general de brigada y contraalmirante. También crea los Consejos Asesores de Personal. Por último, la Ley 39/2007, de la Carrera Militar introduce importantes novedades, especialmente en materia de enseñanza militar, que se orienta a la obtención de una titulación del sistema educativo general (de grado para los oficiales, de formación profesional superior

Dentro de las sucesivas normas orgánicas, procede resaltar el Real Decreto 619/1990, de 18 de mayo suprime la Subsecretaría, asumiendo sus funciones la Secretaría de Estado de la Administración Militar, situación que se mantendría hasta que por el Real Decreto 1883/1996, de 2 de agosto, se suprime dicha secretaría de estado y se restaura la Subsecretaría de Defensa; el Real Decreto 64/2001, de 26 de enero, que crea la Secretaría General de Política de Defensa, que asume las funciones correspondientes a la política de defensa, unificando y potenciando la proyección internacional de la misma, en el marco de la política exterior y de seguridad común. También asume las funciones correspondientes a la promoción, difusión y fomento de la conciencia de defensa; y el Real Decreto 2206/1993, de 17 de diciembre, crea las Delegaciones de Defensa, que existirán en cada una de las provincias, reestructurando los servicios periféricos del Ministerio de Defensa bajo los principios de economía del gasto público e incremento de la eficacia, por medio de la concentración de los órganos territoriales y provinciales existentes en un único órgano, la Delegación de Defensa, potenciando la cohesión interna de las estructuras administrativas comunes afectas a la Defensa y planteando una utilización más eficaz de los medios materiales y de los recursos humanos. Las Delegaciones van a asumir las funciones de carácter predominantemente administrativo (personal, reclutamiento, patrimonio, inspección industrial) correspondiendo a los ejércitos las funciones operativas o logísticas.

Un hito muy relevante en toda esta evolución lo supone la aprobación de la vigente Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre de la Defensa Nacional.

Como principales características de la nueva regulación, se pueden destacar las siguientes:

- La nueva Ley no define, tal y como hacía su predecesora, el concepto de defensa nacional, que sustituye por la finalidad de la política defensa, señalando en su artículo 2 que «la política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en

para los suboficiales y de formación profesional básica para la tropa y marinería. Además, se suprimen los cuerpos de especialistas de los tres ejércitos integrándolos en los cuerpos generales, se unifican las escalas de oficiales superior y media, se reducen a 10 los cuerpos y a 17 las escalas y se limita el ascenso por antigüedad al primer empleo de cada escala.
Esta ley fija el número máximo de efectivos, que se había venido reduciendo paulatinamente, en un máximo de entre 130000 y 140000, reduciendo el número de generales a 200 y el de coroneles a 1050, lo que deberá ejecutarse antes del año 2026.

ésta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tienen por objetivo contribuir e la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España».

Como puede observarse, dicha definición supone un avance más hacia el concepto amplio de seguridad nacional, superando el concepto de la defensa nacional orientada a la supervivencia del Estado por el de seguridad de España y de los españoles, frente a una variedad de riesgos y amenazas. Así se reconoce en la Exposición de motivos, en la que se destaca como «junto a los riesgos y amenazas tradicionales para la paz, la estabilidad y la seguridad, surgen otros como el terrorismo transnacional con disposición y capacidad de infligir daño indiscriminadamente» y como «disminuyen las guerras de tipo convencional, pero proliferan conflictos armados que, tanto por sus causas y efectos, tienen implicaciones notables más allá del lugar en donde se producen» y que «la interdependencia entre los Estado es considerable».

- Desde el punto de vista de los órganos superiores de la Defensa, que con un título discutible pasa a denominarse «de las atribuciones de los poderes del Estado», hay que destacar que en su regulación se deja terminantemente clara cuál va a ser la línea de mando para la utilización de las Fuerzas Armadas: Presidente del Gobierno-Ministro de Defensa- JEMAD.

Se suprime la Junta de Defensa Nacional, cuyas funciones pasan a ser asumidas por el Consejo de Defensa Nacional, que se define como «el órgano colegiado, coordinador, asesor y consultivo del Presidente del Gobierno en materia de defensa», al que le corresponde asistir al Presidente del Gobierno en la dirección de conflictos armados y en la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa y, de forma general, en las demás funciones que le atribuye la Ley, así como emitir informe sobre las grandes directrices de la política de defensa.

El Consejo en Pleno se compone por El Presidente del Gobierno, los Vicepresidentes del Gobierno, los Ministros de Defensa, del Interior, de Asuntos Exteriores y de Cooperación y de Economía y Hacienda, El Jefe de Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia y el Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno.

El Consejo Ejecutivo se compone por el Presidente del Gobierno, los Ministros de Defensa, del Interior y de Asuntos Exteriores y de Cooperación, el Jefe de Estado Mayor de la Defensa, el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia y el Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno.

Para el ejercicio de sus funciones, el Consejo contará con la Comisión Interministerial de Defensa, adscrita al Ministerio de Defensa, como órgano de trabajo permanente.

- Se suprime la Junta de Jefes de Estado Mayor (lo que supone potenciar la figura del JEMAD).

- Como señala en su Exposición de Motivos, «Para incrementar la eficacia de las Fuerzas Armadas, la Ley concreta su organización con criterios que posibiliten la acción conjunta de los Ejércitos. A diferencia de la anterior, que atribuía misiones a cada Ejército, ésta considera a las Fuerzas Armadas como una entidad única e integradora de las distintas formas de acción de sus componentes y que posibilita el empleo óptimo de sus capacidades, sin que aquéllos vean mermada su especifidad». No obstante, en este punto es de destacar, en cuanto a las misiones específicas, que la ley orgánica no recoge ya expresamente las mismas, partiendo de esa concepción de las Fuerzas Armadas como «un conjunto integrador de las formas de acción específicas de cada uno de sus componentes» (artículo 10), si bien reconoce al regular las competencias de los JEMEs la posibilidad de que subsistan las mismas, artículo 13.2, al atribuirles la competencia para «desarrollar y ejecutar las misiones que, en tiempo de paz, tengan asignadas con carácter permanente», y que en la práctica supuso que las mismas subsistieran en cuanto tales hasta el año 2012, que comienza la creación de los mandos operativos en le estructura del EMAD.

- Por otro lado, siguiendo con la organización de las Fuerzas Armadas, la Ley deja claro que las mismas están integradas en el Ministerio de Defensa, y diferencia claramente entre la estructura orgánica y la operativa, recogiendo asimismo el principio de unificación de los servicios cuyo cometido no deba ser exclusivo de un Ejército:

La estructura orgánica, bajo la responsabilidad de los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos, se encarga de la preparación de la Fuerza.

La estructura operativa, cuyo mando recae en el Jefe de Estado Mayor de la Defensa, se encarga de su empleo y está establecida para el desarrollo de la acción conjunta y combinada.

Por lo demás, establece la organización básica tanto del EMAD como de los Ejércitos:

El EMAD se estructura en el Cuartel General y un Mando de Operaciones.

Los Ejércitos mantienen su estructura de:

a) El Cuartel General, constituido por el conjunto de órganos necesarios para asistir al Jefe de Estado Mayor en el ejercicio del mando sobre su respectivo Ejército.

b) La Fuerza, establecida como el conjunto de medios humanos y materiales que se agrupan y organizan con el cometido principal de prepararse para la realización de operaciones militares.

c) El Apoyo a la Fuerza, entendido como el conjunto de órganos responsables de la dirección, gestión, administración y control de los recursos humanos, materiales y financieros, asignados a cada uno de los Ejércitos.

Por otro lado, se deja sin efecto la organización territorial, aunque con fines de representación y colaboración con las Administraciones Públicas se mantiene una representación institucional.

Asimismo, la Ley regula las misiones de las Fuerzas Armadas, la preceptiva autorización de las Cortes Generales para ordenar operaciones en el exterior que no estén directamente relacionadas con la defensa de España o el interés nacional, y la contribución de recursos a la Defensa nacional, destacando la aportación de recursos personales mediante la figura del reservista, suprimiendo definitivamente el servicio militar obligatorio.

En desarrollo de esta Ley se aprobaron:

- El Real Decreto 416/2006 de 11 de abril, que establece la organización y el despliegue de los Ejércitos de Tierra, Armada y Aire así como de la Unidad Militar de Emergencias, que había sido creada por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de octubre de 2005 como consecuencia de los devastadores incendios acaecidos ese año en la provincia de Guadalajara, con la misión de cumplir la función asignada a las Fuerzas

Armadas por la LODN de «contribuir a la seguridad y bienestar de los ciudadanos en situaciones de emergencia, grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas».

Esta norma sigue haciendo hincapié en la necesaria reorganización de las Fuerzas Armadas como consecuencia del cambio sustancial operado en los riesgos y amenazas que afectan a la seguridad y la defensa.

Y supone una reducción de estructuras para hacerlas más racionales, teniendo en cuenta que desde la profesionalización de la tropa se ha reducido el número de efectivos.

La nueva Fuerza Terrestre tiene un marcado carácter de proyección y potencia las unidades ligeras con amplia movilidad táctica. La Brigada se configura como el elemento fundamental de maniobra.

La Fuerza Naval concentra en la Flota toda la capacidad de actuación en escenarios alejados.

La Fuerza del Ejército del Aire establece un único Mando responsable de la preparación de las unidades aéreas de combate, de apoyo al combate y del sistema de mando y control, y otro responsable de las instalaciones y fuerzas auxiliares.

Se establece también la estructura y el despliegue de la Unidad Militar de Emergencias, que contará con una agrupación de medios aéreos y cinco batallones de intervención.

El Real Decreto 787/2007, de 15 de junio, regula la estructura operativa de las Fuerzas Armadas, entendida como una cadena de mando para el empleo de la Fuerza, que se desarrolla a tres niveles: estratégico, operacional y táctico, y siempre subordinada al JEMAD. Se trata de una norma eminentemente «operativa», donde se regulan las competencias del JEMAD, del Mando de Operaciones, de los Comandantes de Mandos Conjuntos, los Comandantes de Fuerza Conjunta y de Fuerza Específica o la asignación de fuerzas.

Asimismo, regula la asignación en tiempo de paz a los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos de misiones específicas con carácter permanente (Disposición adicional única).

En julio de 2012 el Presidente del Gobierno dictó la Directiva de Defensa Nacional. Una de sus directrices exigía un replanteamiento del actual diseño de las estructuras de las FAS, adaptándolas, junto con sus procedimientos, de forma que se incrementase la eficacia tanto en la gestión, como en obtención y empleo de los recursos, promoviendo la concordancia de los recursos financieros a disposición de la Defensa con los requerimientos del escenario estratégico y las consiguientes necesidades de las FAS. Además, otra de sus directivas establece que se priorizará la preservación y el grado de disponibilidad de las capacidades de las FAS, que tienen que hacer frente a los imperativos de la nueva situación estratégica y económica, su evolución y respuesta ante escenarios, riesgos y amenazas no siempre predecibles. Como consecuencia, el Ministro de Defensa firmó en octubre de ese mismo año la Directiva de Política de Defensa, estableciendo entre sus fines la simplificación de la organización de las FAS y la racionalización de las estructuras orgánicas del Departamento en el que se integran.

Además, el Gobierno puso en marcha un importante y ambicioso programa de reformas entre cuyos ejes se sitúan medidas de racionalización administrativa y de simplificación y eliminación de duplicidades y trabas burocráticas. La Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, creada mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012, ha llevado a cabo en los últimos meses una intensa labor de revisión integral de la Administración Pública, dirigida a conseguir una mejora en la eficacia y eficiencia de la actividad pública.

Dentro de este marco de reforma y racionalización, el Ministerio de Defensa procedió realizar una revisión global de toda su estructura.

Por un lado, con la publicación del Real Decreto 524/2014, de 20 de junio, que modifica el Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, cuyas principales novedades son:

- Deja reducidas al mínimo imprescindible las referencias a las FAS, que se regirán por su normativa específica,

- Hace una redistribución de competencias conforme con las directrices marcadas por el Presidente del Gobierno y el propio Ministro de Defensa, que afectan especialmente a la Secretaría de Estado de Defensa, con la centralización de los programas de obtención, de modernización y de sostenimiento común, el apoyo a la internacionalización de la industria de defensa y la gestión económica.

- Introduce una disposición adicional, la décima, sobre la dependencia funcional de los distintos órganos de las Fuerzas Armadas con respecto a los órganos directivos del Departamento, para conseguir una mayor eficacia en el cumplimiento de los objetivos.

Además de las modificaciones descritas en los párrafos anteriores, con el fin de hacer más eficientes las estructuras educativas del Departamento, se crea, mediante disposición adicional, la Academia Central de la Defensa, sobre la base del actual Grupo de Escuelas de la Defensa. También se crea una Subdirección General de Administración Periférica.

A estas medidas habría que añadir la reorganización realizada en los Organismos Autónomos del Ministerio, en el marco de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) mediante la integración del Servicio Militar de Construcciones (SMC) en el Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (INVIED) y la del Canal de Experiencias Hidrodinámicas (CEHIPAR) en el Organismo Público de Investigación Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas» (INTA)[428], en el que también se integra el Instituto Tecnológico «La Marañosa» y el Laboratorio de Ingenieros del Ejército «General Marvá» (LABINGE) por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa. Previamente, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, se acordó la restructuración del sector empresarial de defensa mediante la integración de la compañía Ingeniería y Servicios Aeorespaciales, S.A. (Insa) en Ingerías y Sistemas de Defensa, S.A. (ISDEFE)[429].

Por otro lado, se ha procedido a una reforma de la organización básica de las Fuerzas Armadas, a través del real Decreto 872/2014, de 10 de octubre, con dos objetivos principales:

- Regular la organización de las FAS simplificando sus estructuras y adoptando una terminología común

[428] De este modo, se concentran todas las actividades de I+D+i que desarrolla directamente el Ministerio de Defensa en el INTA, que es el único Organismo Público de Investigación (OPI) adscrito al Ministerio de Defensa.

[429] El capital social de ambas sociedades pertenecía, en su totalidad, al INTA, al permitir sus Estatutos constituir o participar en el capital social de sociedades mercantiles (Artículo 8.6 del Real Decreto 925/2015, de 16 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas»).

- Eliminar la dispersión normativa mediante la derogación de los reales decretos que rigen la materia.

Además, regula algunos aspectos que estaban pendientes de desarrollo, como es la estructura orgánica del EMAD o los servicios unificados, todo siempre bajo el principio de «eficacia operativa».

Esta norma parte de la diferenciación establecida en la Ley Orgánica entre estructura orgánica y estructura operativa, si bien no las considera como estructuras independientes. Esta concepción recogida en la propia Ley Orgánica, implica una potenciación de la figura del JEMAD, que de esta manera se configura como la única autoridad capacitada para el empleo de la Fuerza, pero con competencias también en la estructura orgánica, puesto que al mismo le corresponde asegurar la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas, a cuyo fin coordina a los JEMEs y les imparte las directrices para la preparación de la Fuerza.

Además, desaparece cualquier competencia de los JEMEs en relación con las misiones específicas en tiempo de paz que la legislación anterior les atribuía. Como hemos visto, la disposición adicional única del RD 787/ 2007 permitía que cuando dichas misiones requieran conducción estratégica o empleen medios conjuntos, se integrase en la estructura operativa. En este sentido, la OM 86/2012, de 4 de diciembre, creó el Mando de Vigilancia y Seguridad Marítima y el Mando de Defensa y Operaciones Aéreas, al considerar que tales actividades requieren conducción estratégica. Posteriormente, la OM 10/2013, de 19 de febrero, creó el Mando Conjunto de Ciberdefensa de las Fuerzas Armadas.

Por otro lado, en cuanto al empleo de la Fuerza, en esta norma se han evitado, en la medida de lo posible, la utilización de términos propios de la «doctrina para las operaciones o la doctrina militar» que tanto se prodigaban en la norma de 2007. Para ello, se parte de la base de que el empleo de la Fuerza es competencia del JEMAD y que dicho empleo deberá realizarse en la forma que el mismo determine por medio de dicha doctrina que establecerá los principios directores que deben regir la actuación operativa de las Fuerzas Armadas españolas, proporcionando además un marco de referencia común para la actuación específica de los Ejércitos, una guía para la conducción de las operaciones militares, un marco de pensamiento y un catálogo de soluciones a los problemas en operaciones.

En cuanto a la estructura operativa, no se regula ya sólo como una sucesión de autoridades, sino que se incluye la regulación de aquellos órganos que apoyan al JEMAD en el desarrollo de sus competencias y que se integran en el EMAD (lo que podríamos llamar la orgánica de la estructura operativa).

En cuanto a la regulación de la estructura orgánica como cadena de autoridades militares, se mantienen los tres niveles, estratégico, operacional y táctico, las funciones del Comandante de Operaciones y las organizaciones operativas (permanentes o temporales) que puedan crearse y sus comandantes. En este punto es de destacar que las organizaciones operativas permanentes (como son los Mandos de Vigilancia y Seguridad Marítima y de Defensa y Operaciones Aéreas o la UME), aunque directamente subordinadas al JEMAD, en la ejecución de las operaciones asignadas estarán bajo el control operacional del Comandante del Mando de Operaciones, con arreglo a la doctrina militar nacional o internacional que proceda.

Por otro lado, se regula también el nuevo concepto de Fuerza Conjunta, estrechamente vinculado al concepto de eficacia operativa. «La Fuerza Conjunta la constituyen todos los elementos integrantes de la Fuerza del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, además de los elementos de los Mandos subordinados al Jefe de Estado Mayor de la Defensa que se determinen» que estará en disposición de ser empleada en cualquier momento y lugar, de acuerdo a los intereses nacionales, manteniendo la capacidad de autonomía nacional, acción conjunta y disposición para actuar con otros instrumentos del Estado.

Esta Fuerza Conjunta, como ha explicado el JEMAD, comprenderá 67.000 efectivos del Ejército de Tierra, Armada y Ejército del Aire alistados y con plena capacidad operativa .A su vez estas Fuerza Conjunta se dividirá en 12.000 efectivos para efectuar los cometidos permanentes de las Fuerzas Armadas en España (vigilancia y seguridad marítima, defensa y operaciones aéreas de ámbito nacional, ciberdefensa o inteligencia), 15.000 efectivos de los tres Ejércitos para planes de reacción rápida o de contingencia y efectuar así misiones en solitario o combinadas con los aliados en el exterior (por ejemplo, las misiones en el exterior como Afganistán, Líbano...; catástrofes humanitarias; participación en misiones de vigilancia de la OTAN; evacuación de civiles en algún lugar del globo...) y otros 40.000 efectivos que permitirán las rotaciones correspondientes por periodos de seis meses y que estarán completando sus trabajos de

adiestramiento y alistamiento en el tiempo en el que se encuentran fuera del núcleo de 27.000 para formar parte del mismo cuando toque la rotación.

En cuanto a la organización del EMAD, se hacen depender del mismo todos los órganos que en ese momento estaban subordinados al JEMAD, incluido el CESEDEN. En el Cuartel General se crea la Jefatura de Apoyo para la acción Conjunta (relacionada con el concepto de servicio unificado, por ejemplo, en materia de sanidad operativa o cartografía), mientras que el CIFAS pasa a depender directamente del JEMAD. Y la UME pasa a depender orgánica y funcionalmente del JEMAD.

En cuanto a la estructura orgánica, es de destacar que el Real Decreto opta por regular exclusivamente aquellos órganos cuyos titulares son nombrados por el Consejo de Ministros, dejando el resto a un desarrollo normativo posterior. Por ello, dichos órganos apenas sufren modificaciones en este nivel, más allá de unificar la terminología empleada, adaptar sus competencias a las modificaciones operada en SEDEF y EMAD y permitir que en el desarrollo posterior se pueda avanzar en la homogeneización.

Posteriormente, el Real Decreto 1399/2018, de 23 de noviembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, estableció la adscripción del Centro Nacional de Inteligencia al Ministerio de Defensa y recuperó la dependencia de la Unidad Militar de Emergencias de la persona titular del Ministerio de Defensa, estableciendo una estructura que se mantiene en el vigente Real Decreto 372/2020, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa. Asimismo, el Real Decreto 521/2020, de 19 de mayo, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas, ha introducido determinadas modificaciones en su organización como son las relativas al ámbito aeroespacial, en el que deben integrarse las capacidades de vigilancia, control y defensa del espacio aéreo y de vigilancia y seguimiento del espacio ultraterrestre, adaptar, de forma continua, las estructuras a las posibilidades crecientes de las nuevas tecnologías y al proceso de transformación digital del Ministerio de Defensa, destacando la creación del Mando Conjunto del Ciberespacio, al que posteriormente se añadiría el Mando Operativo Terrestre regulado en la Orden DEF/710/2020, de 27 de julio, por la que se desarrolla la organización básica del Estado Mayor de la Defensa.

I.2.B. Las técnicas de coordinación funcional: las dependencias funcionales.

Como técnica específica de coordinación, de amplia utilización en el Ministerio de Defensa, ha sido la de establecer la dependencia funcional de los órganos de las Fuerzas Armadas de los órganos directivos del departamento que ostentan las competencias en los respectivos ámbitos de actividad, tal y como se viene articulando en los reales decretos de estructura desde el Real Decreto 135/1984, de 25 de enero, por el que se reestructura el Ministerio de Defensa[430] y así se recoge de manera reiterada en el vigente Real Decreto 372/2020, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.

No obstante, la existencia de relaciones funcionales en una estructura militar como la de las Fuerzas Armadas, caracterizada por los principios de jerarquía y disciplina y en la que prevalecen las relaciones orgánicas, no está exenta de dificultades, por lo que en el Real Decreto 524/2014, de 20 de junio, que modifica el Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, se optó por introducir una disposición adicional que clarificara la dependencia funcional de los distintos órganos de las Fuerzas Armadas con respecto a los órganos directivos del Departamento, para conseguir una mayor eficacia en el cumplimiento de los objetivos, especificando las funciones que podían desarrollar dichos órganos directivos en el ejercicio de su competencia funcional.

Esta disposición, cuya inclusión fue muy controvertida, no supuso sino trasladar a esta norma lo que ya se establecía en las distintas normas que regulaban la estructura de los ejércitos, y se mantiene en el vigente Real Decreto 372/2020, de 18 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa:

[430] El Real Decreto 135/1984, de 25 de enero, por el que se reestructura el Ministerio de Defensa procede a la configuración de una nueva estructura orgánica que permita formular una política común y una gestión coordinada de la misma para los tres ejércitos, creando Secretaria de Estado de la Defensa , como órgano encargado de preparar el planeamiento y la ejecución de la política de recursos materiales y económicos, y la Dirección General de Infraestructura para unificar y coordinar la política de construcciones e instalaciones militares, explicando en su Preámbulo que «con el mismo fin de conseguir una mejor dirección y una mayor coordinación entre los ejércitos, es preciso implantar una estructura mixta, estableciendo , además de la dependencia orgánica, una dependencia funcional de determinados órganos propios de los mismos respecto de las correspondientes direcciones generales del ministerio».

Disposición adicional novena. Dependencias funcionales y coordinación.

1. En virtud de las dependencias funcionales de los distintos órganos de las Fuerzas Armadas y de los organismos autónomos con respecto a los órganos directivos del Departamento, estos últimos podrán:

a) Emitir las instrucciones u órdenes de servicio de carácter general para el desarrollo y ejecución de la política del Departamento en el ámbito de su competencia.

b) Coordinar la actuación de los correspondientes órganos de las Fuerzas Armadas en el cumplimiento de dichas instrucciones u órdenes de servicio.

c) Llevar a cabo el seguimiento de su ejecución recabando la información necesaria para conocer los resultados obtenidos y estar en condiciones de adoptar las medidas correctoras a fin de ajustarlas a la política del Departamento.

d) Constituir comisiones funcionales y convocar a estas a los responsables de los órganos dependientes funcionalmente del órgano directivo correspondiente.

2. Por su parte, los correspondientes órganos de las Fuerzas Armadas y de los organismos autónomos, en el ámbito de sus competencias, podrán elevar consultas, formular propuestas, solicitar asesoramiento, información o datos y requerir criterios de actuación a los órganos directivos de los que dependen funcionalmente, en relación con la preparación, desarrollo, ejecución y control de la política del Departamento.

I.2.C. Especial referencia a la Orden de proceder como técnica de coordinación en el ámbito de la contratación administrativa.

La tramitación de los expedientes de contratación en el Ministerio de Defensa presenta una serie de especialidades derivadas de su estructura organizativa y de la amplia diversidad de contratos que se firman.

Creado el Ministerio de Defensa, en el ámbito de la contratación se procedió a desconcentrar las facultades que correspondían al Ministro en las distintas autoridades del Ministerio y de las Fuerzas Armadas mediante el Real Decreto número 582/1978, de

2 de marzo, por el que se desconcentran atribuciones en materia de contratación administrativa en el que se establecen ciertas limitaciones en orden a conservar, en todo momento, el control de la gestión global de los recursos. Posteriormente, con el objeto de mejorar dicho control, se amplían las competencias que se reserva el Ministro y se introduce la figura de la orden de proceder, tal y como se justifica en el Real Decreto 947/1984, de 9 de mayo, de desconcentración de facultades en materia de contratación administrativa en el Ministerio de Defensa.[431]:

En la actualidad, la Orden de Proceder puede definirse como el acto administrativo dictado por el Secretario de Estado de Defensa que inicia la tramitación de los expedientes de contratación, acuerdos técnicos o negocios jurídicos más relevantes en el ámbito del Ministerio de Defensa.

[431] El Preámbulo del Real Decreto 947/1984 es claro al respecto: «La experiencia derivada de la aplicación del Decreto 582 de 1978, de 2 de marzo, y sus posteriores modificaciones, aconsejan dictar un nuevo Real Decreto por el que no se desconcentren la totalidad de las atribuciones del Ministro. En efecto, las complejidades técnicas que el material de guerra moderno ha alcanzado y las relaciones internacionales que de ello se derivan, hacen necesario que, en materia de contratación, se aplique una política económica y técnica que, con el asesoramiento de los respectivos Estados Mayores y de la Dirección General de Armamento y Material posibilite que el Ministro realice una política de Estado en aquellos contratos en los que puedan y deban obtenerse o negociarse compensaciones tecnológicas, económicas, industriales o comerciales de interés para el desarrollo de la industria española. Por ello, la contratación, cada vez más importante, que se lleva a cabo con Gobiernos y empresas extranjeras ha de estar ponderada y coordinada con la política industrial de España, política que ha de estar reservada al Gobierno de la nación». De acuerdo con su artículo 3.1., se reservan al Ministro todas las facultades en orden a la contratación que tenga por objeto: a) La adquisición de carros de combate, vehículos blindados, misiles, portamisiles, buques, aeronaves, redes y equipos de comunicaciones, y de todos aquellos equipos que, no figurando en inventario o no habiendo sido adquiridos con anterioridad por las Fuerzas Armadas, el Ministro considere afecta a la política de adquisiciones del Ministerio de Defensa o a los intereses de la economía nacional. b) La contratación de material militar con el extranjero, al amparo del Decreto 1120/1977 de 3 de mayo, y aquellos otros contratos cuyo precio haya de ser satisfecho en moneda extranjera o su importe venga determinado por el contravalor en divisas, siempre que no hayan sido desconcentrados en virtud de lo dispuesto en el articulo 2.1, b), de este Real Decreto. c) La adquisición de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y de su mantenimiento, arrendamiento y programas regulados por el Decreto 2572/1973, de 5 de octubre, así como la contratación con empresas consultoras al amparo del Real Decreto 1005/1974, de 4 de abril, con exclusión de los contratos de servicios incluidos en la citada disposición. d) Los contratos de ejecución de obras de nueva planta, de cuantía superior a 50 millones de pesetas, así como los reformados o adicionales de expedientes de obras que supongan un gasto superior al 20 por 100 del precio del contrato. e) Los demás contratos de obras y los contratos de suministro, cuya cuantía sea superior a 100 millones de pesetas, y se proponga la adjudicación por contratación directa, salvo los concertados con sociedades estatales, cuyo límite será da 250 millones de pesetas». No obstante, el apartado 2 prevé que el Ministro de Defensa podrá delegar, en la orden de proceder de los expedientes comprendidos en el número 1 anterior, sus facultades de aprobación del gasto y de adjudicación en cualquiera de las autoridades mencionadas en el articulo 1., así como encomendar la tramitación del expediente de contratación a órganos o dependencias de los Cuarteles Generales o a otros Centros directivos del Ministerio de Defensa.

Comprende los supuestos que figuran en el artículo 1 del Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos en el ámbito del Ministerio de Defensa, que el Ministro de Defensa delega en el Secretario de Estado de Defensa y, que ambos, se reservan en el artículo 3.2 del citado Real Decreto 1011/2013, o en el que lo sustituya. Se trata de los supuestos más importantes de contratación, entre los que se incluye, por razones objetivas, la adquisición de plataformas, sistemas de armas, redes de comunicaciones y simuladores, los que se adjudiquen de conformidad con el artículo 346 del TFUE, los contratos entre gobiernos o con organismos internacionales o los que deban elevarse al Consejo de Ministros, mientras que otros supuestos responden a razones cuantitativas, atendiendo al importe de los correspondientes negocios jurídicos[432].

[432] Artículo 3.2.a) del Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa:
1.º Aquellos en cuyo objeto se incluya alguna de las siguientes prestaciones:
a) La adquisición de plataformas, sistemas de armas, redes de comunicaciones y simuladores.
b) La adquisición de equipos y medios de comunicación asociados a las redes de datos, tanto de área local como extensa, cuando su valor estimado supere la cantidad de 500.000 euros.
c) La adquisición de equipos, programas y sistemas informáticos, tanto software como hardware, así como el arrendamiento con o sin opción de compra de los mismos y los de cesión del derecho de uso de los programas, cuando su valor estimado supere la cantidad de 500.000 euros.
d) Servicios, cuando su valor estimado supere la cantidad de 1.000.000 euros, se exceptúan los de mantenimiento, conservación y reparación de los sistemas y equipos reseñados en los párrafos a), b) y c).
2.º Los contratos señalados en el ámbito de aplicación de este real decreto cuyo valor estimado supere el importe de 1.500.000 euros y se proponga su adjudicación por procedimiento negociado sin publicidad, o por dialogo competitivo.
3.º Los realizados al amparo del artículo 7.1.g), de la Ley 24/2011, de 1 de agosto y del Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo. Quedan exceptuados los de adquisición de repuestos, mantenimiento, conservación y reparación de los sistemas y equipos reseñados en las letras a), b) y c) del apartado 2.a).1.º de este artículo.
4.º Aquellos contratos y acuerdos técnicos incluidos en el ámbito del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
5.º Aquellos que requieran autorización, acuerdo o toma de razón del Consejo de Ministros, en virtud de lo establecido en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y demás disposiciones legislativas o administrativas que las desarrollan.
6.º Los negocios jurídicos que, conforme a lo establecido en el artículo 24.6 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se celebren con aquellas entidades que tengan la consideración de medios propios o servicios técnicos, cuyo importe supere las cuantías establecidas para cada tipo de contrato menor establecido en el artículo 138.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
7.º Los contratos, órdenes de ejecución o cualquier otro negocio jurídico derivados de los convenios a que se refiere el artículo 4.1.e) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuando su valor estimado supere la cantidad de 1.500.000 euros.
8.º Los contratos privados señalados en el artículo 1.c), cuando su valor estimado supere la cantidad de 500.000 euros.

De este modo, la Orden de Proceder actúa como una limitación al ejercicio de sus facultades por los órganos desconcentrados, incidiendo en su ámbito de responsabilidad y en su poder de decisión, puesto que la primera de las decisiones sobre la tramitación del negocio jurídico se adopta por un órgano superior, el Secretario de Estado de Defensa, y que al venir configurada como orden de iniciación del expediente, delimita el importe del contrato, procedimiento y sistema de adjudicación, así como, las condiciones técnicas a las que debe ajustarse la prestación a contratar.

Por lo tanto, la orden de proceder determina límites y condiciones contractuales que afectan a la conformación del expediente desde su fase precontractual hasta la adjudicación, como control del cumplimiento de la programación, condiciones contractuales, presupuestarias y en general, actúa como un instrumento de garantía de la legalidad, acierto y oportunidad de la acción pública[433].

9.º Los contratos de permuta de bienes muebles, que regulan los artículos 153 y 154 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
10.º Los acuerdos marco cuyos valores estimados superen la cantidad de 2.500.000 euros. Una vez emitida la correspondiente orden de proceder los contratos basados en ellos no requerirán nueva orden de proceder.
b) Dictar instrucciones y fijar criterios a los órganos desconcentrados y realizar el control de la contratación, incluida la identificación de las materias a contratar y la designación de los órganos que celebrarán los contratos, acuerdos técnicos y demás negocios jurídicos.
c) Aprobar los modelos tipo de pliegos de cláusulas administrativas particulares y documentos administrativos tipo de formalización de contratos, de aplicación a los contratos de naturaleza análoga.
d) Aprobar las tarifas de las entidades que tengan la consideración de medio propio o servicio técnico y estén adscritos al Departamento, a los efectos previstos en el artículo 24.6 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
e) Aprobar, previo acuerdo con las empresas, los costes horarios y los demás costes unitarios de sus líneas de actividad o procesos, a utilizar para valorar las prestaciones objeto de los contratos y negocios indicados en el artículo 1, cuando se adjudiquen por el procedimiento negociado o mediante diálogo competitivo.
f) Suscribir los acuerdos técnicos y demás negocios jurídicos celebrados con otros Gobiernos u organismos internacionales.
g) Suscribir los contratos, negocios jurídicos o acuerdos técnicos relacionados con la investigación y desarrollo (I+D).
h) Todas las competencias relativas a los siguientes contratos:
1.º Los de concesión de obras públicas.
2.º Los de gestión de servicios públicos.
3.º Los de colaboración entre el sector público y el sector privado.

[433] En virtud de esta técnica, se garantiza un adecuado control en materias sensibles por su objeto y cuantía, que son muy importantes para dotar de una mayor racionalización al proceso de adquisiciones y obras de los órganos de contratación. No obstante, la articulación del procedimiento de tramitación de la Orden de Proceder incidía, asimismo en la eficacia de la tramitación de los expedientes de contratación, especialmente por los tiempos acumulados desde la recepción de la propuesta de Orden de Proceder emitida por el órgano de contratación competente hasta la devolución del expediente con la orden de proceder ya firmada, que eran demasiado amplios y debían introducirse modificaciones procedimentales que agilicen su gestión. Así lo puso de manifiesto el Grupo de Trabajo encargado de elaborar las

Actualmente, el procedimiento de tramitación de la Orden de Proceder, en el que participan los distintos órganos directivos de la Secretaría de Estado con competencias en la materia, se regula en el apartado 4 de la Instrucción 27/2018, de 18 de mayo, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se establecen directrices en materia de contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa[434], identificándose detalladamente la documentación que debe adjuntarse y los informes que se solicitarán en su tramitación a los distintos órganos dependientes de la Secretaría de Estado que resulten competentes, habiéndose creado una aplicación informática específica para agilizar su tramitación.[435]

I.2.D. Otros instrumentos de coordinación de la actividad contractual.

Dado la cantidad de órganos de contratación, con facultades desconcentradas y delegadas que tiene el Ministerio de Defensa, y pese a que su número se ha ido reduciendo significativamente, en la estructura del Ministerio existe una Subdirección General de Contratación, que dependiendo del Director General de Asuntos Económicos y sin facultades contractuales se encarga de controlar, dirigir, evaluar y cuidar de la calidad y

propuestas para la racionalización de la contratación administrativa, constituido el 16 de noviembre de 2000 bajo la presidencia del Secretario de Estado y que propuso modificar la Instrucción 61/1991, de 31 de julio, del Secretario de Estado de Defensa, en relación con la contratación administrativa, para obtener una reducción significativa de los tiempos de tramitación, mejorándose por tanto la gestión de forma notable. Entre los aspectos más novedosos de la modificación propuesta se encontraba la utilización del correo electrónico para la remisión de la información, así como la implantación del sistema de firma electrónica en el proceso de tramitación y expedición de informes y de la propia Orden de proceder, lo que se llevó a cabo por la Instrucción número 375/2000, de 20 de diciembre, del Secretario de Estado de Defensa. Así se explica en RACIONALIZACION DE LA CONTRATACION EN EL MINISTERIO DE DEFENSA, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, mayo 2004, pág. 53.

[434] «BOD» nº 102 de 25 de mayo de 2018.

[435] De acuerdo con la Memoria de Contratación del Ministerio de Defensa del año 2020, los expedientes que han requerido «orden de proceder», según lo establecido en el Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa, son los siguientes:

Marco legal órdenes de proceder	Número de Expedientes	Importe adjudicado
Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público	137	127.866.470,39 €
Ley 24/2011 de Contratos de Defensa y Seguridad	105	2.463.016.161,33 €
Excluido ámbito Leyes 9/2017 y 24/2011	47	234.778.289,48 €
Total general	289	2.825.660.921,20 €

En términos de importe adjudicado, la contratación que ha requerido Orden de Proceder del Secretario de Estado de Defensa representa el 65,4% del total. Por otro lado, el número de expedientes que requieren Orden de Proceder representa el 1,3% del número total de contratos adjudicados.
https://www.defensa.gob.es/Galerias/ministerio/organigramadocs/sedef/digeneco/20210526-Memoria-contratacixn-MINISDEF-2020.pdf (Consultado el 19 de septiembre de 2021)

la mejora de la contratación, y contando con otras herramientas o especificidades en su organización como pueden ser:

a) El Concepto estratégico de la contratación.

La Subdirección General de Contratación dispone de un concepto estratégico de contratación, que nace de un proceso de reflexión sobre la complejidad de la contratación en el Ministerio de Defensa y de la voluntad de mejorar en el desarrollo de la «Función de Compras» dentro el Departamento, tras un análisis del entorno externo e interno y del contexto actual y futuro.

b) Las estrategias de Contratación.

La contratación de los bienes y servicios recogidos en el PACC se viene realizando con sujeción a la correspondiente estrategia de compras aprobada para cada categoría de compras por el Secretario de Estado de Defensa, y confeccionada atendiendo a criterios de transversalidad, homogeneización y centralización de necesidades comunes.

c) La Instrucción del Secretario de Estado de Defensa (SEDEF) sobre contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa (MINISDEF).

A propuesta de la Subdirección General de Contratación, se aprobó la Instrucción 27/2018, de 18 de mayo, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se establecen directrices en materia de contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa[436] con la finalidad de garantizar la aplicación uniforme de la legislación en materia de contratación, así como regular la autorización del Secretario de Estado a través de la Orden de Proceder.

Así mismo la Subdirección General de Contratación cuenta con órganos, muy especializados, singulares y únicos en la Administración General:

[436] «BOD» nº 102 de 25 de mayo de 2018.

d) El Grupo de Evaluación de Costes.

El Ministerio de Defensa es el único Departamento Ministerial que dispone de un órgano, creado en el año 1988, encargado de efectuar el análisis de costes y precios de las empresas suministradoras o que participen en programas de defensa, así como de los costes del ciclo de vida de los sistemas de armas.

e) El Programa de Modernización de la Contratación.

El Ministerio de Defensa dispone de un órgano específico encargado de realizar estudios sobre las categorías de compras que se requieran en el ámbito de este Departamento, y elaborar estrategias de contratación que serán aprobadas por el Secretario de Estado.

I.3. Centralización.

Tal y como se ha estudiado anteriormente, la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, introdujo nuevos principios de organización que han dado lugar a un proceso gradual de reforma y adaptación, tanto de las estructuras orgánicas y funcionales del Ministerio de Defensa como de sus procedimientos para la gestión de los recursos.

Dentro de dichos principios interesa resaltar, en este momento, el principio de unificación de servicios, que también podemos denominar de centralización, recogido en su artículo 11.4, a continuación de la esencial estructuración de las Fuerzas Armadas en una estructura orgánica y una estructura operativa:

> «Para alcanzar el funcionamiento de ambas estructuras con criterios de eficacia y economía de medios, se unificarán los servicios cuyos cometidos no deban ser exclusivos de un Ejército y se organizarán de manera centralizada la logística común y la adquisición de recursos».

Para organizar de forma centralizada la adquisición de recursos, es necesario definir un modelo de gestión racional, que potencie y centralice la función directiva, para implantar una adecuada planificación de los procesos, el seguimiento de su ejecución y el control de sus resultados. En ese modelo, la descentralización de la función ejecutiva debe basarse en la economía de medios, en la especialización de los órganos ejecutores y en la fortaleza de las relaciones de dependencia de estos últimos respecto a los órganos directivos[437].

I.3.A. Atribución de competencias a los órganos del Ministerio de Defensa.

Dicha centralización puede realizarse de manera orgánica a través de los reales decretos de estructura, atribuyendo directamente a los órganos superiores y directivos del Ministerio de Defensa las competencias específicas sobre actividades que venían realizando las Fuerzas Armadas. Un ejemplo, que ya ha sido objeto de análisis, fue la centralización en la Dirección General de Armamento y Material de la Secretaría de Estado de Defensa de las competencias relativas a los programas de armamento[438], creando la Subdirección General de Adquisiciones de Armamento y Material, y que se llevó a cabo, dentro del proceso de racionalización de las estructuras impulsado por la Directiva de Defensa Nacional de 2012, por el Real Decreto 524/2014, de 20 de junio, que modifica el Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.[439]

---

[437] Preámbulo del Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa.

[438] Que incluye las competencias para planificar y programar las políticas de armamento y material y de investigación, desarrollo e innovación del Departamento, así como dirigir y controlar su ejecución; gestionar, en colaboración con las Fuerzas Armadas, los programas de obtención, de modernización y de sostenimiento común de los sistemas de armas y equipos de interés para la defensa nacional, los de venta derivados del apoyo a la internacionalización de la industria española de defensa, así como armonizar y racionalizar su sostenimiento; y realizar la administración y gestión económica y contractual de los programas de investigación y desarrollo, así como de programas de obtención, de modernización y de sostenimiento común, no incluidos en la contratación centralizada, de sistemas de armas y equipos de defensa, así como la gestión, negociación y administración de los contratos que pudieran derivarse del apoyo a la internacionalización de la industria española de defensa y la exportación asociada de material de defensa.

[439] Aunque era una iniciativa cuya necesidad ya se había puesto de manifiesto con anterioridad, tal y como se recoge en *La Agencia Central de Adquisiciones: ¿una alternativa viable?*, Documento de Trabajo 07/2015, IEEE, mayo de 2015 http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2015/DIEEET07-2015_AgenciaCentral_Adquisiciones.pdf (Consultado el 19 de septiembre de 2021):

I.3.B. Contratación centralizada.

Asimismo, una importante vía de centralización se ha realizado con el impulso de la contratación centralizada a través de las Juntas de Contratación, que en el Ministerio de Defensa se comenzó a implantar, tras la aprobación de la Orden Ministerial 94/1999, de 26 de marzo, para la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones Centralizadas del Ministerio de Defensa[440], en el año 2000[441].

De este modo, la contratación centralizada se configura como una técnica dirigida a mejorar la eficiencia en la aplicación de los recursos puestos a disposición del Ministerio de Defensa, actuando como mecanismo de racionalización de la contratación que permite

«La necesidad de crear "un organismo único y especializado que centralizara las adquisiciones de Defensa para optimizar los recursos y las herramientas competenciales asignados a la política de armamento y material" ya fue planteada por el anterior Secretario de Estado de Defensa (SEDEF), el señor D. Constantino Méndez Martínez, que los consideraba dispersos entre "demasiados agentes". La medida fue propuesta en su comparecencia ante la Comisión de Defensa del Congreso en Septiembre de 2011 para informar sobre la situación financiera de los principales programas de modernización de las Fuerzas Armadas, por considerar el actual sistema "insostenible e inadecuado" y necesitado de una reformulación de sus aspectos financieros, organizativos y de planeamiento. Para el entonces SEDEF este organismo era la única alternativa posible de gestión ante los fallos sistemáticos identificados en el modelo existente y los requisitos necesarios para gestionar con eficiencia los programas, dada su elevada complejidad. Esta dispersión y falta de especialización en la organización que llevaba a cabo las adquisiciones de armamento y material en el MDE, puesta de manifiesto principalmente en los Programas Especiales de Armamento, no era la línea seguida por otros países de nuestro entorno, lo que unido a la escasez de recursos con motivo de la crisis económica provocó la revisión de una serie de aspectos esenciales de los procesos de adquisición como fueron la reducción/concentración de los órganos de contratación, la revisión del proceso de planeamiento de los recursos financieros y materiales, y la actualización de la normativa de obtención. Tras el cambio de Gobierno, se mantiene la idea de unificar el proceso de adquisición de programas de obtención, y el nuevo Secretario de Estado, D. Pedro Argüelles Salaverría al presentar en mayo de 2013 en el Congreso su propuesta para reconducir estos programas señaló que se estaba trabajando en la mejora del modelo de gestión y control con el fin de ganar en eficiencia y eficacia, y que para ello las Oficinas de Programas de Obtención, Modernización y Sostenimiento común se integrarían en la Dirección General de Armamento y Material (DGAM) que englobaría así la contratación, el control, la inspección de calidad, el control económico-financiero y los acuerdos de cooperación industrial, dotándolos así de una mayor visibilidad económica y técnica. Se trataba de un cambio cualitativo que marcaba la dirección a seguir en los próximos años y que se completaría con otra reestructuración que afectaría a Dirección General de Asuntos Económicos (DIGENECO) con la puesta en marcha del Programa de Modernización de la Contratación (PMC) en la Subdirección General de Contratación, buscando unificar criterios y reducir órganos de contratación».

[440] El cual comprendía los bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso, de utilización generalizada en los Ejércitos o en el órgano central, necesarios para el funcionamiento o el mantenimiento de los medios puestos a disposición de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de sus funciones institucionales, así como las prestaciones de consultoría y asistencia y de servicios de carácter general, cuya adquisición fuera susceptible de una gestión centralizada y de obtenerse con ella una economía de escala.

[441] RACIONALIZACION DE LA CONTRATACION EN EL MINISTERIO DE DEFENSA, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, mayo 2004, pág. 38.

lograr economías de escala, estandarizar las adquisiciones y mejorar los procedimientos contractuales, reduciendo costes y simplificando procedimientos y reduciendo plazos[442], atribuyéndose la contratación a órganos especializados, lo que a su vez permite reducir los órganos de contratación.

Aun cuando existen antecedentes remotos en nuestro país de alguna regulación de la contratación centralizada como la Ley de 1 de agosto de 1935[443], y también se encuentran ejemplos en la Ley de Contratos del Estado de 1965 y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, coincido con FERNÁNDEZ ACEVEDO[444] en que la racionalización de la contratación como un verdadero sistema toma carta de naturaleza en España de la mano del Derecho Europeo, primero con la Directiva 2004/18, que incorpora la centrales de compras y posteriormente la Directiva 2014/24, que procede a una regulación en detalle de las técnicas de compra agregada y compra conjunta[445].

No obstante, en España, puede considerarse al Ministerio de Defensa como el verdadero pionero[446] en el impulso de la contratación centralizada, especialmente a través del

[442] La Junta de Contratación del Ministerio de Defensa ha sido el órgano de contratación pionero en el ámbito del Departamento y de la Administración General del Estado en la utilización de la subasta electrónica, figura regulada en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y de servicios.

[443] Citada por COSCULLUELA MONTANER, L., «el contrato de suministro», en GÓMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 809.

[444] FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Aspectos jurídicos de las técnicas e instrumentos para la contratación pública agregada», en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.) Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público. Un análisis jurídico y económico, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 34.

[445] Si bien debe controlarse adecuadamente para evitar los riesgos que la misma puede suponer, tal y como se señala en el Considerando 59 de la Directiva 2014/24: «En los mercados de contratación pública de la Unión se comienza a observar una marcada tendencia a la agregación de la demanda por los compradores públicos con el fin de obtener economías de escala, incluida la reducción de los precios y de los costes de transacción, y de mejorar y profesionalizar la gestión de la contratación. Ello puede hacerse concentrando las compras, bien por el número de poderes adjudicadores participantes, bien por su volumen y valor a lo largo del tiempo. No obstante, la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse cuidadosamente para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo y la colusión y preservar la transparencia y la competencia, así como las posibilidades de acceso al mercado de las PYME».

[446] Los avances realizados por el Ministerio de Defensa en materia de centralización determinaron que, cuando se creó por Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012 la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, se atribuyera a dicho Departamento la Presidencia de la Subcomisión de Gestión de servicios y medios comunes, que tenía por objeto centralizar actividades de gestión que, por ser similares o de la misma naturaleza, puedan desempeñarse de forma unificada o coordinada, aprovechando así en mayor medida los medios públicos.

instrumento del acuerdo marco[447], con el fin de evitar las duplicidades e ineficiencias que se producían en la contratación independiente del suministro de bienes y servicios por parte de los ejércitos y del órgano central[448].

En cuanto a su regulación actual, se contiene en la Orden DEF/194/2021, de 8 de febrero, por la que se regula la contratación centralizada y se establece la composición y competencias de las Juntas de Contratación.

Dicha orden regula las Juntas de Contratación del Ministerio de Defensa, que quedan constituidas por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, la Junta de Contratación del Estado Mayor de la Defensa, la Junta de Contratación del Ejército de Tierra, la Junta de Contratación de la Armada y la Junta de Contratación del Ejército del Aire, y a las que le corresponderá actuar como órganos de contratación para las obras, servicios y suministros incluidos en el alcance del Plan Anual de Contratación Centralizada del Ministerio de Defensa (PACC).

De este modo, la orden mantiene la figura del PACC, que se configura como el instrumento central definitorio de la contratación centralizada, siendo el documento aprobado por el Secretario de Estado de Defensa en el que se detallan las propuestas de acuerdos marco y contratos que serán objeto de contratación centralizada por las Juntas de Contratación. En el mismo se incluye, además de la relación y descripción de las obras, bienes y servicios objeto de contratación centralizada, el calendario de contratación, la Junta de Contratación encargada de cada contrato y los órganos responsables de elaborar la documentación preparatoria del expediente de contratación y del seguimiento particularizado del acuerdo marco o contrato[449]. Las obras, suministros y servicios incluidos en el PACC, no podrán ser contratados por órganos de contratación distintos a

Informe de la Comisión de Reforma de las Administraciones Públicas disponible en https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:b1c69477-9882-41a5-9f6d-5cbb46fa12b4/reforma-AAPP.PDF (Consultado el 12 de octubre de 2021).

[447] Desde la implantación y trasposición de la Directiva 2004/18/CE, los órganos de contratación del MINISDEF y, especialmente, las Juntas de Contratación del Ministerio de Defensa y del Ejército de Tierra, han venido utilizando como herramienta de racionalización los acuerdos marco, consiguiendo resultados muy positivos, tanto en la homogenización de la contratación, así como en los ahorros.

[448] Acuerdos marco que pueden afectar tanto al suministro de armamento y material como a otros suministros como el de combustible o energía eléctrica o servicios como el de limpieza.

[449] El Plan Anual De Contratación del Ministerio de Defensa para el Año 2021 puede consultarse, en su parte pública, en:
https://www.defensa.gob.es/Galerias/ministerio/organigramadocs/sedef/digeneco/PACDEF-2021-documento-uso-publico.pdf (Consultado el 18 de septiembre de 2021).

las Juntas de Contratación indicadas en el Plan, sin perjuicio de la delegación de facultades establecidas.

La Dirección General de Asuntos Económicos, a través de la Subdirección General de Contratación, será responsable de la elaboración, seguimiento y control del plan.

I.4. La cooperación.

Señala SÁNCHEZ MORÓN[450] que la cooperación o colaboración, a diferencia de la coordinación, presupone una relación de igualdad entre las Administraciones u órganos que la entablan para conseguir aquellos mismos fines, siendo, por lo tanto, su característica esencial que ninguna de las partes se subordina a la otra.

En el ámbito del Ministerio existen números ámbitos en los que se recurre a la colaboración de entidades públicas o privadas, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

I.4.A. La cooperación nacional. Los convenios de colaboración[451].

De acuerdo con el artículo 47 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, los convenios de colaboración se caracterizan por perseguir

[450]SÁNCHEZ MORÓN, M., «La coordinación administrativa… op. cit. pág. 21.

[451] La complejidad de la organización del Ministerio de Defensa supone que sea el único Ministerio que cuente con normas específicas relativas a la tramitación de los Convenios de Colaboración desde la aprobación de la Orden Ministerial 97/1995. En la actualidad, dicha regulación interna, complementa a la normativa general contenida en la Ley 40/2105, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, está constituida por las siguientes normas:
Orden Ministerial 169/2003, de 11 de diciembre, por la que se regula el procedimiento de celebración de los convenios de colaboración en el ámbito del Ministerio de Defensa, tiene la finalidad de determinar los órganos competentes para iniciar, elaborar y posteriormente aprobar los expedientes a que den lugar los proyectos de convenios de colaboración en el ámbito del Ministerio de Defensa y sus Organismos públicos dependientes, así como, establecer los procedimientos generales de actuación en la elaboración y tramitación de los mismos. La anterior Orden es de aplicación a todos aquellos convenios de colaboración que celebre el Ministro de Defensa y los Organismos públicos dependientes del Ministerio de Defensa, con personas físicas o jurídicas sujetas, tanto al derecho público como al privado, siempre que en este último caso, su objeto no esté comprendido en los contratos regulados por el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, o en normas administrativas especiales. También quedan excluidos de su ámbito de aplicación, los protocolos, convenios, memorandos de entendimiento, acuerdos técnicos y cualquier otro acuerdo político no normativo de carácter internacional de interés para la Defensa Nacional.

un fin común y no tener por objeto prestaciones propias de los contratos, de modo que, como que, como señaló el Dictamen de la Abogacía General del Estado de 9 de febrero de 2009 (ref.: A.G. Entes Públicos 3/09) «para la obtención de esos fines comunes, ambas partes colaboran intensamente, poniendo en común medios personales y materiales, determinando coordinadamente las actuaciones a realizar y participando directamente en su ejecución y seguimiento, además de financiar conjuntamente esas actuaciones mediante sus respectivas aportaciones económicas».

En este sentido, es muy frecuente que el Ministerio de Defensa y las Fuerzas Armadas suscriban convenios de colaboración para fomentar la investigación, desarrollo e innovación con otras Administraciones Públicas nacionales con competencias en I+D+i, con universidades (que son los más numerosos) o con las propias empresas de la industria de defensa. Siguiendo a DE LA FUENTE CHACÓN y GARCÍA DOLLA[452]este tipo de colaboraciones se ha desarrollado normalmente siguiendo tres cauces:

• Acuerdos de cooperación con otros organismos del sistema nacional de I+D+i. La finalidad es coordinar las actuaciones de I+D de defensa con las del ámbito civil. Por ejemplo, intercambio de información para facilitar la participación de las actividades de I+D de defensa en las convocatorias del Plan Nacional de I+D+i o de administraciones autonómicas.

• Uso y cesión de activos de ensayo y pruebas. Para permitir el aprovechamiento mutuo de los activos de ensayo y pruebas del Ministerio de Defensa y de otros organismos y empresas. En algunos casos, el uso de los activos va unido al inicio de desarrollos en colaboración entre empresas y los polígonos de pruebas del Ministerio de Defensa.

• Transferencia de tecnología a la Base Tecnológica e Industrial. Cesión de las tecnologías desarrolladas en el ámbito de defensa para su comercialización. Las trasferencias contribuyen, por una parte, a dar mayor prestigio a la investigación realizada desde el Ministerio de Defensa y, por otro, a recuperar parte de la inversión realizada en

Instrucción 170/2003, de 15 de diciembre, del Subsecretario de Defensa, por a que se aprueban las normas para la elaboración y tramitación de los convenios de colaboración en el ámbito del Ministerio de Defensa.

Orden DEF/3015/2004, de 17 de septiembre, sobre delegación de competencias en autoridades del Ministerio de Defensa en materia de convenios de colaboración.

[452] DE LA FUENTE CHACÓN, J.C. y GARCÍA DOLLA, D., «Introducción al Cuaderno», *Cuadernos de Estrategia 182, La colaboración tecnológica entre la Universidad y las Fuerzas Armadas*, IEEE, Ministerio de Defensa, octubre 2016, págs.. 26 y 27.

I+D+i y abaratar los costes de adquisición de los productos desarrollados por programas de I+D, gracias a la venta a mayor escala de los mismos.

Sin ánimo exhaustivo, que excedería del presente estudio, se pueden identificar como principales sujetos entre los que se celebran convenios los siguientes:

a) Convenios con Administraciones y Organismos Públicos.

En este ámbito, destacan los Convenios suscritos por el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas» (INTA) con otros organismos públicos, como el acuerdo suscrito el 19 de noviembre de 1999 con el Centro Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) para la constitución del Centro de Astrobiología[453], el Convenio suscrito el 6 de noviembre de 2017 con el Gran Telescopio de Canarias, SA, para la creación y operación de un archivo científico de datos en Gran Telescopio Canarias[454] o el firmado el pasado 11 de octubre de 2021 con el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI), para el desarrollo de una Plataforma Aérea de Investigación (PAI) para uso científico-tecnológico[455].

[453] Inaugurado en 2003, el CAB se dedica a la investigación de las condiciones que hacen posible el surgimiento y el mantenimiento de la vida en el Universo. Es el primer centro del Mundo asociado al Instituto de Astrobiología de la NASA (NAI), con el que comparte objetivos y proyectos científicos. Sus trabajos están siendo de gran apoyo a los ingenieros de la NASA para el diseño de las misiones a Marte en la búsqueda de vida o de las huellas de ésta, así como de las futuras misiones tripuladas a dicho planeta. Por ejemplo, el CAB lidera la participación española en el proyecto Mars Science Laboratory (MSL) de la NASA, que actualmente está analizando la superficie y la atmósfera de Marte. https://www.inta.es/INTA/es/quienes-somos/historia/el-centro-de-astrobiologia/ (Consultado el 30 de octubre de 2021).

[454] Resolución 420/38268/2017, de 27 de noviembre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas» y Gran Telescopio de Canarias, SA, para la creación y operación de un archivo científico de datos en Gran Telescopio Canarias.

[455] https://www.inta.es/INTA/es/comunicacion/noticias/Noticia_1634126670133/ (Consultado el 30 de octubre de 2021).

b) Convenios con Universidades.

Son muy numerosos los convenios suscritos por los distintos órganos directivos del Ministerio de Defensa y de las Fuerzas Armadas con universidades, tanto públicas como privadas.

Estos convenios suelen tener un contenido genérico, que incluye el desarrollo programas de intercambio académico, técnico, científico y cultural que comprende: a) desarrollo de proyectos de investigaciones conjuntos; b) estudios de postgrado o investigaciones; c) intercambio de profesores, investigadores y estudiantes; d) oferta de prácticas curriculares y extracurriculares para aquellas titulaciones que se ajusten a los objetivos del presente convenio; e) intercambio de información, sin clasificación de seguridad, relativa a su organización, estructura y funcionamiento con el fin de fomentar el conocimiento mutuo; f) impartición de cursos, seminarios, simposios, etc., en los que participen profesores y miembros de las dos instituciones; g) intercambio de material bibliográfico, ediciones, etc. sin clasificación de seguridad, así como su adecuada difusión a través de los canales que tengan establecidos.

Estos convenios, que suelen configurarse como convenios marco, requieren su posterior desarrollo en convenios específicos, lo que no suele ser frecuente en el ámbito de la I+D+i, aunque sí se han dado algunos supuestos concretos. A este respecto LEÓN SERRANO identifica como supuestos exitosos que han tenido lugar en el pasado con la Universidad Politécnica de Madrid (UPM), el del supercomputador FPS 164 (*Floating Point Systems*) o el del Laboratorio de Ensayo y Homologación de Antenas (LEHA). [456]

[456] LEÓN SERRANO, G., «Cooperación en la actividad investigadora, desarrollo tecnológico e innovación entre la universidad y las Fuerzas Armadas» en *Cuadernos de Estrategia 182, La colaboración tecnológica entre la Universidad y las Fuerzas Armadas*, IEEE, Ministerio de Defensa, octubre 2016, pág. 117:
«1) FPS 164 (*Floating Point Systems*). Supercomputador adquirido por la Armada y cedido a la UPM para el estudio de la compatibilidad elec-tromagnética (se empleó para la ubicación correcta de antenas en el portaeronaves Príncipe de Asturias). Su adquisición supuso en su momento (1984) el primer supercomputador disponible en el sistema universitario. Se tuvo que vencer con ello los problemas derivados de la importancia de un sistema de esas características cuando España no formaba aún parte de la NATO ni había firmado el tratado de doble uso. Aunque sus prestaciones comparadas con las actuales podrían parecer muy pequeñas.
2) El Laboratorio de Ensayo y Homologación de Antenas (LEHA) de la ETSIT-UPM es una instalación singular compuesta por tres cámaras anecoicas, reflectores y software de control que permiten caracterizar antenas para múltiples aplicaciones: desde antenas para telefonía móvil hasta antenas para satélites, embarcaciones de la Armada o nuevos desarrollos creados en la ETSIT-UPM. Este laboratorio realiza

Más recientemente, se puede citar el Convenio de colaboración suscrito por el Ministerio de Defensa el 6 de noviembre de 2013 con la Universidad Politécnica de Madrid, para la formación, investigación y desarrollo de actuaciones en materia de ciberdefensa[457] y al amparo del cual se firmó un convenio específico que ha permitido desarrollar una herramienta que permita visualizar y trazar un ciberataque así como determinar probabilísticamente su evolución, de forma que se permita el apoyo a la toma de decisiones[458].

c) Convenios con la industria de defensa.

Por último, interesa destacar por su estrecha relación con el objeto del presente estudio, los distintos convenios de colaboración suscritos con empresas del sector de la defensa para fomentar la investigación, desarrollo e innovación para mantener un nivel tecnológico elevado en el sector de la defensa, que mejore la operatividad de las Fuerzas Armadas e impulsar el desarrollo continuado de una base industrial y tecnológica de defensa, capaz de atender las necesidades esenciales de la seguridad nacional y de ser integrada en la industria europea de defensa en condiciones de competitividad y nivel

medida de parámetros eléctricos de antenas, destacando antenas de satélite o de sondas espaciales, antenas para aplicaciones de radioastronomía o antenas de estaciones base de telefonía móvil. LEHA participa en redes europeas para mejorar los procesos y las técnicas de medida de antenas. Esta colaboración tecnológica de la UPM con las FAS permitió la adquisición y uso de una «cámara anecoica para medida de antenas en buques de la Armada» que sigue en uso».

[457] Resolución 420/38151/2013, de 15 de noviembre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Universidad Politécnica de Madrid, para la formación, investigación y desarrollo de actuaciones en materia de ciberdefensa.

[458] Resolución 420/38203/2015, de 22 de diciembre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Universidad Politécnica de Madrid para el desarrollo de una herramienta de visualización y trazado en un ciberataque. Más información sobre el proyecto se contiene en: http://www.upm.es/observatorio/vi/index.jsp?pageac=actividad.jsp&id_actividad=250405 (Consultado el 30 de octubre de 2021)

tecnológico[459], en los que siempre sobrevuela la necesidad, no siempre fácil, de diferenciar estos supuestos del de los contratos administrativos[460].

En este sentido, la doctrina patria, tratando de deslindar ambas figuras que presentan en común el tratarse de negocios jurídicos bilaterales, han venido destacando la existencia en el convenio de un fin común perseguido por las partes, que de este modo se configura como el elemento diferenciador del contrato en el que existe una contraposición de intereses. En este sentido, BASSOLS COMA destaca cómo la característica distintiva radica en que frente al modelo clásico de los contratos en que se da un antagonismo patrimonial en las prestaciones de las partes, los convenios responden a la idea de colaboración en la consecución de un fin común.[461] En este mismo sentido, GARCÍA TREVIJANO considera necesario acudir a un concepto restringido de contrato y que lo conciben, frente al convenio, como un acuerdo de intereses opuestos: «*En el*

[459] Entre los convenios suscritos se pueden citar:
- Convenio entre el Ministerio de Defensa y la empresa Escribano Mechanical and Engineering, SL, para llevar a cabo actividades de colaboración relativas a la I+D+i de las estaciones para armas controladas remotamente de la empresa, así como el conocimiento, instrucción, adiestramiento y capacitación en el empleo de nuevas tecnologías por parte de la Armada, suscrito el 7 de julio de 2020.
- Convenio entre el Ministerio de Defensa, Airbus Defence And Space y Airbus Helicopters España, S.A., para la prestación de apoyos, de 4 de octubre de 2018.
- Convenio entre el Ministerio de Defensa y la empresa TORO Vehículos Especiales y Sistemas S.L. para llevar a cabo actividades relativas al desarrollo y homologación de productos de esta empresa, de 24 de septiembre de 2018.
- Convenio marco de colaboración entre el Ministerio de Defensa/Ejército del Aire/Armada y la empresa Equipos Industriales de Manutención, S.A., de 19 de diciembre de 2017.
- Convenio marco de colaboración entre el Ministerio de Defensa / Ejército del Aire e Indra Sistemas s.a., para el desarrollo de actividades conjuntas y prestación de servicios de apoyo mutuo, de 4 de abril de 2016.

[460] En este sentido hay que recordar, a título de ejemplo, la condena del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al Reino de España por «excluir de forma absoluta del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en concreto, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de éste, los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dicha Directiva» (STJCE 2005/10, del 13 de enero). Como consecuencia de esta Sentencia, el Gobierno español hubo de aprobar el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, con el fin de incluir en el ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y por tanto de sujetar expresamente a este régimen jurídico, a los convenios de colaboración celebrados entre Administraciones Públicas cuyo objeto estuviera comprendido en el de los contratos administrativos y superase determinadas cuantías. Asimismo, cabe recordar la inadecuada e insuficiente regulación de los convenios administrativos que puso de manifiesto el Tribunal de Cuentas en su Dictamen 878 de 30 de noviembre de 2010, mediante el que eleva una moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas, y que ha dado lugar a su regulación en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

[461] BASSOLS COMA, M., «Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público», en *Revista de Administración Pública*, núm.82, Ene-Abr. 1977, págs. 78 y ss.

contrato una y otra parte tendrán sus propios intereses que se manifestarán en la presentación y contraprestación pactados, En el convenio, en cambio, se trataría más de aunar esfuerzos para la prosecución de un objetivo común»[462].

De ahí que, partiendo de la exclusión contenida en la normativa contractual pública, PANIZO GARCÍA proponía su definición como «aquellos negocios jurídicos bilaterales, celebrados por un ente jurídico público con otros entes jurídico-públicos o con personas físicas o jurídicas, sometidas a derecho privado, regulados por el derecho administrativo, que en virtud de la presencia predominante de la idea de colaboración en la consecución de un fin común de interés público, se encuentran excluidos del régimen general que para los contratos de la Administración establece la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sometiéndose a un régimen jurídico especial designado en la propia Ley»[463].

Actualmente, el concepto ha sido recogido en el artículo 47.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que define el convenio como «los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común», añadiendo que «Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público».

En este sentido, el artículo 6.2 de la 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 señala que «Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales». Por esta misma razón, tampoco quedarían sujetos a las prescripciones de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, que según

[462] GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «Consideraciones sobre el contrato de suministro en el sector de la defensa», en PALOMAR OLMEDA, ALBERTO (Dir.) *Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 311.

[463] PANIZO GARCÍA, A. «Régimen Jurídico de los Convenios de Colaboración», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 1995 págs.926 a 927

su artículo 1.1 solo se aplica a los contratos de obras, suministro, servicios y colaboración entre el sector público y el sector privado que se celebren en el ámbito de la defensa y de la seguridad pública cuando contraten las entidades a que se refiere el artículo 3.

Para deslindar la figura del contrato administrativo y del convenio de colaboración, el artículo 47 de la Ley 40/2015 destaca dos notas esenciales: el convenio persigue un fin común y no puede tener por objeto prestaciones propias de los contratos. Al objeto de precisar aún más esta diferencia, es sumamente ilustrativo el Dictamen de la Abogacía General del Estado de 9 de febrero de 2009 (ref.: A.G. Entes Públicos 3/09), que si bien referido a la colaboración entre Administraciones o entidades públicas, se puede trasladar a la colaboración con entidades privadas. De acuerdo con el mismo, son requisitos de los convenios:

a) Que las partes asuman conjuntamente el desarrollo de unas actuaciones de interés común para las mismas, sin que pueda entenderse que una de las partes se limite a cooperar en la gestión o prestación de los servicios o competencias cuya titularidad corresponde a la otra.

b) Que para la obtención de esos fines comunes, ambas partes colaboran intensamente, poniendo en común medios personales y materiales, determinando coordinadamente las actuaciones a realizar y participando directamente en su ejecución y seguimiento, además de financiar conjuntamente esas actuaciones mediante sus respectivas aportaciones económicas; sin que las partes asuman posiciones independientes ni tendentes exclusivamente a la satisfacción de sus propios intereses.

c) Que el objeto del convenio no es el propio de ninguno de los contratos típicos regulados en la LCSP, ni se abona un precio por una parte a la otra como contraprestación por la actuación que ésta deba realizar en ejecución del negocio jurídico formalizado.

Por ello, en mi opinión, siempre que se respeten estas condiciones, el convenio de colaboración será la vía jurídica adecuada para articular las relaciones entre el Ministerio de Defensa y las Fuerzas Armadas y la industria de defensa. Además, tal y como se ha visto en el Capítulo II, no solo es el instrumento idóneo, sino que además puede resultar necesario para apoyar a la industria de defensa en cuanto capacidad estratégica de la defensa nacional, tal y como contempla la vigente Estrategia de Seguridad Nacional de

2021, que incluye entre los objetivos y líneas de acción estratégicas en el ámbito de la defensa nacional el de «Reforzar las capacidades de defensa a través de la investigación, el desarrollo y la innovación tecnológica como vectores de ventaja estratégica» y «Desarrollar el sector industrial de la defensa, la seguridad y el espacio, así como las tecnologías duales, mediante la cooperación público-privada y el aprovechamiento de sinergias con las herramientas existentes tanto en el marco nacional como de las Organizaciones Internacionales de Seguridad y Defensa a las que pertenece España, en particular los Fondos Europeos de Defensa y la Cooperación Estructurada Permanente de la Unión Europea».

De este modo, tomando como base los diferentes convenios de colaboración suscritos por el Ministerio de Defensa, puede afirmarse que concurren los citados requisitos:

a) Existe un interés común, derivado de la Estrategia de Seguridad Nacional y de la Directiva de Defensa Nacional de 2020 referido a la necesidad de «fomentar y proteger una industria de Defensa innovadora, capaz de integrarse en proyectos y grupos empresariales multinacionales, especialmente en el ámbito europeo». A ello hay que añadir, por un lado, el apoyo que puede recibir la empresa y, por otro, el beneficio en términos de representación institucional y visibilidad para el Ministerio y las Fuerzas Armadas y de instrucción y adiestramiento de su personal. Por consiguiente, ninguna de las partes se limita a cooperar en la gestión o prestación de servicios de la otra, sino que ambas persiguen un fin común.

b) Ambas partes aportan medios personales y materiales, en los términos que se acuerden, sin que ello suponga el traspaso de su titularidad, dependiendo dichas aportaciones del tipo de colaboración. En este sentido, siguiendo el modelo del convenio suscrito con Airbus Defence And Space y Airbus Helicopters España, S.A., la colaboración se puede realizar en las áreas operativa, logística, de instrucción y otras que puedan ser de interés para ambas partes. Sin que obste a esta calificación el hecho de que se pueda prever el resarcimiento de determinados costes al Ministerio de Defensa, ya que en este caso se podrán tener en cuenta también el valor añadido que las colaboraciones solicitadas por la empresa puedan tener en lo relacionado con la representación institucional, la visibilidad del Ministerio/Armada o con la instrucción y adiestramiento de su personal.

c) El objeto del convenio no es el propio de ninguno de los contratos típicos regulados en la LCSP (contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios). En particular, si atendemos al Convenio con Escribano Mechanical and Engineering S.L., la empresa mantendría la titularidad de sus sistemas de armas, no realiza un suministro para la Armada, al no tener por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles. Del mismo modo, tampoco le estaría prestando un servicio de formación del personal que retribuyese la Armada.

Por consiguiente, si bien su naturaleza jurídica debe analizarse caso por caso, los ejemplos citados ponen de manifiesto la existencia de un ámbito de colaboración con la industria de defensa al margen del procedimiento contractual.

I.4.B. Cooperación internacional.

Asimismo, tal y como se ha estudiado en el Capítulo II al analizar el mercado internacional de defensa, una de las características actuales de dicho mercado es que debido a los altos costes y las restricciones presupuestarias, prácticamente ningún país europeo puede afrontar la adquisición o el desarrollo de toda la gama de armamentos necesarios para asegurar su defensa ni sostener su propia base tecnológica e industrial de la defensa con sus propios presupuestos, por lo que, ante el riesgo de pérdida de capacidades tecnológicas e industriales asociadas al equipamiento de la defensa, se acude a la cooperación entre países, directamente o a través de las organizaciones internacionales de seguridad y defensa. La importancia de esta cooperación es reconocida por la Directiva 2009/81/CE, que excluye estos supuestos de su ámbito de aplicación, justificándolo en su Considerando 28 en los siguientes términos:

> «(28)Los Estados miembros suelen llevar a cabo programas de cooperación para desarrollar conjuntamente nuevos equipos de defensa. Estos programas son especialmente importantes, ya que contribuyen a desarrollar nuevas tecnologías y a soportar los elevados costes de investigación y desarrollo de complejos sistemas armamentísticos. Algunos de estos programas son gestionados por organizaciones internacionales, a saber, la Organización Conjunta

de Cooperación en materia de Armamento (OCCAR) y la OTAN (a través de agencias específicas), o por agencias de la Unión Europea como la Agencia Europea de Defensa, que a continuación adjudican los contratos en nombre de los Estados miembros. La presente Directiva no debe aplicarse a dichos contratos. Para otros programas de cooperación semejantes, los contratos son adjudicados por las entidades o poderes adjudicadores de un Estado miembro también en nombre de uno o más Estados miembros. En estos casos, tampoco debe aplicarse la presente Directiva».

Para el análisis jurídico de estos supuestos de cooperación en el ámbito de los programas de armamento, resulta de extrema claridad la reflexión que realiza GONZÁLEZ BARRAL[464] respecto de la interrelación existente entre las distintas fórmulas cooperativas que se pueden adoptar por los Estados y las formas de organización industrial asumidas por los contratistas en función de las mismas para la adecuada ejecución de los programas. Asimismo, para el estudio de las formas de cooperación estatal, es muy relevante la distinción que hace el autor, siguiendo el esquema planteado por ALLAR, Asesor Jurídico del Director de Armamento de la República Francesa,[465] diferenciando entre organizaciones de tipo descentralizado y organizaciones integradas, siendo estas últimas aquellas en las que se crean organizaciones dotadas de personalidad jurídica propia.

En el caso de la cooperación descentralizada de gestión de programas, la organización administrativa que se puede constituir por los Estados dependerá de la mayor o menor complejidad, tanto técnica como administrativa, del programa, siendo lo frecuente que cuenten con un elemento común, denominado generalmente Comité Director, en el que estarán representados todos los participantes en el programa al máximo nivel, así como un Comité Ejecutivo, de carácter eminentemente técnico. Por último, en los supuestos más complejos, en los que es necesarios un seguimiento estricto y continuo de los aspectos técnicos del Programa, se crea una Oficina del Programa, con representantes de las distintas naciones implicadas. Desde una perspectiva jurídica, la

[464] GONZALEZ BARRAL, J.C., «Aspectos jurídicos de la política europea de armamentos: La Agencia Europea de Armamentos» en *III Jornadas sobre asesoramiento Jurídico en el ámbito de la Defensa, Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídico militares*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2001, páginas 773 a 778.

[465] ALLARD, J. Ch.: L´Organisation des programmes d´armement en cooperation, Aspects Juridiques, en L´Armement, Revue de la Délegation Géneral por L´Armement, nº 50, Diciembre 1995, enero 1996, pág. 118 y ss.

articulación de la cooperación, la creación del programa y la regulación de los aspectos esenciales, así como de los órganos correspondientes se lleva a cabo a través de Acuerdos entre Ministros que revisten de ordinario la forma de Memorandos de Entendimiento (MOU,s).

En estos programas pueden articularse de modo que cada participante adjudique sus propios programas, limitándose la cooperación exclusivamente al intercambio de los resultados obtenidos nacionalmente, o designando un país piloto, en cuyo caso sus servicios administrativos actúan como agente contratante común.

Del mismo modo, desde la perspectiva industrial, se pueden adoptar distintos sistemas de organización entre los contratistas. Por un lado, en los denominados programas coordinados, los industriales de los diversos países son independientes unos de otros, y cada uno recibe la adjudicación del contrato de que se trate de sus autoridades nacionales. En los casos de que exista un contratista al que se adjudique el contrato a nombre de varios participantes en el programa, las posibilidades son varias, pudiendo actuar el contratista nacional del Estado adjudicador como contratista principal y el resto será únicamente subcontratista o tratarse de supuestos de co-contratación, en el que los distintos adjudicatarios resultan responsables solidarios de la ejecución de las prestaciones encomendadas.

Una segunda modalidad es el caso de los denominados programas en cooperación, en el que tienen una relevancia indiscutible las fórmulas cooperativas del Derecho anglosajón (*teaming agreements*) y, entre ellos, en el ámbito de la Defensa, los denominados consorcios.

En el caso de las organizaciones integradas, se trataría del supuesto, ya analizado en el Capítulo II, de creación de una nueva persona jurídica internacional mediante la vía de un Tratado Internacional, como en el caso de la OCCAR o bien mediante el recurso a la creación, por una organización internacional ya existente, de un organismo subsidiario que se beneficia de la preexistente personalidad jurídica de la organización, como es el caso de las organizaciones y las agencias de la OTAN.

Por último, dentro de la cooperación en materia de defensa, hay que hacer referencia a las iniciativas impulsadas en el seno de la Unión Europea a las que se ha hecho referencia en el Capítulo II, y que ponen de manifiesto la voluntad entre los Estados Miembros de una mayor interacción en materia de cooperación en defensa y un esfuerzo

para superar la fragmentación de la industria y avanzar hacia un modelo más homogéneo, eficiente e interoperable. La participación en estos programas, al igual que ocurre en otros supuestos de cooperación, requiere de la aprobación de los correspondientes acuerdos que regulen la forma en la que los Estados participantes en el correspondiente programa puede proceder a la exportación del material de defensa. Un ejemplo de estos acuerdos sería el acuerdo bilateral suscrito el 23 de octubre de 2019 entre Francia y Alemania sobre coordinación en materia de control de las exportaciones de material de defensa para los programas de cooperación industrial desarrollados en común. Tomando como precedente dicho acuerdo, que se amparaba en el Tratado de Aquisgrán entre ambos países y del que España no forma parte, el Consejo de Ministros de España ha autorizado el 20 de julio de 2021 la firma y la aplicación provisional de un acuerdo trilateral entre los Gobiernos de la República Federal Alemana, de la República Francesa y del Reino de España relativo a los controles de exportación en el ámbito de defensa[466].

I.5. Las compensaciones industriales.

Al analizar el mercado de defensa, ya hemos visto cómo los Estados, con el fin de garantizar el suministro de los productos de defensa, prefieren habitualmente que el suministrador esté radicado en su propio territorio. De este modo, sólo se acude a la licitación internacional, cuando el producto no existe nacionalmente y las inversiones para diseñar y desarrollar un nuevo producto son excesivas. No obstante, como señala

[466] https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2021/refc20210720.pdf (Consultado el 14 de noviembre de 2021). El Acuerdo relativo a los controles de exportación en el ámbito de defensa consta de un preámbulo, seis artículos y tres anexos. En el preámbulo, se reafirman los compromisos comunes en el ámbito europeo e internacional en control de las exportaciones de tecnología y equipos militares; la soberanía nacional en cuanto al control de exportaciones; la voluntad de reducir la carga administrativa que pesa sobre el control de las exportaciones, y la importancia de disponer de perspectivas fiables en materia de transferencia y de exportación para asegurar el éxito económico y político de su cooperación industrial e intergubernamental. En su articulado, se prevén tres procedimientos que tienen por objeto aplicar un control de exportaciones coordinado sobre las transferencias de material de defensa, asociadas a proyectos de cooperación industrial en materia de defensa: 1) programas intergubernamentales. 2) proyectos de cooperación industrial, sometidos a un procedimiento de reconocimiento previo por parte de cada uno de los Estados miembros afectados. 3) el llamado principio «de mínimis» que, salvo por razones de interés directo o seguridad nacional, prevé la concesión de la transferencia cuando los productos destinados a la integración no superen un determinado porcentaje del valor total del proyecto.

PALOMAR OLMEDA[467], «la obtención de medios avanzados para las Fuerzas Armadas exige, en muchas ocasiones, la compra de la totalidad del sistema o, al menos, de parte de sus componentes en el extranjero, ya que lograr un desarrollo absolutamente nacional es algo irrealizable para la inmensa mayoría de los países».

Las importantes inversiones que requieren la adquisiciones de bienes relacionados con la seguridad y defensa ha llevado a los gobiernos adquirentes a exigir, cuando dichas adquisiciones se realizan en el extranjero y a través de acciones compensatorias (Offsets), retornos de inversión, ya de manera directa, asociado al objeto de la adquisición, o de manera indirecta, relacionadas con otras actividades del sector industrial y empresarial, obteniendo ventajas competitivas y minimizando el impacto de dichas adquisiciones. De este modo, las empresas suministradoras extranjeras se comprometen a generar unos retornos iguales o aproximados al máximo valor de la compra realizada, tendentes a obtener transferencia de tecnología hacia la industria nacional, aunque también pueden incluir otros compromisos.

De este modo, podemos diferenciar dos tipos de compensaciones industriales u Offsets: las directas, también denominadas Offsets puros, que están relacionadas con los productos que se adquieren, dando entrada a la industria nacional que de este modo obtiene la correspondiente transferencia de tecnología, pudiendo incluso permitir la fabricación bajo licencia del producto o de algunas de sus partes, y potenciando su capacidad exportadora. Y las indirectas, que pueden incluir retornos en otro material o tecnología de defensa o en otros sectores industriales, compras de materias primas o inversiones en sectores sociales[468]. Los acuerdos de offsets suelen ser accesorios de los contratos principales de adquisición, de los que traen causa, y pueden combinar tanto compensaciones directas como indirectas. Su incumplimiento genera sus propias

[467] PALOMAR OLMEDA, A., «Marco referencial de la acción administrativa en materia de defensa» en PALOMAR OLMEDA, A. (dir.) *Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa.* Aranzadi , Cizur-Menor, 2009, pg. 163.

[468] SANABRIA diferencia tres categorías atendiendo a la relación que éstas presenten con respecto a la industria militar española. «Así denomina compensación directa a aquella que guarda relación directa con el suministro contratado por las Fuerzas Armadas. Por compensación semidirecta se entiende aquella que proviene del suministro contratado por el Ministerio de Defensa pero que produce un beneficio en otro sector de la industria. Por último existen las denominadas indirecta defensa e indirecta civil, en las que los beneficios de la compensación se producen respectivamente en sectores industriales distintos de los que han generado el contrato de suministro de los que traen causa». SANABRIA LUENGO, M., *La contratación exterior*… op. cit. pág. 111.

penalidades y su gestión es encomendada a diferentes organismos dependiendo de los países.

De esta forma, se obtienen algunas ventajas como la generación de capacidades industriales, la transferencia de tecnología y conocimiento, innovaciones de proceso, y la reducción de los movimientos de divisas para el pago del material, con un efecto positivo sobre la balanza de pagos. Sin embargo, este tipo de acuerdos puede tener un efecto adverso para el comprador si la industria es menos eficiente que el proveedor original.

Aunque los orígenes de estos acuerdos de offsets o compensaciones asociados a compras de material de defensa se remontan a finales de los años cincuenta, no es hasta mediados de los años ochenta cuando se extendieron hasta llegar a los más de cincuenta países que en 2008 demandaban acuerdos de compensaciones por compras de material de defensa[469].

España fue pionera en el empleo de las compensaciones industriales a partir de 1983, de la mano del programa F-18[470], que en su día fue el acuerdo más importante de

[469] Los acuerdos de ooffsets y su vigencia, 29/5/2008 https://www.infodefensa.com/es/2008/05/29/opinion-los-acuerdos-de-offsets-y-su-vigencia.php

[470] GARCÍA RUIZ ha realizado un estudio detallado del Acuerdo de compensaciones derivado de la adquisición por España de los aviones F-18, destacando la importancia que tuvo el mismo y que constituyó el comienzo de una doctrina de actuación por parte del Ministerio de Defensa de España en lo relativo a contrapartidas industriales asociadas a sus programas de adquisición, que se convirtió en un referente mundial en lo que se refiere a su gestión, control y resultados, tanto para países desarrollados como para países en vías de desarrollo señalando cómo «Los programas de compensaciones *offset* o contrapartidas industriales impulsados por nuestro Ministerio de Defensa han promovido unos impulsos tecnológicos de tal naturaleza que han facultado a nuestras industrias para poder participar como miembros de pleno derecho en programas de cooperación industrial internacional, con aporte de soluciones industriales y tecnológicas propias, acordes con los requerimientos de costo-eficacia (precio, plazo de entrega y calidad) y ostentando el papel de subcontratistas principales para numerosos paquetes de trabajo de tales programas, sustituyendo a compañías extranjeras muy relevantes que en el pasado reciente eran la única alternativa industrial existente»

Este Acuerdo de Compensaciones asociado a la compra por sistema FMS de 72 aviones F-18 A/B fue firmado el día 6 de julio de 1984y comprometía al fabricante de los aviones, la firma norteamericana MCAIR *(Donnell Douglas Aircraft Division)*, en la actualidad Boeing, a la generación de actividades económicas, industriales y tecnológicas en el tejido industrial español que alcanzasen un valor equivalente al del precio de los aviones, es decir, 1.543 millones de dólares estadounidenses en condiciones económicas de enero de 1981.

Tales actividades se tenían que desarrollar en un periodo de 10 años contados desde la fecha de la firma del mencionado Acuerdo, contándose con un periodo de gracia de otros tres años adicionales al iniciar una vez expirado éste.

El Acuerdo establecía cuatro categorías para las actividades de compensaciones:

– *Categoría A* que se refiere a actividades de compensación directamente relacionadas con los aviones adquiridos por España.

– *Categoría B* que se refiere a actividades de compensación relacionadas con otros aviones F-18 distintos de los españoles y con otras tecnologías aeroespaciales.

offsets abordado por la industria americana, y cuyo éxito ha supuesto que su Actualización Media de Vida (MLU) se ha llevado a cabo de forma totalmente autónoma por parte de la industria española y el Ejército del Aire, siendo la única nación, exceptuando Estados Unidos, que dispone de dicha capacidad.[471]

Los principales objetivos que se perseguían con política de compensaciones industriales, y que se alcanzaron en alta medida, consistían en la obtención de la autosuficiencia necesaria para apoyar los sistemas adquiridos durante su ciclo de vida, tanto en las Fuerzas Armadas como en la industria, la consolidación de sectores industriales estratégicos y la creación de una base industrial para promover la Cooperación Industrial Internacional.

Esta política se articulaba a través de los correspondientes Acuerdos de Cooperación Industrial[472], siendo la Dirección General de Armamento y Material el órgano competente para «Negociar y gestionar la cooperación industrial y las compensaciones derivadas de las adquisiciones en el exterior y controlar la transferencia de tecnología nacional a terceros países, así como evaluar, controlar y coordinar la obtenida como consecuencia de programas, acuerdos o convenios internacionales»[473]. Las

– *Categoría C* que se refiere a actividades de compensación que implican la utilización de tecnologías de interés para la defensa, distintas de las aeroespaciales.
– *Categoría D* que se refiere a actividades de compensación civiles en el campo de la exportación de productos españoles, inversiones en España, transferencias de tecnología a empresas españolas y turismo.
Además al menos, el 40% del total de las actividades de compensación desarrolladas por los Contratos Principales de Desarrollo, MDC *(Main Development Contract)*, debía ser realizado en transacciones que implicasen tecnologías características de países desarrollados. Asimismo, como mínimo el 10% del importe total a acreditar a MDC, tenía que corresponderse con transacciones que implicaran transferencia de tecnología. Por el contrario, el importe máximo a acreditar en actividades relacionadas con el turismo no podría superar el 10% del total del compromiso. Por último, el Acuerdo establecía que un mínimo del 17% del total debía realizarse en actividades encuadradas en *categorías A y B*.
GARCÍA RUIZ, M., «De las compensaciones a los programas de cooperación industrial internacional en el ámbito de defensa en España», *Documentos de Seguridad y Defensa 32 La Industria Española de Defensa en el ámbito de la cooperación internacional*, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010, págs. 13 a 27.

[471] GARCÍA RUIZ, M., "Beneficios de la cooperación industrial. Los programas del Ministerio de Defensa español y su futuro" en *Cuadernos de estrategia nº 154, la defensa del futuro: innovación, tecnología e industria,* Ministerio de Defensa, 2011, pg. 139-160.

[472] La Instrucción 375/2000, del Secretario de Estado de Defensa por la que se modifica la Instrucción número 61/1991, de 31 de julio, en relación con la contratación administrativa contemplaba la negociación de acuerdos de cooperación industrial y compensaciones asociados a las adquisiciones a suministradores extranjeros, con el fin de obtener unos adecuados retornos a las inversiones necesarias para tales adquisiciones. La actual Instrucción 27/2018 no hace referencia a la compensaciones.

[473] Esta competencia se introdujo por el Real Decreto 1883/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, y se ha mantenido en los sucesivos decretos de estructura hasta la supresión, a partir del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, de la referencia a las compensaciones.

Directivas de contratación de la Secretaría de Estado de Defensa números 91/1986 de 28 de noviembre y 61/1991 de 31 de julio, establecían la obligatoriedad de incluir estos acuerdos de compensación en los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los contratos de adquisiciones en el exterior, de tal modo que no se podrían firmar los correspondientes contratos si no se producen con anterioridad la realización de los mencionados acuerdos.

El citado Acuerdo se firma tanto en las compras de carácter comercial Ministerio-suministrador como en las compras gobierno a gobierno, tales como las FMS con Estados Unidos. Quien acepta la obligación es la compañía suministradora extranjera, sea contratista principal o sea subcontratista de una empresa española

Los principales términos y condiciones del ACI[474], negociados caso a caso, son los siguientes:

1. *Compromiso*. Es un porcentaje del valor del contrato a desarrollar por el suministrador extranjero en actividades económico-industriales para la industria y las Fuerzas Armadas.

2. *Periodo de cumplimiento*. En general deberá ser similar al del contrato de adquisición.

3. *Cláusula del ciclo de vida*. Se refiere a la aplicación automática de los términos y condiciones del Acuerdo a futuros contratos relacionados. Ello permite aligerar el trámite para dichos contratos y genera nuevas obligaciones de compensaciones y en consecuencia, garantiza la generación de actividades económico-industriales adicionales también asociadas al coste del ciclo de vida del sistema a adquirir.

Previamente, el Real Decreto 947/1984, de 9 de mayo, de desconcentración de facultades en materia de contratación administrativa en el Ministerio de Defensa ya había reconocido la importancia de atribuir esas facultades al Ministro de Defensa: «La experiencia derivada de la aplicación del Decreto 582 de 1978, de 2 de marzo, y sus posteriores modificaciones, aconsejan dictar un nuevo Real Decreto por el que no se desconcentren la totalidad de las atribuciones del Ministro. En efecto, las complejidades técnicas que el material de guerra moderno ha alcanzado y las relaciones internacionales que de ello se derivan, hacen necesario que, en materia de contratación, se aplique una política económica y técnica que, con el asesoramiento de los respectivos Estados Mayores y de la Dirección General de Armamento y Material posibilite que el Ministro realice una política de Estado en aquellos contratos en los que puedan y deban obtenerse o negociarse compensaciones tecnológicas, económicas, industriales o comerciales de interés para el desarrollo de la industria española. Por ello, la contratación, cada vez más importante, que se lleva a cabo con Gobiernos y empresas extranjeras ha de estar ponderada y coordinada con la política industrial de España, política que ha de estar reservada al Gobierno de la nación».

[474]GARCÍA RUIZ, M., «De las compensaciones a… op. cit., págs. 21 a 23.

4. *Hitos parciales*. Se establecen hitos parciales de cumplimiento de compromisos de cooperación industrial para asegurar un cumplimiento gradual.

5. *Categoría de actividades*. Se distingue entre las actividades directamente relacionadas con el objeto del contrato de adquisición y otras no relacionadas o indirectas. Igualmente se establecen umbrales mínimos y máximos a las distintas categorías.

6. *Cláusula de deflación*. La cláusula de deflación establece el crédito que corresponde a cada transacción realizada en el marco del Acuerdo y cuyo valor se refiere a las condiciones económicas de la fecha de entrada en vigor de ese ACI.

7. *Penalizaciones*. Se establecen penalizaciones económicas por incumplimiento:

– Liquidación de daños. La falta de cumplimiento del compromiso al final del periodo de cumplimiento conlleva una penalización en forma de liquidación de daños, pagadera al Tesoro Público, en forma de un cierto porcentaje del incumplimiento del compromiso total.

– Incremento del compromiso. La falta de cumplimiento de los hitos parciales conlleva un incremento del compromiso total, en forma de un cierto porcentaje del incumplimiento en el hito.

8. *Criterios de elegibilidad*:

– Describe de forma genérica las actividades que pueden ser aceptables o elegibles en el marco del Acuerdo. Se establecen y acotan las actividades permitidas.

– En una determinada transacción, dependiendo de su naturaleza, se puede considerar elegible su importe completo o se puede tomar exclusivamente en consideración el contenido o valor añadido nacional de la misma. En el segundo de los supuestos, del importe base de la transacción se descuenta el contenido no nacional, que no será tomado en consideración a efectos de descarga oficial de compromisos o acreditación.

9. *Categorías de actividades*. Se consideran tres tipos de categorías en los ACI:

– Actividades directas. Actividades directamente relacionadas con los servicios y/o sistemas objeto del contrato.

– Actividades semidirectas. Actividades directamente relacionadas con servicios y/o sistemas de la misma naturaleza que aquellos objeto del contrato, como la exportación de productos como consecuencia de las actividades directas.

– Actividades indirectas. Actividades relacionadas con otros servicios y/o sistemas de defensa de tecnología similar a aquellos objeto del contrato.

10. *Negociación conjunta ofertas y acuerdos*. El ACI debe estar negociado antes de la adjudicación, sea cual sea la modalidad de contratación a aplicar. Además, debería hacerse de forma coordinada y simultánea con la negociación de las ofertas. De hecho, para la negociación de un ACI se precisa tener información de los siguientes elementos:

– Contenido y alcance del suministro.

– Análisis tecnológico de las partidas que componen el mismo.

– Desglose de precios y fórmula de actualización.

– Calendarios de pagos y entregas.

– Requerimientos logísticos.

– Garantías exigidas.

En la actualidad, dichos acuerdos, que benefician especialmente a países compradores con industrias menos competitivas[475], están desapareciendo en el marco de la Unión Europea[476], que mantiene un criterio muy restrictivo por las distorsiones que pueden incluir en el mercado, siendo sustituidos por los programas cooperativos, los cuales se regulan por medio del concepto de «justo retorno», por el que cada país recibe carga de trabajo en función de lo que aporta al programa.

[475] Cuando Noruega contrató a Navantia la construcción de cinco fragatas, el Gobierno español se comprometió a efectuar en el país compras por el mismo valor del pedido, es decir, 1.100 millones de euros. https://www.lavozdegalicia.es/noticia/economia/2009/01/24/navantia-sella-pacto-comercial-noruega-eleva-opciones-contratar-nuevo-buque-logistico/0003_7481630.htm

[476] Según el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento de la Directiva 2009/81/CE relativa a la adjudicación de contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad de 15 de diciembre de 2016, COM(2016) 762 final/2, parece que los Estados miembros siguen usando en cierta medida los requisitos de compensación o contrapartida industrial si bien su frecuencia parece haber disminuido ligeramente y parece que existe la tendencia de abandonar las compensaciones de índole no militar indirectas.

Como señalan MARTIN CASARES y AMOR MORENO[477], el uso de offset es contrario a los objetivos de la UE para la consolidación y competitividad del sector, ya que no solo alteran la libre concurrencia e igualdad de oportunidades de los competidores dentro del mercado, sino que suponen una grave amenaza a la BITD europea por cuanto comportan una fuga de conocimiento en los contratos con transferencias a países no europeos.

De ahí que la directiva 2009/81/EC y su transposición a la LCSP en el ámbito de la defensa y la seguridad, limitan el establecimiento de compensaciones industriales, restringiendo el empleo de éstas a programas cooperativos, compras gobierno a gobierno o la invocación del art. 346 del TFUE.

No obstante, se observan todavía supuestos en los que se siguen utilizando las compensaciones industriales, tal y como destaca el Informe de la Comisión Europea de 2016 sobre el funcionamiento de la Directiva de contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad[478]:

> «Por último, otro factor para evaluar el funcionamiento del mercado es la práctica de las compensaciones o contrapartidas industriales. Según la información transmitida por el sector y los datos publicados por el Departamento de Comercio estadounidense, se puede concluir lo siguiente: parece que los Estados miembros siguen usando en cierta medida los requisitos de compensación o contrapartida industrial (probablemente al amparo del artículo 346 del TFUE); la frecuencia de estos requisitos parece haber disminuido ligeramente; y parece que existe la tendencia de abandonar las compensaciones de índole no militar indirectas. Cabe señalar también que algunas partes interesadas del sector han expresado su preocupación por la incertidumbre que suscita el uso práctico de los requisitos de compensación en determinados Estados miembros».

[477] MARTIN CASARES, G. y AMOR MORENO, M. E., «La política industrial de defensa… op. cit. pág. 55. https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/412/MART%C3%8DN%20CASARES%20y%20AMOR%20MORENO.pdf (Consultado el 12 de octubre de 2021).

[478] Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento de la Directiva 2009/81/CE relativa a la adjudicación de contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 73, apartado 2 Bruselas, de 17 de diciembre de 2016 COM(2016) 762 final/2 página 6.

Por el contrario, los países en vía de desarrollo están incorporándose al mercado de las compensaciones de la mano de sus programas de modernización. Colombia, Emiratos Árabes, Argentina y Kuwait son claros ejemplos de este impulso[479].Además, en muchos casos se está observando un resurgir de los offsets indirectos, ya que la falta de conocimiento previo de la industria nacional dificulta la transferencia de tecnología relacionada con los productos adquiridos[480].

I.6. Los Programas Especiales de Modernización[481].

Se denominan Programas Especiales de Modernización (PEA,s), aquellos programas que por su volumen económico, su complejidad industrial y su alto contenido tecnológico, suponen las más relevantes adquisiciones de sistemas de armas que realiza el Ministerio de Defensa y que, siendo esenciales para la modernización de las Fuerzas Armadas, contribuyen igualmente al fortalecimiento del tejido industrial español, para lo que requieren gran cantidad de recursos financieros.

Estos Programas tienen un carácter estratégico, ya que responden a las necesidades esenciales de la Defensa Nacional y, por consiguiente, a la propia soberanía, tal y como se ha venido analizando en el presente estudio, ya que a través de los mismos se pretende dotar a las Fuerzas Armadas de los mejores sistemas de armas, equipos e infraestructuras de apoyo para el cumplimiento de sus misiones. De este modo, sirven a las siguientes finalidades:

---

479 https://www.infodefensa.com/es/2008/05/29/opinion-los-acuerdos-de-offsets-y-su-vigencia.php (Consultado el 12 de octubre de 2021).

480 https://www.defensa.com/opinion/el-auge-del-offset-indirecto (Consultado el 12 de octubre de 2021).

481 Para el estudio de estos programas se ha atendido, especialmente, al análisis realizado por el General Muinelo, buen conocedor de la materia ya que fue Director General de Asuntos Económicos de 1996 a 2000, momento en el que se pusieron en marcha estos programas, y que se recoge en PÉREZ MUINELO, F., *El gasto de defensa en España 1946-2015*, Ministerio de Defensa, Secretaria General Técnica, Madrid, 2015. Asimismo, se ha utilizado el Informe del Tribunal de cuentas nº 1.155: Informe de fiscalización de la financiación extraordinaria de los programas especiales de armamento y material para las Fuerzas Armadas, ejercicios 2012, 2013 y 2014. Análisis especial de los programas de gestión internacional: EF2000, A400M, y Tiger, y de los programas de gestión nacional: BAM, Leopard y NH90.Disponible en: https://www.tcu.es/repositorio/6610226d-f618-45f6-a04d-190de245b9f8/I1155.pdf (Consultado el 12 de octubre de 2021)

a) Alcanzar un estándar operativo que permita responder y afrontar los riesgos y amenazas relativos a la defensa de la soberanía española.

b) Cumplir los compromisos adquiridos entre los Estados Miembros de la UE en desarrollo de la Política Común de Seguridad y Defensa para cumplir los cometidos enumerados en el Artículo 28 del Tratado de Lisboa.

c) Responder a los compromisos internacionales adquiridos por España contenidos en la Iniciativa de Capacidades de Defensa (DCI) de la OTAN, posteriormente redefinidos «Compromisos de las Capacidades de Praga».

Asimismo, tienen una notable incidencia en el ámbito industrial, ya que contribuyen al fortalecimiento de la base industrial y técnica de la Industria Nacional, particularmente de la Industria Nacional de Defensa. De este modo, como principales implicaciones desde el punto industrial y tecnológico, señala PÉREZ MUNIELO[482] las siguientes:

a. Desarrollarán tecnologías avanzadas e innovaciones que afectan a diversas áreas de conocimiento.

b. Son una fuente de difusión de tecnologías avanzadas a otros sectores industriales.

c. Generarán nuevos activos industriales y de servicios con excelentes perspectivas de futuro.

d. Contribuirán a la creación de empleo en sectores de futuro y con alto nivel de cualificación.

e. Contribuirán al impulso y al crecimiento de empresas nacionales integradoras, creadoras de alto valor añadido.

f. Facilitarán la cooperación y formación de alianzas estables entre empresas, bajo un programa común.

[482] PEREZ MUINELO, F. *El gasto de defensa*… op. cit. págs. 199 y 200. El autor destaca cómo, debido a estas características, estos programas tienen un importante efecto directo en términos de producción y empleo en la economía nacional. Se estima que en estos años han podido generar en España 34.000 empleos directos y 60.000 empleos indirectos e inducidos.

g. Posibilitarán la colaboración entre empresas públicas y privadas en programas de subcontratación.

h. Fomentarán el desarrollo de tecnologías de vanguardia propias, cuya difusión redundará en la mejora de la competitividad industrial.

i. Permitirán la adquisición de tecnología y dimensiones adecuadas para competir en los mercados globales.

j. Implican la participación de la Industria Nacional en consorcios internacionales de alto contenido industrial y tecnológico.

No obstante, dada su complejidad e impacto tecnológico, los mismos se caracterizan por los largos periodos que son necesarios para su definición y ejecución, así como por el gran volumen de recursos financieros que movilizan. De ahí que, desde el año 1996 y como consecuencia de las restricciones económicas existentes en ese momento[483], estos programas tengan un sistema de financiación propio, basado en el denominado «modelo alemán», que permite aplazar el pago y su contabilización en las cuentas públicas al momento de entrega del producto, basado en la concesión de anticipos reintegrables por el Ministerio de Industria a las empresas que desarrollan el programa y posterior pago de las unidades adquiridas con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa, momento en que el fabricante procede a la devolución de los anticipos.

Por consiguiente, en este modelo de financiación de los PEAs interviene tres sujetos diferencias: el Ministerio de Defensa, que actúa como órgano de contratación; el Ministerio de Industria, financiador total o parcial del contrato mediante anticipos reintegrables a la empresa adjudicataria, que se formalizan a tipo cero; y el Contratista Principal, adjudicatario del contrato. Los dos Ministerios, el de Defensa y el de Industria, suscriben, con carácter previo al arranque del programa, un acuerdo general por el que se formaliza su voluntad conjunta de desarrollar un programa de adquisición al que se le dotará de prefinanciación en el marco general de un apoyo a la consolidación del sector industrial de la defensa y el apoyo a procesos innovadores en materia tecnológica.

[483] PÉREZ FORNÍES, C., «Ocho claves para fomentar la industria de defensa en España» *eDossier nº 11*, IDS, Madrid, octubre de 2020, pág. 14.

De este modo, el esquema de financiación, que constituye una de las principales características de los PEA,s, sería el siguiente:

El Ministerio de Industria concede anticipos reintegrables a las empresas que deben ejecutar el programa (contratistas principales). Estos anticipos se imputan al Capítulo VIII de su presupuesto (activos financieros) dentro de la función 46 (investigación y desarrollo). La concesión del anticipo o préstamo se realiza mediante un convenio que suscribe el Ministerio de Industria con la empresa adjudicataria del contrato. Los contratistas principales reciben el préstamo, lo que les permite iniciar, sin coste financiero alguno, la ejecución del contrato (generalmente iniciando fases de I+D, que en muchas ocasiones no son sino transferencias basadas en desarrollos e innovaciones tecnológicas procedentes de otros países). Los fondos del anticipo se van liberando progresivamente, según un calendario que responde generalmente a determinadas actividades industriales necesarias para la correcta ejecución del contrato.

Los sistemas de armas contratados se entregan al Ministerio de Defensa, según un calendario previamente definido que casi siempre, y por muy diversas circunstancias, es objeto de modificación. El Ministerio a medida que recibe las unidades contratadas, y por tanto de forma diferida, paga las adquisiciones al contratista principal con cargo a su Capítulo VI (inversiones reales) programa 122-B (Programas Especiales). El contrato de obra mediante el abono total del precio, unido a la posibilidad de pagos aplazados contenida en la Ley General Presupuestaria, es lo que permite al Ministerio diferir el pago y distribuir la carga financiera en el tiempo.

Finalmente, las empresas adjudicatarias devuelven al Tesoro Público los anticipos recibidos del Ministerio de Industria según unos calendarios pactados y a medida que reciben los pagos comprometidos del Ministerio de Defensa.

La financiación del Ministerio de Industria cubre en algunos casos hasta la totalidad del precio del contrato. En este caso los pagos que realiza Ministerio de Defensa serán destinados por el contratista a la devolución de los anticipos recibidos, si bien, en ocasiones la financiación de Industria no cubre la totalidad del precio, de modo que parte de los desembolsos del Ministerio de Defensa sirven también para terminar de financiar el coste del programa, de manera que lo más habitual es que durante determinados ejercicios económicos, en los programas exista una doble vía de financiación, por una parte la del Ministerio de Industria, y por otra parte la del Ministerio de Defensa.

Por otra parte, en los casos en que interviene una Agencia Internacional en la gestión del Programa (Programa EF-2000 gestionado por la agencia NETMA, y programas A-400M y Tigre gestionados por la Agencia OCCAR), el procedimiento, aunque similar, es algo más complejo como consecuencia de la intervención de un sujeto más, la Agencia, así como por la creación, en estos supuestos, de consorcios que adoptan la forma jurídica de agrupaciones de interés económico, integradas por las industrias españolas participantes en los Programas[484].

En estos casos, las principales diferencias son que el pago del anticipo se realiza en la cuenta corriente que el consorcio designe, de manera que los pagos que haya que realizar en las primeras fases del Programa se materializarán con estos fondos. Por su parte, el pago por el Ministerio de Defensa se realiza a la Agencia (NETMA u OCCAR). La Agencia a su vez remitirá estas cantidades a los consorcios, quienes finalmente, una vez lo reciban, procederán a ingresarlo en el Tesoro Público.

Gracias a este sistema de financiación, estos programas han contribuido decisivamente a la modernización y a la profesionalización de las Fuerzas Armadas y han permitido generar capacidades industriales y tecnológicas, de las que España carecía antes del proceso, evitando la dependencia tecnológica de otros países, por lo que tienen una componente claramente estratégica al aumentar la libertad de acción y la seguridad del suministro[485] al tiempo que han permitido crear puestos de trabajo de alta cualificación y un importante retorno productivo al incorporar las tecnologías desarrolladas a la industria civil así como incrementar la competencia de las empresas de cara a la exportación.

No obstante, dicho programas no han estado exentos de problemas derivados de importantes desviaciones respecto de los techos financieros inicialmente aprobados[486], las necesidades presupuestarias añadidas derivadas de la operación y sostenimiento de los sistemas, así como de las dificultades durante la crisis económica para hacer frente a los

[484]Consorcio Español para el Desarrollo Industrial del Programa Eurofighter 2000 (CEDIEF A.I.E). Forman parte de este consorcio sectorial Airbus Military e Industria de Turbopropulsores, S.A.
Consorcio Español para el Desarrollo Industrial del Programa Tigre (CEDIT, A.I.E).
En el caso del A-400M, al haber únicamente una empresa contratista, Airbus Military S.L., no se formalizó ningún consorcio.

[485] GARCÍA MONTAÑO, J.M. «La política industrial… op. cit. págs. 122 y ss.

[486] Estas desviaciones pueden responder, bien a la falta de precisión en las estimaciones presupuestarias iniciales, bien por no considerar la totalidad de los costes vinculados al programa de obtención, así como por los incrementos generados por las revisiones de precios, las modificaciones contractuales o el efecto de las partidas cuyo importe quedó abierto a la firma del contrato, por la incertidumbre existente para fijar su precio en esa fecha.

pagos y que llevó al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucionales los reales decreto leyes aprobando créditos extraordinarios en 2014 y 2015[487]. Asimismo, otras de las dificultades que se derivan de los mismos es que, de acuerdo con el principio del devengo, la recepción de equipos y sistemas va a impactar directamente sobre el déficit público, cuando este está por encima de las cantidades definidas en los Presupuestos Generales del Estado, por lo que en los momentos en que es necesario controlar y reducir el déficit público, como ocurrió tras a partir de la crisis de 2008, puede producirse la situación no deseada de que, estando determinado material disponible para poder ser utilizado, no pueda ser recepcionado, pues ello implicaría sobrepasar el límite establecido del déficit del Estado, tal como ocurrió con las Fragatas F-105[488].

En el momento actual se prevé un notable incremento de los pagos a realizar en los próximos años como consecuencia de las sucesivas recepciones que se vayan realizando por el Ministerio de Defensa, lo que podría lastrar los desarrollos de nuevas capacidades.

Asimismo, en diciembre de 2018, el Consejo de Ministros aprobó un Plan de Modernización de las Fuerzas Armadas con un compromiso de gasto de más de 12.000 millones de euros[489] y que alcanzará hasta 2032, lo que requerirá que se doten las

[487] STC (Pleno) 126/2016 de 7 julio de 2016 y STC (Pleno) 169/2016 de 6 octubre de 2016.

[488] PEREZ MUINELO, F. *El gasto de defensa*… op. cit. pág. 206. Destaca el General Munielo los efectos negativos que se derivan de retrasar la recepción para evitar la imputación en déficit: «La imputación a déficit público se realiza en el momento de la puesta a disposición de los equipos y sistemas a Defensa. Por ello el Ministerio de Defensa ha realizado, conjuntamente con el Ministerio de Hacienda, las oportunas gestiones para desplazar / retrasar en el tiempo la recepción de los mismos, forma de atenuar en lo posible el impacto en el déficit público. Este hecho perjudica sobremanera los PEA's. La demora en la recepción de los equipos aumenta la obsolescencia de los mismos y por tanto la necesidad de mayores recursos financieros para mantener aquellos que se van a sustituir, además de mantener recursos ociosos, con el coste que ello implica. Y el problema a medio/largo plazo es evidente: tengamos o no los recursos financieros para la adquisición de los PEA's, mientras la crisis económica no permita abandonar el déficit público no se va a poder disponer de los elementos que conformen nuestras capacidades militares necesarias para la Defensa Nacional».

[489] Incluye la adquisición de las nuevas fragatas F-110 y vehículos blindados VCR 8x8, la modernización del avión de combate Eurofighter, la compra de helicópteros NH 90, la elevación del techo de gasto para el programa del submarino S 80, la modernización de los helicópteros Chinook y la renovación de los satélites de comunicaciones militares. Estos nuevos programas se añaden a los PEA´s que ya habían sido aprobados: Fragatas F-100, Avión Eurofighter 2000, Carro de combate Leopardo, Avión A-400M, Submarino S-80, Vehículo Pizarro II Fase, Buque de Proyección Estratégica LHD, Helicóptero de ataque Tigre, Misil Iris-T, Buque de Aptrovicionamiento de Combate (BAC), Obús Rema 155/52, Misil Taurus, Fragata F-105, Buque de Acción Marítima (BAM), Misil Spike-LR, Helicópetro NH-90, Helicóptero Cougar de transporte (UME), Avión apagafuegos Bombardier (UME), Nodos CIS desplegables, Helicóptero EC-135.

correspondientes partidas presupuestarias, que deberán añadirse a los compromisos pendientes.

CAPÍTULO CUARTO.

LOS INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS PARA LA ORGANIZACIÓN DE LA DEFENSA NACIONAL

I.- INSTRUMENTOS DE CARÁCTER ECONÓMICO.

I.1. El presupuesto de defensa.

El Derecho Presupuestario puede definirse como como el conjunto de normas que regulan el gasto público, sujeto a los principios constitucionales de eficiencia, economía, justicia y legalidad, que resultan del artículo 32.1 de la Constitución, así como al principio de estabilidad presupuestaria introducido por la reforma constitucional de 2011. Dentro del régimen jurídico del gasto público, el instrumento fundamental es, por tanto, el Presupuesto, que NEUMARK definió como el «resumen sistemático, confeccionado en periodos regulares de las previsiones, en principio obligatorias, de los gastos proyectados y de las estimaciones de los ingresos previstos para cubrir dichos gastos»[490] y que debe ajustarse los principios de competencia, anualidad, universalidad, especialidad, no afectación que se derivan del artículo 134 del texto constitucional[491].

Desde la perspectiva de la defensa nacional, las principales especialidades que se derivan en materia presupuestaria no son tanto jurídicas como políticas y económicas, derivadas del alto coste de los productos de defensa como del largo tiempo que se necesita para su obtención, así como a la necesidad de tener en cuenta no sólo el coste de obtención, sino también el que se incurrirá como consecuencia de su uso, mantenimiento y modernización, es decir, la necesidad de tener en cuenta todo el ciclo de vida del producto.

Sin embargo, coincidimos con FONFRÍA en que una de las debilidades que tradicionalmente han aquejado a la función de defensa que desarrolla el Estado en España es la falta de recursos destinados a ella. En toda política pública, los recursos deberían

[490] Citado por FERREIRO LAPATZA, *Curso de Derecho Financiero Español*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pág. 288.
[491] CALVO ORTEGA, R., *Curso de Derecho Financiero*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2011.

corresponderse con los objetivos marcados desde los diferentes Gobiernos así como permitir la necesaria continuidad en ciertas políticas que se consideran de Estado, como la política exterior o la de defensa, lo que requeriría cumplir con dos premisas: mantener una línea coherente de largo plazo y consensuada sobre la actividad, imagen, posición, cumplimiento de compromisos y participación en organismos internacionales, y dotar de los recursos necesarios para alcanzar dicho nivel de ambición. De la combinación de ambos aspectos se deriva el orden de prioridad de una política dentro del conjunto de las que ha de desarrollar un Gobierno que, en el caso de la defensa nacional, y pese a la trascendencia de dicha función[492], debemos igualmente coincidir con el profesor FONFRÍA en que el orden de prioridad es muy reducido ya desde los años 90[493].

Desde la perspectiva jurídica, al objeto de cumplir con los principios enunciados, se requeriría que los gastos correspondientes, así como los ingresos necesarios para hacerles frente, se encuentren debidamente recogidos en el presupuesto anual, así como que los mismos respondan a una adecuada planificación plurianual, ya que, en la mayoría de los supuestos, nos encontramos con compromisos de gasto de carácter plurianual que van a afectar a un elevado número de ejercicios. No obstante, tal y como se analizará en el presente apartado, las reglas que rigen el gasto público no siempre se aplican adecuadamente en el ámbito de la defensa, y ante la insuficiencia de la asignación

[492] Ya hemos visto en el Capítulo I la transcendencia política y jurídica de la defensa nacional, y en el Capítulo II la trascendencia económica del mercado de la defensa. Desde esta última perspectiva, en cuanto justificación del gasto público, me parece importante destacar lo manifestado, en otra de sus obras, por el profesor FONFRíA, que partiendo de los razonamientos utilizados por Adam Smith en la "Riqueza de las Naciones" (1776), quien consideraba que la defensa es de mayor importancia que la opulencia, ya que la disuasión es la mejor forma de mantener relaciones pacíficas entre las naciones bajo un sistema de libre comercio, considera que la necesidad de gastar en defensa proviene de la importancia de generar efectos disuasorios como mecanismo de prevención de posibles conflictos que reducirían el nivel de renta y bienestar de los países. [492] FONFRÍA MESA, A., «Industria de Defensa… op. cit. pág. 247.

[493] FONFRÍA MESA, A., «La adquisición de sistemas y su financiación: problemas y algunas soluciones» *Cuadernos de Estrategia 175 Industria Española de Defensa: Riqueza, tecnología y seguridad*, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid,2015. pág. 189. Asimismo, estudiando la evolución del presupuesto de defensa desde los años 90, constata cómo la pérdida de valor del presupuesto inicial asignado al Ministerio de Defensa resulta evidente, así como su pérdida de peso tanto con relación al PIB como al conjunto de los Presupuestos Generales del Estado. Así, respecto del valor 100, el presupuesto inicial de Defensa en 2013 se ha reducido a casi la mitad con relación al valor de 1990. No obstante, teniendo en cuenta el gasto final —sin consolidar los Organismos Autónomos dependientes de Defensa—, la reducción en el mismo año se queda en un 38%. EN cuanto a sus consecuencias, concluye que «En definitiva, una reducción presupuestaria de las características expuestas implica un importante descenso del nivel de operatividad de las Fuerzas Armadas, ya que genera efectos de derrame en otras funciones, como la formación, horas de vuelo o de mar, sostenimiento de sistemas, adquisición de otros nuevos, etcétera. Adicionalmente, en términos temporales los efectos de las reducciones presupuestarias son acumulativos, de manera que su recuperación no es automática con nuevos incrementos económicos, sino que requiere de un tiempo más dilatado para situarse en el nivel desde el cual se partía».

presupuestaria ha sido necesario recurrir a vías alternativas de financiación se apartan de los principios que rigen la realización de los presupuestos, lo que origina importantes distorsiones y perjudica a las capacidades militares.

Dotar a las Fuerzas Armadas de las capacidades que requieren obliga a los países a realizar importantes inversiones, tanto en personal como en la obtención de plataformas y sistemas de armas, así como en su mantenimiento. No obstante, en los últimos años, especialmente a partir de la crisis económica de 2008[494], el presupuesto de defensa en España se ha visto reducido notablemente y si bien en estos últimos años ha experimentado un leve incremento hasta llegar a los 9.411 millones de euros para el año 2021 (lo que supone un incremento del 4,64% respecto de los PGE de 2018), los sucesivos JEMAD en sus comparecencias ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados han venido poniendo de manifiesto la incidencia de dicha reducción en la operatividad de las Fuerzas Armadas, llegando a calificarse la situación como «crítica»[495], siendo el presupuesto, pese a dicho incremento, insuficiente para atender a todas sus necesidades, como el necesario adiestramiento de la Fuerza o el mantenimiento del material disponible[496]. De cara a los Presupuestos de 2022, el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado aprobado por el Consejo de Ministros del pasado 7 de octubre prevé un incremento de 502 millones de euros para los Programas Especiales de

[494] 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. PÉREZ MUINELO, F., JIMÉNEZ BASTIDA, J.L. y MARTÍN CASARES, G. *Análisis de los Presupuestos en Defensa y Seguridad de España en 2017*. IDS, Madrid, 2017, pág. 22.

[495] Comparecencia DEL SEÑOR JEFE DEL ESTADO MAYOR DE LA DEFENSA, JEMAD (ALEJANDRE MARTÍNEZ) ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados del 16 de abril de 2018 al objeto de informar sobre temas relativos al proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019 (DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS COMISIONES Año 2018 XII LEGISLATURA Núm. 482). https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/CO/DSCD-12-CO-482.PDF (Consultado el 13 de octubre de 2021)

Comparecencia DEL SEÑOR JEFE DEL ESTADO MAYOR DE LA DEFENSA, JEMAD (ALEJANDRE MARTÍNEZ) ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados del 9 de enero de 2019 al objeto de informar sobre temas relativos al proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019 (DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS COMISIONES Año 2019 XII LEGISLATURA Núm. 718) https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/CO/DSCD-12-CO-718.PDF (Consultado el 13 de octubre de 2021).

Estas ideas se desarrollan en ALEJANDRE MARTÍNEZ, F. *Rey servido y patria honrada. Una visión de la defensa de España.* Deusto, Barcelona, 2022.

[496] Comparecencia DEL SEÑOR JEFE DEL ESTADO MAYOR DE LA DEFENSA, JEMAD (VILLARROYA VILALTA) ante la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados del 5 de noviembre de 2020 al objeto de informar sobre temas relativos al proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019 (DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS COMISIONES Año 2020 XIV LEGISLATURA Núm. 205 Pág. 1). https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-205.PDF (Consultado el 13 de octubre de 2021)

Modernización (PEA,s), que eleva el total previsto para su financiación en dicho ejercicio a los 2848 millones de euros, lo que implica un incremento del 21,6% en dicha partida, que unido al incremento de 3,4% destinado a personal, implica un crecimiento del presupuesto de defensa de un 7,86%, hasta alcanzar los 10.152 millones de euros[497], cifra que en la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 apenas ha sufrido modificaciones.

I.2. La improcedencia de acudir al Real Decreto Ley para financiar los Programas Especiales de Modernización.

La crisis económica originada en 2007 y las medidas de control del gasto público y del déficit público que tuvieron que adoptarse, incluida la modificación de la Constitución en 2011 para incluir el principio de estabilidad presupuestaria en el artículo 135, implicaron una importante reducción en los presupuestos de defensa que incidieron notablemente en el pago de los Programas Especiales de Modernización (PEA´s) e impidieron atender los correspondientes compromisos de pago en 2010 y 2011.[498]

Esto supuso que en el ejercicio 2012, ante la imposibilidad de atender los compromisos de pago asociados a estos Programas dada la insuficiencia de los créditos

[497] https://www.infodefensa.com/texto-diario/mostrar/3226441/defensa-contara-2022-500-millones-euros-programas-armamento (Consultado el 13 de octubre de 2021).

[498] Tal y como se recoge en el Informe del Tribunal de Cuentas relativo a la fiscalización de la financiación extraordinaria de los programas especiales de armamento y material para las Fuerzas Armadas, ejercicios 2012, 2013 y 2014., el Ministerio de Defensa justifica esta situación de la siguiente forma: «Durante la IX legislatura, los presupuestos del Ministerio de Defensa del estado habían sufrido reducciones, que en lo referente a los programas especiales de armamento (en la Ley de Presupuestos bajo el programa 122B-Programas Especiales de Modernización) según se indica a continuación:
- En el ejercicio 2009 se presupuestaron 707,6 millones de euros (M€) y en la programación plurianual se contemplaban 732,7 M€ para 2010; 766,3 M€ para 2011 y 1.046,3 M€ para 2012.
- En el ejercicio 2010 se presupuestaron tan solo 333,7 M€ (frente a los 707,6 M€ previstos), con una programación plurianual de 821,4 M€ para 2011; 1.058,6 M€ para 2012 y 1.318,4 M€ para 2013.
- En el ejercicio 2011 se presupuestaron 204,5 M€ (frente a los 821,4 M€ previstos), reduciendo drásticamente la programación plurianual para los siguientes ejercicios: 184,9 M€ para 2012; 162,5 M€ para 2013 y 224,6 M€ para 2014.
Sin embargo, esas dramáticas reducciones no fueron acompañadas de modificaciones de los compromisos contraídos con organizaciones internacionales ni con la industria nacional. (…)»
Informe del Tribunal de cuentas nº 1.155: Informe de fiscalización de la financiación extraordinaria de los programas especiales de armamento y material para las Fuerzas Armadas, ejercicios 2012, 2013 y 2014. Análisis especial de los programas de gestión internacional: EF2000, A400M, y Tiger, y de los programas de gestión nacional: BAM, Leopard y NH90, p.20. Disponible en:
https://www.tcu.es/repositorio/6610226d-f618-45f6-a04d-190de245b9f8/I1155.pdf (Consultado el 12 de octubre de 2021)

presupuestarios consignados, el Ministerio de Defensa solicitara, conforme al artículo 55 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, un crédito extraordinario por importe de 1.782.770.890 euros que permitiera dar cobertura a sus obligaciones con la industria nacional y con los consorcios internacionales derivados de los programas especiales de armamento, y cuya financiación se realizaría mediante Deuda pública.

Paralelamente, con el fin de atender los compromisos adquiridos y adecuarlos al nuevo escenario presupuestario, el Ministerio de Defensa impulsó una reprogramación de los PEA´s con el fin de reducir los compromisos adquiridos a medio y largo plazo, para lo cual elaboró un plan de actuaciones que contemplaba la reducción de unidades, aplazamientos de las entregas, renegociación de condiciones y venta de material[499].

Para la concesión de dicho crédito se aprobó el Real Decreto-ley 26/2012, de 7 de septiembre, por el que se concede un crédito extraordinario en el presupuesto del Ministerio de Defensa para atender al pago de obligaciones correspondientes a programas especiales de armamento por entregas ya realizadas, en cuya justificación se vinculan ambas iniciativas ya que, por un lado, la falta de atención de los compromisos de pago tendría importantes consecuencias negativas en la industria de defensa[500] y en las capacidades operativas de las Fuerzas Armadas, al tiempo que perjudicaría la imagen de España (en concreto, en el Preámbulo del real decreto-ley se identifican como consecuencias las siguientes: pérdida de empleos altamente cualificados y de capacidad exportadora de nuestra industria; colapso financiero de los programas internacionales y

[499] La aprobación de la reprogramación, resultado de largas negociaciones que se prolongaron durante más de un año, se materializó finalmente el 2 de agosto de 2013.

[500] El informe del Tribunal de nº. 1155 recoge la siguiente explicación del Ministerio de Defensa respecto del impacto en la Industria de Defensa: «El tejido industrial de las empresas de defensa se estaba deteriorando debido a la congelación de los pagos derivados de las obligaciones contractuales, y se estaba poniendo en riesgo un elevado número de puestos de trabajo de alto contenido tecnológico, además de la propia credibilidad de la nación con nuestros aliados.
Es importante destacar que, según un estudio del Laboratorio de Transferencia en Economía Aplicada de la Universidad de Barcelona , la actividad del Ministerio de Defensa efectúa una contribución al PIB del 1,15%, origina una recaudación tributaria cercana a los 4.000 millones de euros y contribuye a la ocupación laboral con más de 310.000 empleos. Por poner un ejemplo concreto, la actividad del sector aeronáutico dedicado a helicópteros en Castilla la Mancha, creado gracias a los programas especiales de armamento, aporta el 2,5% del PIB de la Comunidad».
Informe del Tribunal de Cuentas nº 1.155: Informe de fiscalización de la financiación extraordinaria de los programas especiales de armamento y material para las Fuerzas Armadas, ejercicios 2012, 2013 y 2014. Análisis especial de los programas de gestión internacional: EF2000, A400M, y Tiger, y de los programas de gestión nacional: BAM, Leopard y NH90, p.20. Disponible en:
https://www.tcu.es/repositorio/6610226d-f618-45f6-a04d-190de245b9f8/I1155.pdf (Consultado el 12 de octubre de 2021)

consecuente deterioro de la imagen de España; limitación de nuestra capacidad para participar en las misiones internacionales). Asimismo, en relación con la reprogramación, se indica claramente que para su consecución es imprescindible proceder al previo pago de las cantidades adeudadas, ya «que es requisito indispensable para reforzar la imagen de España como socio fiable en los consorcios internacionales y permite plantear a las industrias acuerdos globales con planes de viabilidad industrial a futuro».

En cuanto las razones de extraordinaria y urgente necesidad que justifican la concesión del crédito extraordinario mediante real decreto-ley, vendrían determinadas, atendiendo a las razones anteriormente expresadas, por «la exigencia de atender al pago de obligaciones que ineludiblemente debe satisfacer la Administración y la necesidad de no demorar su abono para no causar perjuicios a terceros afectados».[501]

En los años sucesivos, dentro del mismo marco de crisis económica, se siguió utilizando el mismo sistema, aprobando anualmente reales decretos-ley para la concesión de los correspondientes créditos extraordinarios[502]. No obstante, en estas ocasiones, algunos grupos parlamentarios, que ya habían criticado en 2012 y en 2013 el recuso a la figura del real decreto ley eludiendo el correspondiente debate parlamentario[503], optaron

[501] Como explicó en su comparecencia en el trámite de convalidación parlamentaria el Ministro de Defensa (Morenés Eulate), la extraordinaria urgencia y necesidad quedaban plenamente justificadas, ya que se arrastraban atrasos de años anteriores y en el momento del trámite ordinario de los Presupuestos que habían sido aprobados poco antes (el 29 de junio) no se podían determinar las cantidades que se iban a tener que abonar, hasta que se cerrasen las correspondientes negociaciones con las empresas y entre los ministerios, razón por la cual se había incluido una partida de algo menos de 5 millones de euros para programas especiales de armamento en los presupuestos generales del año 2012. Por ello, una vez determinado el importe de los pagos que se debían realizar, los problemas asociados a los impagos, tanto para el erario público como para la industria, justificaban que inmediatamente después del momento en que se habían cerrado los acuerdos se emplee la vía más rápida posible para evitar el daño que causaría un nuevo retraso en la tramitación
https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-60.PDF#page=16 (Consultado el 13 de octubre de 2021)

[502] - Real Decreto-ley 10/2013, de 26 de julio, por el que se conceden créditos extraordinarios en los presupuestos de los Ministerios de Industria, Energía y Turismo y de Defensa y suplementos de crédito para atender obligaciones del Servicio Público de Empleo Estatal.
- Real Decreto-ley 10/2014, de 1 de agosto, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Defensa y de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.
- Real Decreto-ley 7/2015, de 14 de mayo, por el que se conceden créditos extraordinarios y un suplemento de crédito por importe de 856.440.673,35 euros en el presupuesto del Ministerio de Defensa, para atender al pago de obligaciones correspondientes a Programas Especiales de Armamento y a la realización de otras actuaciones del Departamento

[503] El Real Decreto-ley 26/2012, de 7 de septiembre, fue convalidado con 176 votos a favor y 151 en contra. El de 2013 por 185 a favor, 15 en contra y 130 abstenciones.

por la interposición de los correspondientes recursos de inconstitucionalidad en los ejercicios de 2014 y 2015.

El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 126/2016, de 7 de julio[504] y 169/2016, de 6 de octubre[505], analizando la situación, consideró que la especialidad de los programas especiales de armamento había generado «una práctica legislativa para abordar su financiación que debe calificarse, al menos, como singular», y que «el pago de estos programas a través de la figura del decreto-ley se ha convertido en una práctica habitual» y declaró la inconstitucionalidad de los mismos, no porque no fuera procedente su concesión, sino por no concurrir el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad que, conforme al artículo 86 de la Constitución, legitiman el recurso por el gobierno a la figura del real decreto ley, ya que la necesidad de proceder a un pronto pago una vez conocida la cuantía final líquida de la obligación contraída «puede considerarse constitutivo de un motivo genérico de urgencia pero no de una situación de extraordinaria necesidad», concluyendo que «La especial financiación de los programas de defensa aquí analizados puede justificar la utilización del crédito extraordinario al margen de la programación presupuestaria normal. Pero ese carácter extraordinario bien podría vehicularse a través de la ley y no indefectiblemente mediante el Real Decreto-ley cuyo uso legítimo se halla restringido por la Constitución. En definitiva, por lo que se ha expuesto, resulta que el recurso sistemático al decreto-ley como forma jurídica de vehiculares créditos extraordinarios para financiar los programas especiales de armamento no se ajusta a las previsiones constitucionales contenidas en el art. 86.1. CE».

Asimismo, el Tribunal de Cuentas, en su Informe de fiscalización de la financiación extraordinaria de los programas especiales de armamento y material para las

[504] Sentencia 126/2016, de 7 de julio (BOE núm. 192, de 10 de agosto de 2016) En el recurso de inconstitucionalidad núm. 6524-2014 interpuesto por más de cincuenta diputados, integrantes de los Grupos Parlamentarios Socialista; IU, ICV-EUIA, CHA: La Izquierda Plural; y Unión Progreso y Democracia, contra el art. 2.1 del Real Decreto-ley 10/2014, de 1 de agosto, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto de los Ministerios de Asuntos Exteriores y Cooperación, de Defensa y de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente por vulneración del art. 86.1 CE por la falta de concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad.

[505] Sentencia 169/2016, de 6 de octubre (BOE núm. 276, de 15 de noviembre de 2016) En el recurso de inconstitucionalidad núm. 3925-2015 interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso contra el art. 1.1 del Real Decreto-ley 7/2015, de 14 de mayo, por el que se conceden créditos extraordinarios y un suplemento de crédito por importe de 856.440.673,35 € en el presupuesto del Ministerio de Defensa, para atender al pago de obligaciones correspondientes a programas especiales de armamento y a la realización de otras actuaciones del Departamento.

Fuerzas Armadas, ejercicios 2012, 2013 y 2014[506], critica, no ya el hecho de que se acudiera a la figura del real decreto ley, sino el propio recurso a la concesión de créditos extraordinarios.

En dicho Informe el Tribunal de Cuentas se muestra en exceso crítico con este sistema en dos aspectos que considero necesario resaltar. En primer lugar, porque al igual que veremos posteriormente al analizar el recurso al Fondo de Contingencia, el recurso sistemático a las modificaciones presupuestarias como forma de financiación pueden generar notorios inconvenientes al órgano gestor: «El uso excesivo de la figura de la modificación presupuestaria ha sido ampliamente criticado por el Tribunal de Cuentas desde la perspectiva de los problemas que la falta de dotación inicial en los créditos genera al gestor de fondos públicos (la insuficiencia del crédito inicial implica que durante diferentes periodos de tiempo de cada ejercicio presupuestario, no se disponga de los recursos necesarios para atender las necesidades existentes y se tienda a utilizar transitoriamente otros créditos realizándose posteriormente las oportunas rectificaciones lo que da lugar a una gestión presupuestaria laboriosa y confusa, además de formalmente irregular), como desde una dimensión competencial. Y ya desde tiempo más reciente, el control sobre las modificaciones debe intensificarse desde la perspectiva de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera. […]»

Y en segundo lugar, por otra razón que es igualmente común al uso del Fondo de Contingencia para financiar las Operaciones de Mantenimiento de la Paz (OMP), porque no procede el recurso a dichas modificaciones cuando se trata de necesidades que son conocidas en el momento de elaborar y aprobar los Presupuestos Generales del Estado:

> «En relación con lo anterior debe ponerse de manifiesto que la situación jurídico financiera de los PEAs no era, ni es, en absoluto desconocida ni imprevisible, sino todo lo contrario. Este tipo de programas se planifican y desarrollan a largo plazo (en muchos casos se trata de desarrollos que se inician a finales de la década de los 90 y principios de la siguiente) e implican la asunción de compromisos contractuales concretos, tanto a nivel nacional como internacional, planificados

[506] Informe del Tribunal de Cuentas nº 1.155: Informe de fiscalización de la financiación extraordinaria de los programas especiales de armamento y material para las Fuerzas Armadas, ejercicios 2012, 2013 y 2014. Análisis especial de los programas de gestión internacional: EF2000, A400M, y Tiger, y de los programas de gestión nacional: BAM, Leopard y NH90, p.22. Disponible en: https://www.tcu.es/repositorio/6610226d-f618-45f6-a04d-190de245b9f8/I1155.pdf (Consultado el 12 de octubre de 2021)

en el tiempo y autorizados por el Consejo de Ministros (Anexo II: Acuerdos del Consejo de Ministros sobre reprogramación de PEAs).

Esta circunstancia es tenida en cuenta por el Ministerio de Defensa a la hora de elaborar su proyecto de Presupuesto anual (Anexo III: Créditos solicitados por el MINISDEF y los obtenidos como crédito inicial 2011-2015) en el que solicita las cuantías necesarias para satisfacer sus compromisos conocidos, año tras año, si bien, a la vista de la sucesivas Leyes de Presupuestos desde 2012, no se dotan en el presupuesto inicial.

La financiación a través de créditos extraordinarios y suplementarios de la rúbrica 14.030122B.65 de los Prepuestos Generales del Estado desde 2012 se ha convertido en una situación presupuestaria estructural contraria a los principios de la planificación y la estabilidad presupuestaria, en defecto de una presupuestación realista ajustada a los compromisos de sobra conocidos, como es obvio a la luz de los sucesivos Acuerdos de Consejo de Ministros de reprogramación financiera de los PEAs y de las propuestas de anteproyecto de presupuesto remitidas al Ministerio de Hacienda por el Ministerio de Defensa».

Por último, en relación con los créditos extraordinarios para programas especiales de armamento, critica asimismo el recurso a la Deuda pública para su financiación, ya que al tratarse de créditos para operaciones no financieras y de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Ley General Presupuestaria, deberían financiarse con cargo al Fondo de Contingencia o con baja en otros créditos adecuados, pero no con cargo a Deuda pública[507].

[507] «El Ministerio de Hacienda en sus alegaciones, en las que no da explicación alguna sobre la falta de inclusión de las necesidades presupuestarias en materia de programas especiales de armamento en los presupuestos iniciales para los ejercicios 2012, 2013 y 2014 a pesar de ser necesidades conocidas y solicitadas por el Ministerio de Defensa (ver anexo III), justifica la financiación con Deuda pública de estos créditos extraordinarios principalmente en que estas emisiones no impactan en déficit puesto que las obligaciones que debían atenderse estaban ya registradas en Contabilidad Nacional (ejercicio 2012) y en que estas obligaciones que atendían era discrecionales y previsibles, de modo que no podía acudirse al Fondo de contingencia (2013 y 2014).
El Consejo de Estado se ha mostrado cambiante en su justificación de la financiación vía deuda pública de los créditos extraordinarios para el pago de los PEAs. En 2012 se justifica esta vía financiera entendiendo que "aun cuando las operaciones que se encuentran en la base del crédito extraordinario propuesto son de naturaleza no financiera, con el crédito extraordinario previsto se trata de atender obligaciones económicas por entregas ya efectuadas, que, en consecuencia, no reducen la capacidad de financiación del Estado en el ejercicio ni -como han subrayado la Intervención General de la Administración del Estado y la Dirección General de Presupuestos computarán en el déficit público."

El escueto informe de la Dirección General de Presupuestos (DGP) correspondiente a esta anualidad apela también a la falta de impacto en la capacidad de financiación del Estado de las cuantías otorgadas extraordinariamente.

En el crédito concedido en 2013 la justificación de la utilización de deuda pública para el pago de modificaciones presupuestarias de carácter no financiero fue otra. Así, el Informe del Consejo de Estado aprobado el 23 de julio de 20136, que acompaña a este crédito extraordinario señala que "En el presente caso, sin embargo, el recurso a la Deuda pública como mecanismo de financiación viene justificado, no por la concurrencia de una de las excepciones contempladas en el mencionado artículo 59 (modificaciones relativas al pago de la Deuda Pública, que afecten a los créditos destinados a financiar a las comunidades autónomas y entidades locales en aplicación de sus respectivos sistemas de financiación o que no reduzcan la capacidad de financiación del Estado en el ejercicio), sino por la insuficiencia del Fondo de Contingencia para cubrir el crédito extraordinario previsto, que resulta imprescindible para atender obligaciones inaplazables para las que la dotación de crédito en su momento efectuada no ha resultado suficiente."

De modo que no habiendo cuantía suficiente en el Fondo de Contingencia, esta razón cuantitativa sería causa suficiente para la derogación de la previsión del artículo 55.1, lo cual parece una contradicción en sí misma ya que este Fondo se dota de una cuantía que se pretende máxima - salvo circunstancias muy excepcionales y por tanto de interpretación restrictiva - a fin de evitar un endeudamiento excesivo a través de estas modificaciones presupuestarias.

El Informe de la DGP emitido el 22 de julio de 2013 sin embargo, no excusa la emisión de Deuda pública para el pago de modificaciones presupuestarias por operaciones no financieras en la insuficiencia cuantitativa del Fondo de Contingencia. Su intrincada redacción parece dar a entender que la causa de no acudir al Fondo es que las necesidades que se atienden con el crédito extraordinario no son imprevistas (paradójicamente a pesar de su previsibilidad no se encontraban recogidas en el Presupuesto inicial, y se solicitan al Congreso mediante un Real Decreto-Ley).

Y en 2014, el Consejo de Estado (dictamen nº702/2014) entendió que las obligaciones financiadas con este crédito extraordinario podían financiarse con cargo a Deuda pública porque no eran obligaciones "no discrecionales" ni atendían a "situaciones imprevistas", considerándolas por tanto discrecionales ("Las obligaciones surgirán una vez dotado el crédito y realizadas las correspondientes contrataciones" señala el Informe citado, sin contemplar que estas obligaciones son ya obligaciones firmes y exigibles derivadas de contratos ya firmados) y previstas ("Tampoco constituyen situaciones imprevistas por cuanto se trata de atender gastos recurrentes para cuya cobertura las dotaciones presupuestarias no son suficientes", concluye el informe), en manifiesta contradicción con la vía utilizada para la concesión de estos créditos, esto es, el Real Decreto–Ley, y, principalmente, en contradicción con los compromisos contractuales firmados y vinculantes, firmados en muchos casos desde hace décadas (en 2013 reciben financiación programas como en Avión de combate EF2000 cuyos contratos empiezan a firmarse en los 90, o el Carro de combate Leopardo, cuya orden de ejecución data de 1998, entre otros en idénticas circunstancias).Cuestión distinta es que en ocasiones algunas de estas obligaciones vinculantes no están vencidas y pendientes de pago a la fecha de aprobación del crédito (como se verá en el apartado II.4) sino que son obligaciones que vencen en el ejercicio (lo que abona la tesis de la inexistencia de urgente necesidad en la intervención extraordinaria para paliar posibles perjuicios a acreedores).

La DGP en su informe sobre el crédito extraordinario 2014, declara que con esta financiación se trata de atender compromisos contractuales en vigor, no de obligaciones que surgen con posterioridad a la dotación presupuestaria y que por ello no son imprevistas, entendiendo que cabe la excepción a su financiación con cargo al Fondo.

Puede concluirse por tanto que la justificación de la vía de financiación de estas modificaciones presupuestarias para atender obligaciones no financieras no es consistente, pues en ocasiones se apela a la falta de impacto en la capacidad de financiación del Estado, en otras a la insuficiencia del Fondo de Contingencia y en otras a la discrecionalidad y previsibilidad de las obligaciones a satisfacer como causa de la excepción a la financiación a través del citado Fondo, todo lo cual plantea dudas sobre la corrección del empleo de Deuda pública para financiar créditos extraordinarios y suplementos de crédito destinados a atender obligaciones no financieras del presupuesto, ya sea para satisfacer obligaciones del propio ejercicio o de ejercicios anteriores atendiendo al mandato contenido en los artículos 55 y concordantes de la LGP.

Este tipo de actuación podría implicar una derogación singular de la regulación general contenida en la Ley General Presupuestaria, que si bien tiene el mismo rango normativo, trata de vertebrar con vocación

I.3. Fuentes alternativas de financiación: la enajenación de bienes muebles e inmuebles por el Ministerio de Defensa[508].

Tal y como se ha estudiado en el Capítulo I, una de las especialidades que presenta el régimen jurídico administrativo aplicable en el ámbito de la defensa nacional es la referida al régimen patrimonial de los bienes afectos al Ministerio de Defensa, prevista en la disposición adicional séptima de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y que se ejerce a través del organismo autónomo «Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa» (INVIED O.A.). La principal especialidad de este régimen radica en que puede proceder a la enajenación de los bienes del Ministerio de Defensa que se pongan a su disposición previa desafectación, así como a la utilización y explotación comercial y económica de los bienes en dominio público, incorporando a su patrimonio todos los ingresos obtenidos como consecuencia de las enajenaciones de todo tipo de bienes inmuebles y muebles así como los resultantes de su explotación. Los ingresos procedentes de sus actividades se aplicarán a cubrir las obligaciones derivadas del funcionamiento y de los fines del organismo y a atender la adquisición de infraestructura y equipamiento para su uso por las Fuerzas Armadas, la compensación económica y las ayudas para la adquisición de vivienda de sus miembros, así como a los fines de profesionalización y modernización de la defensa y del personal al servicio de la misma, y a programas específicos de investigación, desarrollo e innovación en el ámbito de la defensa y la ejecución de obras con su presupuesto para los Cuarteles Generales de los Ejércitos, Órgano Central y demás organismos dependientes del Ministerio de Defensa, de acuerdo con el Plan de Inversiones del organismo en coordinación con la Dirección General de Infraestructura.

---

de generalidad la materia regulada, de modo que, como ya señalara también el Consejo de Estado (dictamen nº2096/2003 de 10 de julio, sobre el anteproyecto de Ley General Presupuestaria), no resulta apropiado introducir excepciones singulares a las leyes generales por la vía del Decreto-Ley, sin perjuicio de su admisibilidad según los casos (STC 6/1991, de 15 de enero)».

Informe del Tribunal de Cuentas nº 1.155: Informe de fiscalización de la financiación extraordinaria de los programas especiales de armamento y material para las Fuerzas Armadas, ejercicios 2012, 2013 y 2014. Análisis especial de los programas de gestión internacional: EF2000, A400M, y Tiger, y de los programas de gestión nacional: BAM, Leopard y NH90, pp.24 a 28. Disponible en: https://www.tcu.es/repositorio/6610226d-f618-45f6-a04d-190de245b9f8/I1155.pdf (Consultado el 12 de octubre de 2021)

[508]En relación con la enajenación de muebles, resulta muy interesante el Documento de Trabajo 6/2015 del IEEE La enajenación de material en las FAS como alternativa de financiación mayo de 2015. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2015/DIEEET06-2015_EnajenacionMaterial_FAS_CESEDEN.pdf (Consultado el 12 de octubre de 2021).

Asimismo, podrán aplicarse a las necesidades operativas de las Fuerzas Armadas, pudiendo cumplirse tales fines mediante las oportunas transferencias del INVIED O.A. al Estado.

De este modo, se articula un sistema que permite utilizar el patrimonio del Ministerio de Defensa para generar ingresos dirigidos directamente a financiar las propias necesidades de la defensa nacional , lo que supone una excepción a las reglas generales sobre desafectación y enajenación de bienes inmuebles contenidas en la LPAP, así como a las competencias que con carácter general corresponden al Ministerio de Hacienda.

Este régimen jurídico especial se completa con la normativa contenida 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[509], y que regula el régimen de enajenación por parte del Ministerio de Defensa de los materiales, bienes muebles y productos de defensa útiles para el servicio y afectados al uso de las Fuerzas Armadas necesarios para las operaciones militares, que figuran en sus respectivos inventarios, así como aquellos suministros que, sin figurar en inventario, resulten precisos para el desarrollo de las misiones en que las Fuerzas Armadas participen, siempre que no se ponga en riesgo la operatividad de la fuerza propia ni la seguridad nacional y que se realice con otras Administraciones públicas o entidades de derecho público, gobiernos extranjeros, entidades de carácter asistencial sin ánimo de lucro, organizaciones internacionales de las que sea miembro el Estado Español, o por razón de compromisos derivados de Acuerdos internacionales. Se trata del denominado material surplus, que ya ha estado en uso en las Fuerzas Armadas, para cuya enajenación, que se puede hacer por enajenación directa, se articula un procedimiento ágil, en el que interviene, como órgano de apoyo, la Junta de Enajenación de Bienes Muebles y Productos de Defensa de la Secretaría de Estado de Defensa. Este régimen de enajenación permite generar ingresos al Ministerio de Defensa que, en el caso de efectuarse por el INVIED, se destinarán a los fines previstos en su Estatuto sin ser transferidos al Tesoro Público. En el caso de que la enajenación se realice por el Subdirector General de Adquisiciones de Armamento y Material de la Dirección General de Armamento y Material[510], deberá ingresarse en el

[509] Desarrollada por la Orden 370/2000, de 20 de diciembrey por la Orden DEF/2134/2011, de 27 de julio, por la que se modifica la Orden anterior.

[510] En virtud de la delegación de competencias del artículo 3.3.d) de la Orden DEF/244/2014, de 10 de febrero, por la que se delegan facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos en el ámbito del Ministerio de Defensa

Tesoro y solicitarse, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 47/2003 General Presupuestaria, de 26 de noviembre, (LGP) la generación de crédito a favor del Ministerio de Defensa.

Por otro lado, debe hacerse referencia al procedimiento de enajenación del material inútil o no apto, que se rige por el Real Decreto 2277/1978, de 25 de agosto, por el que se crea en el Ministerio de Defensa la Junta General de Enajenaciones y Liquidadora de Material[511], siendo la misión general de esta Junta la enajenación y liquidación del material, bienes muebles y semovientes clasificados como inútiles o no aptos para el servicio, así como determinar los criterios de actuación que sirvan de norma para las Juntas Secundarias de Enajenaciones y Liquidadoras de Material y, en especial, dirigir, coordinar, y adoptar las resoluciones superiores que resulten necesarias.

Por último, otros supuestos específicos de financiación por la vía de las generaciones de crédito sería el de la enajenación de productos agrícolas y ganaderos del servicio de cría caballar de las Fuerzas Armadas[512], los obtenidos por el uso de las residencias militares[513] o los generados por las operaciones comerciales del INTA.

I.4. El indebido recurso al Fondo de Contingencia.

Tal y como se ha adelantado al analizar los créditos extraordinarios, uno de los principales problemas con los que se encuentran los órganos gestores y los órganos de contratación del Ministerio de Defensa deriva de que los créditos presupuestarios necesarios no se encuentran en su totalidad disponibles al inicio del ejercicio presupuestario, sino que los mismos se van generando a lo largo del mismo con cargo al Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria definido en el artículo 50.1 de la Ley

[511] 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 Ministerial 71/2020, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las normas para el reconocimiento, clasificación y posterior destino final del material inútil o no apto para el servicio del Ministerio de Defensa. Las entidades encargadas de la tramitación de los expedientes de enajenación para este tipo de material son la Junta General de Enajenaciones y Liquidadora de Material, de la Dirección General de Asuntos Económicos (DIGENECO), y las Juntas Secundarias Liquidadoras de Material, de los Cuarteles Generales de los Ejércitos y de la Armada.

[512] Orden DEF/2542/2013, de 30 de diciembre, sobre delegación de competencias en materia de enajenación de bienes muebles para la prestación del servicio de Cría Caballar de las Fuerzas Armadas.

[513] Orden Ministerial 13/2009, de 26 de marzo, por la que se establece la clasificación, usuarios y precios que deberán regir en las Residencias Militares del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire

47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria: «El presupuesto del Estado, a fin de hacer frente durante el ejercicio presupuestario a necesidades inaplazables, de carácter no discrecional para las que no se hiciera en todo o en parte, la adecuada dotación de crédito, incluirá una sección bajo la rúbrica «Fondo de Contingencia de ejecución presupuestaria», por importe del dos por ciento del total de gastos para operaciones no financieras, excluidos los destinados a financiar a las comunidades autónomas y entidades locales en aplicación de sus respectivos sistemas de financiación y consignados en una sección presupuestaria independiente de dicho presupuesto».

En el ámbito del Ministerio de Defensa, el recurso al Fondo de Contingencia tiene una extraordinaria importancia, ya que tradicionalmente la participación de nuestras Fuerzas Armadas en las diferentes misiones internacionales de mantenimiento de la paz (MOP) viene financiándose a través de dicho Fondo, lo que ha dado lugar a numerosas críticas y a que el Tribunal de Cuentas, en su Informe nº 943, de fiscalización de la participación de las Fuerzas Armadas Españolas en misiones internacionales, ejercicios 2009 y 2010 recomiende abandonar ese sistema[514].

El mecanismo utilizado consiste en dotar en los Presupuestos Generales del Estado para cada año una pequeña dotación y configurar dicho crédito como ampliable, procediendo posteriormente a su ampliación con cargo al Fondo de Contingencia, una vez autorizada su aplicación por acuerdo de Consejo de Ministros. La ausencia de crédito al inicio del ejercicio, así como los retrasos que se vienen produciendo sistemáticamente en la aprobación de los expedientes de ampliación de crédito determinan que durante diferentes periodos, no se disponga de los recursos necesarios para atender las necesidades existentes y se utilicen transitoriamente otros créditos del Ministerio de Defensa, consumiendo, por tanto, recursos de su presupuesto ordinario y realizándose después las debidas rectificaciones, lo que, como señala el Tribunal de Cuentas, «supone una carga de trabajo extraordinaria para las unidades encargadas de la tramitación y un factor de riesgo añadido a la gestión. Estas irregularidades podrían haberse evitado con una presupuestación realista unida a una pronta tramitación y aprobación de los expedientes de ampliación de crédito»[515].

[514] https://www.tcu.es/repositorio/6b2c581a-ce6b-4a3c-a8fb-cfd72fb66c03/I943.pdf. (Consultado el 13 de octubre de 2021).
[515] Informe nº 943, pág.30.

De ahí que el Tribunal de Cuentas haya denunciado la «falta de rigor y realismo» de dicho modelo, por no tratarse de gastos imprevistos puesto que «como se ha podido analizar, la práctica totalidad de las misiones llevadas a cabo en estos ejercicios tuvieron su origen en ejercicios anteriores, por lo que su gasto pudo y debió preverse y planificarse». Por ello recomendaba diferenciar claramente las operaciones en curso de las operaciones imprevistas «procediendo, en el primer caso, a la inclusión de estos costes en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio y continuando con el procedimiento actual de ampliación con cargo al Fondo de Contingencia en el supuesto de nuevas operaciones aprobadas con posterioridad a la tramitación de los presupuestos» a lo que consideramos que habría que añadir también la posibilidad de financiar con cargo al Fondo de Contingencia las necesidades imprevistas que pudieran surgir en las operaciones en curso.

De este modo, se podría cumplir con las reiteradas recomendaciones de ese Tribunal de presupuestar de forma realista, teniendo en cuenta los compromisos adquiridos y se permitiría una adecuada gestión de los recursos financieros, logrando las deseables economías de escala en los procesos de adquisición de los bienes y servicios.

Por ello, lo correcto sería incluir esos créditos en el presupuesto del Ministerio de Defensa, tal y como hacen los países de nuestro entorno. En este sentido, en el estudio realizado por FONFRÍA en 2015[516] destaca que frente a España, en el que la dotación inicial para operaciones en el exterior es entre el 2 y el 5% aproximadamente del crédito necesario, en Reino Unido, Alemania y Canadá es cercano al 100%, en Francia es del 70% y va creciendo y en Holanda oscila entre el 70% y el 90%.

Y si bien las dotaciones iniciales se van incrementando en los presupuestos de los últimos años, las mismas siguen siendo notoriamente insuficientes

De este modo, de los 1176 millones previstos para las operaciones en el exterior durante los años 2019 y 2020, tan solo 314 millones se incluían en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, sin que se llegaran a librar todos los fondos necesarios.

[516]FONFRÍA MESA, A. «Presupuesto de Defensa 2015, Sin Novedad» *Documento de Opinión 07/2015*, IEEE Disponible en: https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEEO07-2015_Presupuesto2015_AntonioFonfria.pdf (COnsultado el 13 de octubre de 2021)

I.5. ¿Hacia una ley de financiación de la defensa?.

Como hemos visto, la obtención de las capacidades necesarias por las Fuerzas Armadas que les permitan realizar las importantes misiones que tienen encomendadas requieren una importante inversión de recursos públicos, tanto en la adquisición de sistemas de armas, como en su mantenimiento, así como en la I+D+i necesaria para buscar mejoras tecnológicas que aporten mayores capacidades adecuadas al nivel de seguridad que se pretenda garantizar.

Se trata de productos caros, que requieren muchos años para su obtención y que su uso y mantenimiento se extiende por largos periodos de tiempo, durante el cual es necesario mantenerlos, modernizarlos, así como seguir investigando en nuevos productos. Por tanto, la obtención de los productos de defensa requiere importantes inversiones y que las mismas se mantengan de manera constante a lo largo de los años necesarios, incluidos todos los correspondientes al ciclo de vida de los mismos.

Y para garantizar que se mantienen adecuadamente las capacidades defensivas necesarias sin que las mismas se vean mermadas, evitando las situaciones de incertidumbre que generan los cambios políticos y los ciclos económicos, son muchos los que, en los últimos años, y ante las indeseables consecuencias que han producido los sucesivos recortes en defensa en los periodos de crisis, vienen solicitando como fórmula para asegurar la estabilidad y sostenibilidad de la defensa nacional en el futuro, además del correspondiente incremento presupuestario, una ley específica que regule su financiación incluyendo su programación plurianual[517] al estilo de la Ley de Programación Militar Francesa, y en la que se debiera alcanzar un consenso entre los diferentes partidos que proporcionase a la defensa un marco financiero estable que permitiese un planeamiento a largo plazo de las capacidades necesarias[518].

---

[517] https://www.abc.es/opinion/abci-fernando-garcia-sanchez-necesidad-ley-programacion-y-financiacion-defensa-202011060849_noticia.html

[518] Un estudio reciente sobre una posible ley de financiación es el realizado, a lo largo de sucesivos artículos publicados en la revista especializada Infodefensa, por el Coronel de Infantería D. Carlos Calvo Gonzalez-Regueral, disponibles en:
https://www.infodefensa.com/es/2021/03/22/opinion-reflexiones-torno-posible-financiacion-defensa.php
https://www.infodefensa.com/es/2021/03/30/opinion-reflexiones-torno-posible-financiacion-defensa.php

Con el fin de proporcionar estabilidad a los presupuestos de defensa, especialmente para las inversiones en sistemas y su sostenimiento, distintos países están aprobando sus respectivas leyes de programación militar[519]. El ejemplo paradigmático de este tipo de disposiciones es la ley de programación militar francesa, la primera de las cuales se aprobó en 1960[520], que establecía como una de las bases de la política de defensa la «voluntad de asegurar la independencia nacional», para lo que establecía un horizonte inicial de cuatro años y el correspondiente programa de inversiones y fabricación de equipos militares[521], que deberían detallarse en un programa específico especificando los beneficios operativos, pero teniendo también en cuenta su incidencia económica y social en términos de generación de empleo industrial. Las leyes de presupuesto anuales deberían reflejar los detalles del programa e introducir los ajustes necesarios.

Desde entonces, se han aprobado 13 leyes de programación, comprendiendo la actual el periodo 2019-2025, que fija el objetivo de alcanzar el 2% del PIB en 2025. Estas leyes establecen la previsión de presupuesto para cada año, así como lo techos previstos para financiar las operaciones exteriores e interiores y el incremento neto de efectivos. Se trata de disposiciones de un elevado nivel de detalle, acompañadas por un anexo en el que se incluyen las entregas previstas de sistemas para programas en curso y previsiones y

https://www.infodefensa.com/es/2021/04/06/opinion-reflexiones-torno-posible-financiacion-defensa.php
(Consultados el 14 de octubre de 2021).
También se han tenido en cuenta el artículo publicado conjuntamente con Antonio Fonfría: CALVO, C. y FONFRÍA, A, « Hacia una Ley de Financiación de la Defensa en España» en *ARI 57/2017*, Real Instituto Elcano, 4 de julio de 2017.
Asimismo, otro estudio detallado se contiene en DEL CERRO CAMPOS, F. I., «La ley de financiación de la Defensa: una necesidad inaplazable», *Documento de Opinión 82/2019*, IEEE, Disponible en:
https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2019/DIEEEO82_2019IGNCER_leyDef.pdf
(Consultado el 14 de octubre de 2021).

[519] Como Portugal, con la Ley Orgánica 2/2019 de programación militar, que regula las inversiones para modernización, empleo y sostenimiento de la fuerza en un horizonte de doce años dividido en periodos cuatrianuales. En Polonia, el marco general se contiene en el que la ley de reconstrucción modernización y financiación de las Fuerzas Armadas que fija, que el porcentaje sobre PIB que se destinará a Defensa (establecido en 2.2.% entre 2020 y 2023, 2,3% entre 2024 y 2025 y 2.4% entre 2006 y 2029, con el objetivo de alcanzar el 2.5% en 2030, así como establece el límite de efectivos de las Fuerzas Armadas, y es desarrollado por planes de modernización por periodos decenales (en el ámbito industrial, es de destacar el establecimiento de disposiciones sobre compensaciones industriales para adquisiciones de material norteamericano). En Bélgica, la Ley de 23 de mayo de 2017, de Programación de Inversiones Militares para el periodo 2016-2030 pretende incrementar el gasto en defensa del 0,9 del Producto Interior Bruto (PIB), al 1,3 en 2030.

[520] Ley 60-1305 de 8 de diciembre, relativa a ciertos equipos militares.

[521] Que se estableció en 11.790,5 millones de francos nuevos, repartidos en: Material aeronáutico (35%), construcción naval (8%), vehículos terrestres (15%) y estudios especiales (42%).

criterios para empezar nuevos programas, las disponibilidades de fondos para la I+D+i e incluso se fijan los días de ejercicios y horas de mar o de vuelo que deben realizarse para mantener la disponibilidad de las unidades.

Del mismo modo, en España ha existido una sucesión de leyes de programación que se inicia con la Ley 85/1965 de 17 de julio sobre regulación conjunta de las inversiones destinadas a la modernización de las FAS[522], en la que ya se destacaba cómo «La seguridad de la nación en tiempo de paz y su supervivencia en tiempo de guerra dependen fundamentalmente de la capacidad de sus Fuerzas Armadas», por lo que era necesario proceder a una modernización de dichas capacidades para evitar que resulten inoperantes por anticuadas e insuficientes, al tiempo que resaltaba el efecto que dichas inversiones tendrían en la elevación del nivel de la industria y el fortalecimiento de la posición económica de España, por lo que se autorizaba al Gobierno para la realización de un programa conjunto de inversiones destinadas a las Fuerzas Armadas durante un plazo máximo de ocho años.

Este sistema permitió lograr la modernización del armamento, equipos y sistemas de defensa y se mantuvo hasta principios de los años 90 del siglo pasado, momento en el que, dada la coyuntura económica, se optó por sus sustitución por los Programas Especiales de Modernización (PEA,s), ya analizados, cuyas dificultades de financiación, ya apuntadas, han recuperado el debate sobre la necesidad de una ley especial de financiación.

Incluso algunos autores[523] defienden la aprobación, al amparo del artículo 8.2. de la Constitución, de una Ley Orgánica de Financiación de la Defensa que establezca un sistema de financiación autónomo que, revisando el actual sistema de presupuestación vigente, desvincule la sección 14 (Defensa) de aquellas que conforman los PGE.

[522] «BOE» núm. 173, de 21 de julio de 1965. A la que siguieron La Ley 32/1971, de 21 de julio sobre dotaciones presupuestarias para la Defensa Nacional («BOE» núm. 175, de 23 de julio de 1971), prorrogada por el Real Decreto Ley 5/1977 de 25 de enero, por el que se modifica y prorroga la vigencia de la Ley 32/1971, de 21 de julio, sobre dotaciones presupuestarias para la Defensa Nacional («BOE» núm. 31, de 5 de febrero de 1977), la Ley 44/1982 de 7 de julio sobre dotaciones presupuestarias para inversiones y sostenimiento de las Fuerzas Armadas («BOE» núm. 173, de 21 de julio de 1982), la Ley 6/1987 del 14 de mayo, sobre dotaciones presupuestarias para inversiones y sostenimiento de las FAS («BOE» núm.119, de 19 de mayo de 1987) y la Ley 9/1990 del 15 de octubre sobre dotaciones presupuestarias para inversiones y sostenimiento de las FAS («BOE» núm. 248, de 16 de octubre de 1990).
[523] DEL CERRO CAMPOS, F.I., «La ley de financiación… op. cit. págs. 19 a 22.

No obstante, tampoco faltan los autores que consideran que, dado el carácter político y no jurídico de este tipo de disposiciones y atendiendo a las experiencias pasadas, por sí sola no bastaría para cumplir dicho objetivo.[524]

En nuestra opinión, debe descartarse la posibilidad de una ley orgánica al amparo del artículo 8.2, ya que si bien la misma permitiría que sus contenidos no pudieran modificarse por las leyes de presupuestos anuales al tener carácter ordinario, la elevación de las cuestiones presupuestarias al rango orgánico supondría una interpretación extensiva del supuesto contemplado por el legislador constituyente respecto de la organización militar, al tiempo que resultaría contrario al principio de universalidad y unidad de los Presupuestos Generales del Estado consagrados en el artículo 134 de la Constitución. Por otro lado, la ausencia de carácter vinculante de la posible ley de financiación, y la posibilidad siempre de su modificación a través de la ley de presupuestos de cada año, no es causa suficiente para descartar esta posibilidad.

Siendo la defensa nacional una cuestión esencialmente política, la aprobación de una ley especial de financiación tendría una notable incidencia en dicho ámbito, y supondría reconocer una mayor participación a los distintos poderes del Estado, singularmente a las Cortes Generales, que no se limitarían a la aprobación genérica de los Presupuestos Generales del Estado, sino que alcanzaría a la aprobación, seguimiento y control de los diferentes programas de inversiones, participando en la identificación de las necesidades materiales y estableciendo los correspondientes límites temporales y cuantitativos, con el nivel de especificación que se estime oportuno y durante un periodo de tiempo lo suficientemente amplio.

Dicha ley no debería limitarse a los grandes programas de modernización, sino que también debería incluir otros programas de menor cuantía pero igualmente necesarios; el apoyo logístico durante todo el ciclo de vida, para garantizar la disponibilidad de los materiales; la inversión en I+D+i para futuras capacidades; así como las cuestiones de personal, créditos de vida y funcionamiento que garanticen las necesidades permanentes y la adecuada preparación de las unidades, así como el

[524] ACOSTA ORTEGA, S.J., «Ley de Programación Militar: ¿la solución para unas Fuerzas Armadas financieramente sostenibles?>> *en Cuadernos de Pensamiento Naval*, núm. 22, Ministerio de Defensa, Madrid 2017, pg. 65 a 78.

presupuesto previsto para las retribuciones del personal militar y que permita el incremento de las mismas, tal y como se viene demandando desde hace años[525].

De este modo, se contribuiría a dar seguridad jurídica y económica a la obtención de las capacidades necesarias, facilitando el correspondiente planeamiento de la defensa. No obstante, para su efectividad, se requeriría una estrecha relación entre el Gobierno, responsable del planeamiento militar y que tradicionalmente ha asumido las principales competencias en materia de defensa, y las Cortes Generales, encargadas de dotarlo presupuestariamente, cuyo incremento de responsabilidad en este ámbito requeriría un mayor conocimiento de las necesidades de la defensa nacional y un mayor compromiso en relación con la función esencial que a la misma le corresponde.

II. LOS INSTRUMENTOS DE CARÁCTER CONTRACTUAL.

El Ministerio de Defensa español, para el cumplimiento de las funciones asignadas, desarrolla una importante actividad contractual que solo en el año 2019 supuso la celebración de 21.662 contratos por un importe adjudicado de 1.960, 69 millones de euros. Una de las principales características de dicha contratación viene determinada por los diferentes regímenes jurídicos a los que puede quedar sometida, dada la necesidad de establecer excepciones a los principios de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, publicidad y transparencia, que rigen en la contratación administrativa. En el presente apartado, vamos a analizar los diferentes instrumentos a disposición del Ministerio de Defensa en función del tipo de bienes y servicios a los que se refiera y de su incidencia en la defensa nacional.

[525] Tal y como vienen demandando las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas y se recoge en el «Estudio sobre retribuciones en las Fuerzas Armadas» realizado por el Observatorio de la Vida Militar en el año 2016. Memoria Informa año 2016, pp. 89 a 129. http://www.observatoriodelavidamilitar.es/doc/Memoria_Informe_2016.pdf (Consultado el 14 de octubre de 2021).

II.1.- Los contratos administrativos sometidos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. La contratación en el extranjero.

Con carácter general, siempre que no se trate de contrataciones que se realicen en el ámbito específico de la defensa y seguridad ni resulten afectados los intereses esenciales de la seguridad, la contratación administrativa del Ministerio de Defensa queda sujeta, al igual que la de cualquier otro ministerio, a la LCSP, y que es la que se aplica a más del 80% de la contratación anual del Ministerio de Defensa, a través de la cual se pretende garantizar la competencia, la libre concurrencia y la transparencia[526].

Sin embargo, algunas de las adquisiciones de defensa son esencialmente distintas a las de otros sectores civiles, ya que las mismas se refieren a capacidades militares que afectan a la protección de intereses esenciales de seguridad, para los cuales existen procedimientos específicos de adquisición y que son, precisamente, los que la LCSP excluye de su ámbito de aplicación. En este punto interesa destacar de la nueva Ley que ha sistematizado los negocios y contratos excluidos por ámbitos, siguiendo en este punto lo que venían haciendo las Directivas, en vez de hacer una única enumeración como hacían sus predecesoras. A este respecto, dedica el artículo 5 al ámbito de la Defensa y de la Seguridad, siendo la principal novedad la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017 de determinados contratos de concesiones de obras y concesiones de servicios que se celebren en el ámbito de la seguridad y de la defensa.

Por otro lado, existen otros supuestos de exclusión no directamente relacionados con la Defensa y la Seguridad pero que pueden tener una importante incidencia en ella, como es el caso de los convenios de colaboración del artículo 6, o los contratos de I+D+I del artículo 8[527].

---

[526] No obstante, siendo el mayor número de contratos los adjudicados por la LCSP, los de mayor importe son los adjudicados por la LCSPSD. Así consta en la Memoria de contratación del Ministerio de Defensa de 2020, en el que se adjudicaron 6.607 contratos por la LCSP frente a 1.155 de la LCSPDS. Sin embargo, el importe adjudicado por la LCSP fue de 561.709.580,84€, frente a los 3.055.534.088,45€ que fueron adjudicados por la LCSPDS.
https://www.defensa.gob.es/Galerias/ministerio/organigramadocs/sedef/digeneco/20210526-Memoria-contratacixn-MINISDEF-2020.pdf (Consultado el 24 de octubre de 2021)

[527] A diferencia de los programas de cooperación basados en I+D con otros estados miembros, esta exclusión de servicios de I+D se limita únicamente a esta fase de investigación. Si hubiera otras fases posteriores de producción, adquisición u otras relacionadas con su ciclo de vida, se deberá aplicar las normas comunes contenidas en la ley 9/2017 o 24/2011, en su caso atendiendo al objeto y finalidad del contrato.

Desde la perspectiva de la defensa nacional, la LCSP ofrece algunas posibilidades para su utilización, si bien limitadas al prevalecer los principios generales de la contratación administrativa y no tener en cuenta los principios específicos de la defensa, estableciendo requisitos y procedimientos más rígidos. Dentro de dichas posibilidades aplicables a los contratos sujetos a la misma se encuentra el artículo 133 relativo a la confidencialidad o el artículo 168 sobre los supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad. No obstante, a través de los mismos no se puede garantizar suficientemente la seguridad de la información y la seguridad del suministro, razón por la cual este tipo de contratos relacionados con la defensa se adjudicarán, normalmente, a través de los procedimientos regulados en la LCSPDS.

No obstante, si adquiere especial relevancia la regulación que se contiene en la LCSP sobre la contratación en el extranjero y con empresas extranjeras.

II.1.A. La contratación en el extranjero.

Tal y como ya se ha analizado en el Capítulo II, la contratación en el extranjero presenta características propias, derivadas de la necesidad de modular el principio de paridad entre las partes en el que se basan las normas y usos del comercio internacional con la necesidad de preservar el principio de legalidad y de consecución del interés general al que está sometida la Administración, lo que requerirá como señala FERNÁNDEZ-PIÑEYRO bien el uso de una regla concreta del ordenamiento interno considerada de ineludible aplicación, bien la incorporación al contrato de cuantas cláusulas sean necesarias para ello.[528]

La necesidad de flexibilizar la contratación que se llevaba a cabo en el extranjero[529] en el ámbito de la defensa y ante la falta de normas específicas[530], dio lugar a la aprobación del Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación

[528] FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, E, Disposición adicional 1ª, en JIMÉNEZ APARICIO, EMILIO (Coord.) Comentarios a la legislación de contratación pública, II, Aranzadi, Cizur-Menor, 2016, pág. 1599.

[529] Hasta la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la regulación de la contratación exterior del Estado quedaba al margen de la antigua Ley de Contratos el Estado de 1965.

[530] Previamente se había aprobado el Decreto 3637/1965, de 26 de noviembre, por el que se regulaban los contratos del Estado y de sus Organismos Autónomos referentes a obras, servicios o suministros que se celebren y ejecuten en el extranjero y del Decreto 3740/1965, de 16 de diciembre de 1965 de contratación de obras del Estado por empresas extranjeras.

de material militar en el extranjero[531] que regula los contratos destinados a cubrir las necesidades de la defensa nacional, que se formalicen entre la Administración Militar y un Gobierno u Organismo público extranjeros, así como también regulaba los contratos que pudieran celebrarse en territorio nacional entre la Administración militar y una Empresa privada extranjera[532]. No obstante, esta última regulación se entendió derogada por la disposición derogatoria de la LCAP[533], que procedió a su reglamentación en el artículo 117 respecto de los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, por lo que no se podía seguir admitiendo con carácter general la adjudicación directa a la que se refería el artículo 2 del RD 1977 para los contratos entre la Administración militar y una empresa extranjera que se celebrasen en territorio nacional, (o procedimiento negociado en los términos de la nueva normativa), que queda supeditada a los supuestos específicamente contemplados en dicha normativa para el uso de dicho procedimiento.

En la actualidad, el régimen de la contratación en el extranjero, supeditada, como hemos visto, a aquellos contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero[534], se

[531] Desarrollado por la Orden del Ministerio de Hacienda de 16 de junio de 1978 (BOE de 29 de junio) y completado posteriormente con el régimen jurídico específico para el pago de estos contratos en el extranjero contenido en el 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 (que deroga al Real Decreto 2122/1993, de 3 de diciembre, sobre la gestión financiera de determinados fondos destinados a la adquisición de material militar y servicios complementarios del Ministerio de Defensa en el exterior), que fue desarrollado a su vez, por la Orden PRE/1672/2002, de 1 de julio (BOE 4 de julio de 2002).

[532] Tres son los supuestos contractuales contemplados en el RD 1120/1977, de 3 de mayo: a) 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; b) contratos celebrados en España entre la Administración Militar y una Empresa privada extranjera; c) contratos celebrados y a ejecutar en el extranjero cuyo objeto sea de exclusivo interés militar

[533] Informe de la JCCA 57/96 de 18 de octubre de 1996. Este informe se emite como consecuencia de la consulta formulada por la Dirección de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa, sobre la posibilidad de que las contrataciones de material militar con empresas y gobiernos extranjeros, de acuerdo con los artículos 2 y 11 del RD, puedan seguir adjudicándose por el nuevo procedimiento negociado introducido por la nueva Ley 13/95, y en el supuesto de que no tengan amparo en estos artículos, determinar cuál sería la normativa más adecuada para adecuar la legislación vigente a las necesidades propias del Ministerio de Defensa, permitiendo este tipo de contratación sin licitación pública. Al respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera derogado el contenido de los artículos 2 y 11 del RD 1120/1977, por incompatibilidad de su contenido con el de la LCAP, con independencia de que sea posible la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en los casos en los que concurran las condiciones marcadas en Ley para su utilización. Ahora bien, el citado dictamen se refiere en todo momento a la contratación con empresas extranjeras, no pronunciándose respecto a la contratación con gobiernos u organizaciones extranjeros, lo que deja de una manera ambigua abierta la posibilidad de la utilización de este procedimiento en estos últimos casos.

[534] Como ya había puesto de manifiesto la doctrina al analizar el artículo 117 LCAP, la aplicación de dicha normativa requiere que concurran cumulativamente los dos requisitos de celebración y ejecución en el

contiene en la Disposición Adicional 1ª de la LCSP 2017, mientras que las especialidades de los contratos que se celebren con empresas extranjeras se regulan en la disposición adicional vigésimo primera.

En relación con la contratación en el extranjero, es de destacar la flexibilización de su régimen jurídico y que se recoge, en la medida en que, como acertadamente señala FERNÁNDEZ-PIÑEYRO[535], ya no se trata de aplicar supletoriamente normas sino de tener en cuenta principios, lo cual resulta, sin duda, mucho más útil y positivo para el operador jurídico que haya de moverse en un campo como el de la contratación en el extranjero mucho más expuesto a la necesidad de improvisar soluciones jurídicas operativas. En relación con las especialidades de dichos contratos y siguiendo al mismo autor[536], pueden sistematizarse de la siguiente manera:

1. Competencia para la formalización del contrato. Corresponde al titular del Ministerio de Defensa, que podrá delegar esta competencia.

2. Capacidad: Se aplicarán las leyes del Estado en que se celebre el contrato, sin perjuicio de los previsto en la LCSP para empresas de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

3. Condiciones contractuales: Podrán sustituirse los pliegos de cláusulas administrativas particulares por el propio clausulado del contrato.

4. Procedimiento de adjudicación: Se aplicará el procedimiento negociado sin publicidad, con solicitud al menos de tres ofertas siempre que sea posible, sin perjuicio de la posible utilización de la figura de los contratos menores.

5. Garantías: Podrán exigirse de forma análoga a las previstas en la LCSP siempre que sea adecuado a las condiciones del Estado en que se efectúa la contratación y, en su defecto, las que sean usuales y autorizadas en dicho Estado o resulten conformes con las prácticas comerciales internacionales.

6. Pago: Se efectuará contra entrega por el contratista de la prestación convenida, salvo que se oponga a ello el Derecho o la costumbre del Estado, en cuyo caso se

extranjero, no siendo suficiente a estos efectos la mera celebración en el extranjero DE ASÍS ROIG, loc.cit, p 576 y nota 90. Citado por EMILIO p 1601.

[535] FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, E., «Disposición adicional 1ª… op. cit. pág. 1602.

[536] *Íbidem* pág. 1596.

garantizará el anticipo, garantía que podrá omitirse siempre que se acuerde por resolución motivada del órgano de contratación y ello sea conforme con las prácticas comerciales internacionales.

7. Comunicación de la celebración de estos contratos al Registro de Contratos del Sector Público y al Tribunal de Cuentas.

8. Revisión de precios: podrá establecerse un régimen de revisión de precios diferente al previsto con carácter general en la LCSP, atendiendo a la legislación del país en que haya de ejecutarse el contrato y a sus circunstancias socioeconómicas y deberá basarse en parámetros objetivos y, a ser posible, públicos o, cuando menos, fácilmente medibles, pudiendo utilizarse a estos efectos los calculados por Organismos Internacionales.

9. Normas para resolución de controversias: En los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje[537]. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales.

10. En los contratos sujetos a regulación armonizada que se formalicen y ejecuten en los restantes Estados miembros de la Unión Europea o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, deban cumplirse las normas de esta Ley referentes a la publicidad comunitaria; los procedimientos de adjudicación de los contratos; régimen de modificaciones contractuales; subcontratación; control del cumplimiento de las obligaciones sociales, medioambientales y laborales aplicables; la resolución como consecuencia de una modificación esencial durante la ejecución del contrato y a la declaración de nulidad del contrato como consecuencia de hallarse incurso el adjudicatario en

[537] La posibilidad del sometimiento a arbitraje es una especialidad de la contratación pública exterior e implica una excepción a lo previsto en el artículo 7.3. de la Ley General Presupuestaria, que requiere autorización por real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno. Igual excepción se contempla para los contratos Gobierno a Gobierno, tal y como se verá en el Capítulo VI. Para más información, véase POZO VILCHES, J. «Arbitraje y contratos públicos», en CABANILLAS SÁNCHEZ. A y DÍEZ PICAZO, L. (coord..) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 4, Civitas, Madrid, 2002.

causa de prohibición para contratar cuando celebró el contrato o como consecuencia de un incumplimiento grave del derecho de la Unión Europea.

11. Idioma: Los documentos contractuales y toda la documentación necesaria para la preparación, adjudicación y ejecución de los contratos deberá estar redactada en castellano si bien el órgano de contratación y bajo su responsabilidad podrán aceptar, sin necesidad de traducción al castellano, los documentos redactados en otras lenguas que se remitirán al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación para su traducción al castellano, a efectos de la fiscalización del contrato.

a) Previsión específica para los contratos de suministro que se celebren con empresas extranjeras:

La LCSP se refiere a este supuesto específico en Disposición adicional vigésima primera:

> «Los contratos de suministro que se celebren con empresas extranjeras, cuando su objeto se fabrique o proceda de fuera del territorio nacional, así como los contratos de suministros que, con estas empresas, celebre el Ministerio de Defensa y que deban ser ejecutados fuera del territorio nacional, se regirán por la presente Ley, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional».

En este supuesto, el problema que se plantea es determinar qué se entiende por «normas y usos vigentes en el comercio internacional», la *lex mercatoria* que va a resultar de aplicación. En este punto, nos encontramos tanto con normas jurídicas de carácter internacional, que regulan las relaciones entre Estados, como las normas que emanan de la Organización Mundial del Comercio, atendiendo a principios como el de Nación más favorecida, trato nacional y fomento de una competencia leal y que prevén excepciones cuando se trata del ámbito de la defensa, como las que regulan relaciones entre particulares, entre las que se pueden citar el Convenio de Viena de 1980, sobre compraventa internacional de mercancías, el Convenio de Roma de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales o el Reglamento 593/2008 del Parlamento y del

Consejo, de 17 de junio de 2008, relativo a las obligaciones contractuales (Roma I) [538]. Asimismo, especial importancia tiene en el Derecho Internacional Privado lo que genéricamente se califica como «usos y costumbres del comercio internacional» y que comprenden todo un conjunto de actos de variado tipo (INCOTERMS, condiciones generales de venta, contratos-tipo, etc.) y que consiste en un conjunto de reglas surgidas del obrar de los participantes en el comercio internacional que con frecuencia se apartan de las reglamentaciones nacionales en materia mercantil[539]. A este respecto, coincidimos con SANABRIA[540] cuando señala como parámetro fiable para determinar esas normas y usos vigentes que formarían el derecho del comercio internacional el de la Ley modelo de UNCITRAL[541] (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil). La Ley Modelo de UNCITRAL sobre la Contratación Pública de 2011 reemplaza a la de 1994 y contiene procedimientos y principios cuya finalidad es lograr el uso óptimo de los recursos y evitar los abusos en el proceso de adjudicación, promoviendo la objetividad, la equidad y la participación, así como la competencia y la integridad, para cumplir esos objetivos siendo la transparencia un principio clave, pues permite confirmar el cumplimiento efectivo de los procedimientos y principios. Como puede observarse, se basa en los mismos principios del Acuerdo sobre contratación pública adoptado en la Ronda de Uruguay en 1994[542] y las Directivas Comunitarias pero dotados de una mayor

[538] Como señala SANABRIA, se trataría de la dimensión pública reguladora de las relaciones comerciales internacionales, que comprende las normas de carácter jurídico-público definitorias del marco general de actuación de los operadores del comercio internacional en la que se pueden diferenciar tres categorías o bloques normativos: a) acuerdos y convenciones bilaterales o multilaterales destinadas al fomento y desarrollo de procesos de integración económica, mediante la articulación progresiva de una serie de libertades de naturaleza económica; b) los actos eventualmente derivados de la existencia de instituciones investidas de competencia normativa en materia comercial; y c) los acuerdos o tratados multilaterales y plurilaterales adoptados en el marco de la recientemente constituida Organización mundial del Comercio, a los que se suman los anteriores acuerdos adoptados en el marco del GATT y aún subsistentes. SANABRIA LUENGO, M., *La contratación exterior del Ministerio de Defensa*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2006, pág. 89.

[539] FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización», *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, nº 5, 2000, págs. 161-230, en concreto pág. 177.

[540]SANABRIA LUENGO, M., *La contratación exterior… op. cit. págs.* 87 a 91.

[541] Creada por la Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966 con el mandato de fomentar la armonización y modernización progresivas del derecho mercantil internacional. Con tal fin, la CNUDMI prepara y promueve la utilización e incorporación de instrumentos legislativos y no legislativos en varios ámbitos fundamentales del derecho mercantil. https://uncitral.un.org/es (Consultado el 7 de septiembre de 2021).

[542] Sustituido íntegramente por la revisión de 30 de marzo 2012 el 1 de enero de 2021 https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gpr-94_01_s.htm (Consultado el 7 de septiembre de 2021)

flexibilidad para adaptarlos a la diversidad económica y social existente en las diversas zonas geográficas, introduciendo la técnica del "margen de preferencia nacional".

Tradicionalmente, las principales especialidades introducidas en los pliegos de cláusulas administrativas derivadas de las normas y usos de comercio internacional afectan sobre todo, a la forma de entrega de los bienes y a las formas de las garantías definitivas. Asimismo, en el caso de que el precio se fije en moneda extranjera, teniendo en cuenta que están sujetas a fluctuaciones, se aplica la costumbre comúnmente en el ámbito internacional, consistente en aceptar el tipo de cambio vendedor de la moneda utilizada, en el momento de la redacción del contrato. Por otro lado, se plantean especialidades en la ejecución de los contratos, derivadas de la aplicación del principio de paridad entre las partes, que afectan a las potestades de la Administración, que se encuentran muy limitadas o devienen impracticables. A estos efectos, es frecuente acudir para la recepción del material a las reglas contenidas en los denominados INCOTERMS y que recogen y precisan las obligaciones entre las partes en relación con la entrega de mercancías, la transmisión de riesgos, la distribución de gastos y los trámites de documentos aduaneros. Otra cuestión que se plantea es la relativa a la solución de controversias y la posibilidad de acudir al arbitraje internacional.

b) Otros supuestos de contratación en el extranjero.

Por último, hay que hacer referencia a la existencia de supuestos específicos de contratación en el extranjero que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP, como es el supuesto de «los contratos y convenios que se celebren en los ámbitos de la defensa o de la seguridad y que deban adjudicarse de conformidad con un procedimiento de contratación específico que haya sido establecido de alguna de las siguientes maneras: b) En virtud de un acuerdo o convenio internacional relativo al estacionamiento de tropas y que se refiera a las empresas de un Estado Miembro de la Unión Europea o de un tercer Estado» (artículo 5.4.b).

La exclusión de la normativa contractual de «los contratos y convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el establecimiento de tropas» fue recogida en la LCAP de 1995 al coincidir el envío de tropas a Bosnia con la elaboración de la misma, pudiendo plantearse dudas interpretativas en el sentido de si

únicamente se refiere a los contratos necesarios para el establecimiento inicial de las tropas o, por el contrario, alcanza a cualquier contrato celebrado fuera de territorio nacional durante la misión.

Siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, la voluntad del legislador parece clara en el sentido de querer excluir la contratación efectuada fuera de territorio nacional por los contingentes destacados en misión de paz e, incluso, afirma que la exclusión comprende también contratos internos sobre ese objeto.

Asimismo, en relación con las tropas desplazadas, y tal y como se analizará posteriormente, también puede resultar de aplicación la exclusión prevista en la letra c) del artículo 5.4 de la LCSP referente a los contratos y convenios efectuados en virtud de las normas de contratación establecidas por una organización internacional cuando además los contratos que se adjudiquen estén financiados íntegramente o en su mayor parte por esa institución. En el caso de tropas desplazadas fuera de territorio nacional, por este apartado se excluiría de la LCSP la contratación efectuada por nuestras tropas bajo mandato de la Organización de Naciones Unidas, efectuados por algún procedimiento específico de la OTAN. Asimismo, con ocasión de la realización de ejercicios y maniobras fuera de territorio nacional de OTAN u otras organizaciones internacionales, con aplicación de los procedimientos específicos de dicha organización, en las que generalmente se aplica el Convenio entre los Estados partes en la OTAN relativo al Estatuto de sus Fuerzas, hecho en Londres el 19 de junio de 1951, ratificado por España en Instrumento de 17 de julio de 1987 («BOE» nº 217, de 10 de septiembre), los suministros a nuestras tropas, generalmente formalizados por la Nación Anfitriona o Líder, quedarían excluidos de la LCSP, si bien posteriormente su coste debe ser reintegrado a la misma, por los procedimientos establecidos por la propia OTAN.

II.2 Los contratos administrativos sometidos a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

Esta Ley procede a la transposición de la Directiva 2009/81/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los ámbitos de la defensa y la

seguridad[543], y trata de conjugar las necesidades de la Seguridad Nacional de los Estados Miembros con la creación de un mercado europeo de equipos de defensa. Dicho texto parte de la premisa indiscutible de que «la seguridad nacional sigue siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro, tanto en el la defensa como de la seguridad» sin perjuicio del interés en la creación de un mercado europeo de equipos de defensa. Y que «los equipos de defensa y seguridad son vitales tanto desde la óptica de la seguridad y la soberanía de los Estados miembros como de cara a la autonomía de la Unión. Por consiguiente, las adquisiciones de bienes y servicios en los sectores de la defensa y de la seguridad tienen, con frecuencia, carácter sensible» y «de ello se derivan exigencias específicas en materia de seguridad del abastecimiento y de seguridad de la información».

La ley es aplicable a determinadas obras, servicios y suministros que se citan en su artículo 2, entre los que se incluye el equipo militar. En cuanto a la definición de equipo militar, la Directiva atiende en primer lugar a las categorías de productos incluidas en la lista de armas, municiones y material de guerra adoptada por el Consejo en su Decisión 255/58, de 15 de abril de1958, y que los Estados miembros «pueden» limitarse a esta lista únicamente cuando transpongan esta Directiva. Pero añade que «no obstante, la lista es genérica y debe ser interpretada de manera amplia a la luz de la naturaleza cambiante de la tecnología, las políticas de contratación y las necesidades militares resultantes en el desarrollo de nuevos tipos de equipos, por ejemplo, sobre la base de la Lista común de equipo militar de la Unión».[544] Por otro lado, y a diferencia del artículo 346 del TFUE, queda incluido en el concepto de equipo militar el material de doble uso, es decir, los productos que, aunque inicialmente diseñados para un uso civil, hayan sido adaptados posteriormente a fines militares para su utilización como armas, municiones o material de guerra.

Por lo tanto, la citada Directiva deja un importante margen de apreciación a los Estados Miembros a la hora de determinar que pretenden considerar «equipo militar», lo que es coherente con la transcendencia e importancia que la misma otorga a la seguridad

[543] 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.

[544] Cuya última revisión fue adoptada el 17 de febrero de 2020. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XG0313(07)&from=ES (Consultado el 24 de octubre de 2021).

nacional, competencia exclusiva de cada Estado. Y partiendo de esta premisa, la Ley 24/2011, en su disposición adicional primera define el equipo militar como el equipo específicamente diseñado o adaptado para fines militares destinado a ser utilizado como armas, municiones o material de guerra[545].

Para facilitar la delimitación del ámbito de aplicación de la Ley 24/2011, el Apéndice I de la Instrucción 27/2018, de 18 de mayo, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se establecen directrices en materia de contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa[546] recoge las diferentes categorías que quedan incluidas en el mismo.

En cuanto a las principales especialidades que presentan la Directiva 2009/81/CE y su norma de transposición, la LCSPDS, las mismas parten de la necesidad de establecer reglas especiales con la finalidad de garantizar tanto la seguridad de la información como la continuidad del suministro. De esta forma se contemplan normas sobre la seguridad de la información (artículo 21) y sobre la forma en que deben gestionarla los diferentes órganos de contratación (Disposición Adicional Quinta), así como sobre la seguridad del suministro (artículo 22) permitiendo a los órganos de contratación establecer determinadas exigencias respecto de ambas cuestiones en la documentación contractual.

Por otro lado, tiene en cuenta, dada la especificidad del objeto y finalidad de estos contratos, la necesidad de flexibilizar los procedimientos generales de contratación, lo que se traduce en la configuración del procedimiento negociado con publicación de anuncio de licitación como procedimiento ordinario[547], el incremento del plazo de vigencia de los acuerdos marco, así como la posibilidad de establecer un trámite previo

[545] Como indicó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución de 16 de julio de 2012 (nº 149/2012) «la disposición adicional citada, cuando define el "equipo militar" refiriéndose a las "armas, municiones o material de guerra" al utilizar el adverbio "como" lo hace por vía de ejemplo, sin que pueda considerarse la enumeración que en él se contiene como una lista cerrada».

[546] Boletín Oficial de Defensa nº 102 de 25 de mayo de 2018.

[547] Como reconoce la Directiva 2009/18/CE en sus Considerandos 47 y 50, «Los contratos a los que se refiere la presente Directiva se caracterizan por sus particulares exigencias en términos de complejidad, o de seguridad de la información o del abastecimiento. Satisfacer tales necesidades suele requerir intensas negociaciones durante el procedimiento de adjudicación del contrato. En consecuencia, a efectos de los contratos a que se refiere la presente Directiva, las entidades o poderes adjudicadores pueden emplear, además del procedimiento restringido, el procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación», y «en algunos casos y circunstancias muy concretas, el procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación».

de selección de contratistas en el procedimiento negociado y la regulación de la subcontratación.

Por otro lado, tal y como señala en su Exposición de Motivos, la ley «establece como principio la aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en todo lo no regulado de forma expresa por la presente Ley, con lo cual, lejos de establecer un régimen de ruptura con la Ley que rige con carácter general la contratación de los entes del sector público, pretende enlazar directamente con ella y, de esta forma, extender la vigencia de los principios que la inspiran también al ámbito de la defensa y la seguridad»[548]. Hasta tal punto llega el interés del legislador en extender dichos principios, que la principal novedad introducida por la Ley 24/2011 y que la diferencia de la normativa de transposición de la Directiva 2009/81/CE en el resto de Estados miembros, es que ha incluido, entre los procedimientos ordinarios, el procedimiento abierto, con el fin de garantizar en estos contratos una mayor transparencia y promover la concurrencia, y que se rige por la LCSP[549].

[548] No obstante, con buen criterio, el Consejo de Estado puso de manifiesto la incorrección de dicha afirmación y la conveniencia de que se hubiera aprobado una única norma que recogiera toda la regulación existente en el ámbito de la Defensa, con lo que, sin duda, se hubieran evitado los problemas interpretativos derivados de la coexistencia de ambas normas a los que posteriormente nos referiremos. En este sentido, el Dictamen 209/2011 de 24 de marzo de 2011, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad señala que «En ocasiones, sin embargo y como se analizará más detenidamente, este principio de no-ruptura parece más bien ser sustituido por una construcción de nueva planta, o más precisamente adicional al edificio de la contratación pública existente. Se obvian las especialidades ya existentes en materia de contratación de defensa (bien en la propia LCSP: contratos excluidos, reglas sobre órganos de contratación; bien en otras normas) y se recogen aquí solo algunas de ellas, las que derivan de la Directiva 2009/81/CE. No ha habido un intento de sistematización de las reglas de contratación pública militar y en el ámbito de la seguridad, sino que da la impresión de que se constituye este sector partiendo de cero -al menos, partiendo solamente de las reglas europeas desde 2009-, cuando existen ya otras normas a tener en cuenta en nuestro ordenamiento. Resultaría preferible que el anteproyecto sometido a consulta se constituyese como Ley que recogiera todas las especialidades en materia de defensa y seguridad, modificando o derogando las previsiones que al respecto se contienen en la LCSP (como se observa después en el apartado IV.B.3 de este dictamen)».

[549] Esta singularidad de la normativa español supuso, en un primer momento, que la plataforma TED (*Tenders Electronic Daily*) que es la que se utiliza para las publicaciones en el Diario Oficial de la Unión Europea, no contemplara la posibilidad de publicar el procedimiento abierto en el ámbito de la Directiva 2009/81/CE por lo que el Ministerio de Defensa tuvo que publicarlos como si fuera de la Directiva 2014/24/UE.

II.3.- Los contratos administrativos en los que sean necesario proteger los intereses esenciales de la seguridad. El artículo 346 del TFUE.

Ya el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea en su redacción primigenia preveía diversos supuestos en los que podría exceptuarse la aplicación de sus disposiciones por diversos motivos[550].

Dentro de estas excepciones, la más relevante es la que se contenía en el artículo 223 cuya redacción, sin variaciones, se recogió en el artículo 296 del texto consolidado y ha pasado al vigente artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE):

> «1. Las disposiciones del presente Tratado no obstarán a las normas siguientes:
>
> Ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad;
>
> Todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.
>
> 2. El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista, que estableció el 15 de abril de 1958, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1».

[550] Así, en materia de restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación y medidas de efecto equivalente, el artículo 36 (artículo 30 del texto consolidado) establecía que sus disposiciones «no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros»; En relación con la libre circulación de trabajadores, el artículo 48 (artículo 39 del texto consolidado) dispone que «las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública»; En materia de derecho de establecimiento, el artículo 56 (artículo 46 del texto consolidado): «Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas». Esta disposición resulta igualmente aplicable en materia de libre prestación de servicios por remisión del artículo 66 (artículo 55 del texto consolidado).

Dicha exclusión tiene especial importancia en el ámbito de la contratación pública cuando esté relacionada con la defensa nacional, ya que al tratarse de un fin esencial de los Estados miembros, que conservan su competencia exclusiva en este ámbito, van a poder exceptuar la aplicación de la normativa comunitaria siempre que concurran los requisitos que se establecen en el citado precepto, y a cuyo estudio dedicaremos el presente apartado.

No obstante, con carácter previo, debe resaltarse, una vez más, la trascendencia de la función de la defensa nacional o, en los términos del artículo 346 TFUE y que posteriormente analizaremos, de los «intereses esenciales de la seguridad», que es la que determina la inclusión de este precepto que supone una excepción a la aplicación de los normativa comunitaria con alcance general, a diferencia de otros supuestos en los que se limitan a libertades determinadas o aspectos concretos del régimen jurídico recogido en la misma. Este alcance general se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 30 de septiembre de 2003, Asunto T-26/01, Fiocchi Minizioni contra Comisión[551]:

> «El régimen establecido por el artículo 296 CE, apartado 1, letra b), pretende preservar la libertad de acción de los Estados miembros en determinadas materias que afectan a la defensa y seguridad nacionales. Como confirma su situación entre las disposiciones generales y finales del Tratado, este artículo posee, respecto a las actividades que regula y en las condiciones que determina, un alcance general, susceptible de afectar a todas las disposiciones de Derecho común del Tratado, en particular las relativas a las normas de competencia».

De este modo, el artículo 346 del TFUE permite la total derogación del Tratado por razón de la defensa nacional, lo que ha dado lugar a que sea objeto de numerosas críticas. Por ello, desde el ámbito doctrinal, hay autores que lo han considerado «anacrónico» en el marco de la consolidación del Mercado Único[552], postura que también

[551] Referida a un supuesto de una posible ayuda de Estado de España a la Empresa Nacional Santa Bárbara.
[552] MARIÑO FERNÁNDEZ, F., *El Tratado de Amsterdam, Análisis y Comentarios,* vol. 1. Dirigido por Marcelino OREJA y coordinado por Francisco FONSECA, Madrid, 1998, pág.375, citado por GONZÁLEZ BARRAL, Juan Carlos, «Los convenios excluidos conforme al artículo 296 del Tratado de la Unión Europea», en ARIÑO y Asociados, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,* Tomo I, Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 154.

adoptó el Parlamento Europeo, proponiendo directamente su supresión en su documento de trabajo «Las industrias de armamento de la CE en transformación»[553].

Por su parte, la Comisión Europea viene manteniendo una posición muy restrictiva respecto de la aplicación del citado precepto, basada en el uso excesivo del mismo por parte de los Estados miembros, siendo numerosas las iniciativas que ha impulsado con el fin de limitar su aplicación, tal y como se analiza en el Capítulo II. En este sentido, ya en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los resultados de la consulta puesta en marcha por el Libro Verde sobre contratos públicos de defensa y a las futuras iniciativas de la Comisión[554], critica abiertamente dichas prácticas:

> «En la práctica, la mayoría de los Estados miembros utilizan casi automáticamente la posibilidad de eximir de las normas comunitarias a casi todos los contratos públicos de defensa, a menudo sin tener en cuenta las condiciones definidas por el Tratado y el Tribunal para el uso del artículo 296. La tasa de publicación de los Ministerios de Defensa asciende a solo el 10%, mientras que la tasa de publicación promedio de los gobiernos centrales es de alrededor del 20% (25% excluyendo defensa). Como consecuencia, la mayoría de los contratos de defensa se adjudican sobre la base de las normas nacionales de contratación, que tienen criterios de selección, procedimientos publicitarios, etc. muy diferentes. Los Estados miembros lo hacen en parte porque consideran que la Directiva PP no siempre es adecuada para la adquisición de material de defensa.
>
> En general, se reconoce que la fragmentación de las normas nacionales de contratación y su aplicación práctica tienen el efecto de limitar la transparencia y la competencia en los mercados de defensa. Esto, a su vez, ha traído consecuencias negativas para la eficiencia del gasto público, para las capacidades militares de los Estados miembros y, finalmente, para la competitividad de la Base Industrial y Tecnológica de Defensa de Europa (EDITB)».

[553] https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/1993/457083/DG-4-SEDE_ET(1993)457083_ES.pdf (Consultado el 23 de octubre de 2021, pág. 74)

[554] {SEC(2005) 1572} https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/05af82af-9c15-49de-b041-f27a8db926ed/language-es?_publicationDetails_PublicationDetailsPortlet_source=search (Consultado el 17 de septiembre de 2021)

De este modo, la Comisión pone de manifiesto la continua contraposición de intereses existente en el ámbito de la contratación en el sector de la defensa, derivada de la existencia, por un lado, del objetivo comunitario de conseguir una mayor apertura de los mercados que permita una mejora de la competitividad y la consolidación de la Base Industrial y Tecnológica de Defensa europea y, por otro, del interés de los Estados miembros de contar con proveedores nacionales que aseguren el suministro en caso de necesidad[555].

En nuestra opinión, los posibles excesos en la invocación de esta exclusión por los Estados miembros para intentar eximir casi todos los contratos públicos de defensa de la normativa comunitaria no pueden considerarse razón suficiente para suprimir o restringir, más allá de sus estrictos términos, la aplicación del vigente artículo 346 del TFUE. Las importantes finalidades que se persiguen con la Defensa Nacional, como atributo propio de la soberanía, dirigidas a la salvaguardia del propio Estado, deben prevalecer frente a cualquier limitación que se pretenda establecer sobre la base del mercado interior, fundamento en razones puramente económicas, que no son argumento suficiente para excluir la soberanía nacional, tal y como reconoce el Tratado. Todo ello sin perjuicio de que, dadas las dificultades presupuestarias para que los Estados puedan alcanzar aisladamente las capacidades necesarias, puedan y deban impulsarse los programas cooperativos, pero respetando siempre la posibilidad de actuación aislada del Estado que así lo considere y en los ámbitos que se estimen oportunos. De este modo, debe mantenerse la posibilidad de invocar el artículo 346, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en dicho precepto, correspondiendo a la Comisión, como guardiana del Tratado, ejercer sus potestades para verificar si se cumplen las condiciones para eximir a los contratos públicos al amparo del artículo 346 del TFUE. Y, en último término, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea le corresponderá pronunciarse sobre los posibles excesos que se hayan producido, tal y como viene ocurriendo hasta el

[555] Con la finalidad de poder conjugar ambos intereses y potenciar un mercado de defensa europeo, la Agencia Europea de Defensa (EDA) por Decisión nº 09/2005 de 21 de noviembre, aprobó el Régimen intergubernamental para promover la competencia en el mercado europeo de equipos de la defensa, generalmente conocido como el «Código de conducta de la Agencia Europea de Defensa», que entró en vigor el 1 de julio de 2006 y al que España se adhirió el 1 de julio de 2007 (AED). Este código se aplica a los contratos de valor igual o superior al millón de euros, siempre que les fuera de aplicación la excepción del artículo 296 del Tratado de la Unión Europea, y tiene por finalidad promover la concurrencia a nivel europeo y la transparencia en estas contrataciones. Para facilitar su cumplimiento se aprobó, el 27 de abril de 2006 el denominado «Código de buenas prácticas en la cadena de suministro».

momento, lo que ha permitido contar con una doctrina jurisprudencial lo suficientemente consolidada al respecto.

Todo ello sin perjuicio de que, si se producen mayores avances en el ámbito político hacia la «defensa europea», buscando una autonomía estratégica a nivel europeo que pueda implicar ciertas renuncias a la soberanía nacional, pueda replantearse su extensión o, incluso, limitarlo a supuestos más concretos que responsan a las necesidades propias de cada Estado miembro. Pero en tanto en cuanto no se consolide el ámbito político, las cuestiones económicas no pueden limitar las facultades soberanas de los Estados miembros relacionadas con su defensa nacional.

II.3.A. Requisitos específicos para que pueda invocarse el artículo 346 del TFUE.

Procede, por tanto, analizar los presupuestos y requisitos recogidos en el artículo 346, con los que se pretende establecer un equilibrio entre los intereses de los Estados miembros en el ámbito de la seguridad y la defensa y los principios y objetivos fundamentales de la Unión Europea.

a) La protección de los intereses esenciales de la seguridad.

El primero de los requisitos para que pueda aplicarse el artículo 346 del TFUE es que su invocación venga motivada por la necesidad de proteger los «intereses esenciales de la seguridad», lo que requiere analizar a qué tipo de intereses se está refiriendo el precepto.

En primer lugar, los mismos han de estar relacionados con el concepto de «seguridad», concepto que no viene definido en el propio Tratado, que en ocasiones utiliza otros conceptos como el de «seguridad pública» o «seguridad nacional», por lo que coincidimos con GONZÁLEZ BARRAL[556] en que no deben sacarse conclusiones terminantes del empleo de uno u otro término.

[556] GONZÁLEZ BARRAL, J.C. «Los convenios excluidos… op. cit., pág. 153: «*Mientras que en otros lugares del propio TCE se menciona el término "Seguridad Pública" o "Defensa Nacional", el precepto que comentamos se refiere exclusivamente s los "intereses esenciales de la seguridad del Estado".*

A este respecto, el TJUE viene manteniendo un criterio amplio, que abarcaría tanto a la seguridad interior de un Estado miembro, como sucedía en el asunto principal que dio lugar a la Sentencia Johnston[557], como a su seguridad exterior, como sucedía en el asunto principal que dio lugar a la Sentencia Sirdar.[558]

Por consiguiente, el concepto seguridad empleado por el artículo 346 del TFUE debe interpretarse en un sentido amplio que comprende, desde luego, la defensa nacional, pero que también se extiende al ámbito de la seguridad nacional, tal y como se ha expuesto en el Capítulo I. No obstante, en el supuesto de la letra b) del apartado 1, al que nos referiremos posteriormente, el concepto es más restringido, puesto que queda limitado únicamente por el propio precepto al ámbito específicamente militar.

Por su parte, la Comisión Europea, en su Comunicación interpretativa sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa de 7 de diciembre de 2006[559], destaca la limitación a los intereses de seguridad, señalando expresamente que 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 sí solos la aplicación de la excepción. A este respecto, ya señalaba la Comisión que las contrapartidas (offsets) indirectas no militares no sirven a intereses de seguridad específicos sino a intereses económicos generales, por lo que no están cubiertas por el precepto aunque estén relacionadas con un contrato de adquisición de material de defensa exento en virtud de ese artículo.

Ciertamente, como pone de manifiesto la doctrina, en los tratados internacionales no es frecuente una definición precisa de las exigencias de la seguridad, de modo que las fronteras entre "Seguridad Nacional", "Seguridad Pública" o, simplemente, "Seguridad" no son nítidas, por lo que no deben extraerse conclusiones terminantes del empleo de uno u otro término».

[557] Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1986. Asunto 222/84. Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary. Se trata de una decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación con un miembro armado de una policía auxiliar.

[558] Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno) de 26 de octubre de 1999, asunto C-273/97, Angela Maria Sirdar contra The Army Board y otros. Se trata también de una cuestión prejudicial relacionada con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en este caso por la negativa a contratar como cocinera a una mujer en un cuerpo de élite de las fuerzas armadas.
Este criterio amplio se recoge igualmente en otras sentencias, como las Sentencias de 4 de octubre de 1991, Richardt y «Les Accessoires Scientifiques», C-367/89, de 17 de octubre de 1995, Leifer y otros, C-83/94, Sentencia de 11 de enero de 2000, Asunto C-285/98, Caso Tanja Kreril contra Bundesrepublik, Sentencia de 13 de julio de 2000, Asunto C-423/98, Caso Albore y Sentencia de 11 de marzo de 2003, Asunto C-186/2001, Caso Alexander Dory contra Alemania.

[559] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0779&from=PL (Consultado el 23 de octubre de 2021).

Por otro lado, el precepto se refiere no a cualquier interés que esté relacionado con la seguridad, sino que introduce el calificativo «esencial», lo que reduce su ámbito de aplicación a aquellos contratos que sean de la máxima importancia de los Estados miembros.[560] De este modo, el precepto introduce una restricción adicional, evitando el uso excesivo del precepto y, por consiguiente, la inaplicación de la normativa comunitaria, para la contratación de cualquier producto que pueda servir a las necesidades de la defensa nacional. No obstante, la «esencialidad» vendrá determinada por diferentes factores políticos, estratégicos y económicos, por lo que su apreciación puede variar de unos Estados a otros.

Por consiguiente, el concepto de «intereses esenciales de la seguridad» es un concepto jurídico indeterminado, cuya precisión debe realizarse por cada Estado miembro en cada caso concreto atendiendo a las específicas circunstancias concurrentes, de modo que, como señalara el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, que sólo permite una «unidad de solución justa» en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición. Pero entendiendo, con el citado profesor, que esa «unidad de solución justa» no significa que haya una sola y única conducta capaz de merecer dicha calificación, sino que remite a una «apreciación por juicios disyuntivos», ya que no puede ser las dos cosas al mismo tiempo. Por tanto, en un caso concreto, o existe un «interés esencial para la seguridad» o no existe, lo que debe valorarse atendiendo a circunstancias objetivas y no meramente a la voluntad del aplicador de la norma, normalmente los Gobiernos o los Ministerio de Defensa de los Estados miembros, lo que va a permitir su control por los tribunales. Pero el ejercicio de esa facultad de control no puede considerarse ilimitada, ya que, siguiendo de nuevo al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, nos encontramos ante un supuesto que no incorpora nociones de experiencia sino que se trata de «conceptos de valor» que implican juicios de valor tanto técnicos como, especialmente, políticos, dada su vinculación con la soberanía nacional y el nivel de seguridad que se pretenda alcanzar en un país, y que, por tanto «proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la Administración una cierta presunción en favor de su juicio dentro del "halo" del concepto, presunción que, desde luego, no llega hasta excluir el control judicial, aunque sí limita sus posibilidades, ya que

[560] LAZO VITORIA, X., «Los contratos públicos sobre defensa y seguridad en el mercado europeo», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.82 (1), págs. 99 a 124.

el juez deberá normalmente conformarse con un control de los límites o de los excesos en que la Administración haya podido incurrir, siempre posibles, y que la prueba que se practique en el curso del proceso podrá eventualmente acreditar».[561]

A este respecto, el TJUE viene reconociendo un margen de apreciación especialmente amplio a los Estados miembros, tal y como se destaca en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, Asunto T-26/01, Fiocchi Minizioni contra Comisión:

> «Por otra parte, al establecer que no obsta a que un Estado miembro adopte, respecto a las actividades de que se trata, las medidas «que estime necesarias» para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, el artículo 296 CE, apartado 1, letra b), otorga a los Estados miembros un margen de discreción particularmente amplio para la apreciación de la necesidad de tal protección».

Este «margen de discreción particularmente amplio» al que se refiere el Tribunal, implica reconocer que los «intereses esenciales de la seguridad» pueden variar en función de los Estados miembros, tal y como se ha indicado anteriormente, lo cual da lugar a la paradoja, tal y como pone de relieve GARCÍA-TREVIJANO[562] de que la potencial utilización de la excepción del artículo 296.1 .b) del TCE (actual artículo 346 del TFUE) variará sustancialmente para los Estados miembros en función de la amplitud con la que conciban los referidos «intereses esenciales de la seguridad», por lo que cuanto más amplia sea su forma de entender el alcance de dichos intereses esenciales, mayor será la posibilidad de utilizar la excepción del artículo 346.1.b), lo que ello sin duda invita a concebir de la manera más amplia posible la expresión «intereses esenciales de la seguridad».

No obstante, siendo cierta dicha afirmación, de la que existen numerosos ejemplos en la práctica, ello no supone una libertad absoluta, ya que como hemos visto, puede ser objeto de control jurisdiccional para evitar su uso excesivo, control expresamente

[561] GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 2000, págs. 457 a 461.
[562] GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «Consideraciones sobre el contrato de suministro.. op. cit. pág. 307.

contemplado en el artículo 348 del TFUE por el TJUE, a instancias de la Comisión o de cualquier Estado miembro.

No obstante, esa amplitud de apreciación no exime de la necesidad de acreditarlo oportunamente, ya que no basta la mera invocación de dichos intereses para aplicar la exclusión del artículo 346 del TFUE, siendo precisamente los elementos de prueba que se aporten los que permitirán el control por el Tribunal. De este modo, la Sentencia de 4 de septiembre de 2014, asunto C-474/12, Caso Schiebel Aircraft GmbH contra Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend recuerda el criterio del TJUE relativo a la necesidad de prueba:

> «Por otra parte, aunque el apartado 1, letra b), de dicho artículo haga referencia a las medidas que un Estado miembro puede estimar necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, no cabe interpretarlo, no obstante, como si atribuyera a los Estados miembros la facultad de establecer excepciones a las disposiciones del Tratado mediante la mera invocación de dichos intereses (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Finlandia [TJCE 2009, 391] , EU:C:2009:778, apartado 47, e Insinööritoimisto InsTiimi [TJCE 2012, 133] , EU:C:2012:324, apartado 35). En efecto, el Estado miembro que invoque el artículo 346 TFUE (RCL 2009, 2300) , apartado 1, letra b), debe demostrar la necesidad de recurrir a la excepción establecida en dicha disposición con el fin de proteger los intereses esenciales de su seguridad (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Finlandia [TJCE 2009, 391] , EU:C:2009:778, apartado 49, e Insinööritoimisto InsTiimi [TJCE 2012, 133] , EU:C:2012:324, apartado 45)».

Por otro lado la Comisión Europea, en su Comunicación Interpretativa, después de reconocer que es responsabilidad de los Estados miembros definir y proteger sus intereses de seguridad, al igual que lo hace la Directiva 2009/81/CE[563], y que gozan de

[563] Considerando 16: «En sus artículos 30, 45, 46, 55 y 296, el Tratado prevé excepciones específicas a la aplicación de los principios que enuncia y, en consecuencia, a la aplicación del Derecho derivado de ellos. De lo anterior se desprende que ninguna disposición de la presente Directiva debe impedir que se impongan o apliquen las medidas que resulten necesarias para salvaguardar los intereses cuya legitimidad esté reconocida por las citadas disposiciones del Tratado. Esto significa, en particular, que la adjudicación de los contratos que entren dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva puede quedar exenta de esta última si ello se justifica por razones de seguridad pública o que sean necesarias para la protección

una especial flexibilidad en la elección de las medidas para proteger esos intereses [564], hace especial referencia a la necesidad de tener en cuenta también los intereses que se van manifestado a nivel europeo, algo que es lógico que se contenga en un documento de la Comisión, aunque se trata de un proceso todavía inconcluso, tal y como se analiza en el Capítulo II:

> «Al mismo tiempo, los intereses de seguridad de los Estados miembros deben considerarse también desde una perspectiva europea. Pueden variar, por ejemplo, por razones geográficas o históricas. Por otra parte, la integración europea ha dado lugar a una convergencia creciente de los intereses nacionales entre los Estados miembros. El desarrollo de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD) ilustra que esto es cada vez más cierto también en el ámbito de la seguridad y la defensa. Los Estados miembros comparten en particular el objetivo de desarrollar un mercado común de material de defensa y una base industrial y tecnológica de defensa competitiva. Deben tener esto en cuenta cuando valoren si la aplicación de las normas de contratación pública de la UE, destinadas a promover la competencia intraeuropea, socavaría los intereses esenciales de su seguridad».

b) Supuesto de la letra a) del apartado 1: divulgación de información.

La letra a) del apartado 1 contempla un supuesto específico, relacionado con la necesidad de garantizar la seguridad de la información, estableciendo que ningún Estado

---

de los intereses esenciales de seguridad de un Estado miembro. Ese puede ser el caso de los contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad que requieran unos requisitos en materia de seguridad del abastecimiento de un grado de exigencia tal o que sean tan confidenciales y/o importantes para la soberanía nacional que incluso las disposiciones específicas de la presente Directiva no sean suficientes para salvaguardar los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembros, cuya definición es responsabilidad exclusiva de los Estados miembros».

[564] La Comunicación Interpretativa considera imprescindible, a fin de que los Estados miembros pueden conciliar sus prerrogativas en el ámbito de la seguridad con las obligaciones que les incumben en virtud del Tratado, que se realice una evaluación meticulosa para cada contrato sobre si está justificada o no una exención de las normas comunitarias, por lo que las entidades adjudicadoras deben evaluar:

- ¿Qué interés de seguridad esencial está en juego?
- ¿Cuál es la relación entre este interés de seguridad y la decisión específica de contratación?
- ¿Por qué la inaplicación de la Directiva de contratos públicos es necesaria en este caso específico para la protección de este interés esencial de seguridad?

miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad.

Este apartado, a diferencia de la letra b) a la que posteriormente nos referiremos, presenta la singularidad de que no queda limitado únicamente a los contratos referidos a la defensa nacional y que persigan satisfacer finalidades específicamente militares, sino que al no establecerse mayores restricciones en su articulado, abarcaría cualquier contrato que afecte a la seguridad en un sentido amplio, incluida, por tanto, la seguridad pública. En este sentido, la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa de 7 de diciembre de 2006 señala lo siguiente:

> «El artículo 296, apartado 1, letra a), del Tratado CE excede del ámbito de la defensa y está destinado en general a proteger la información que los Estados miembros no pueden revelar a nadie sin con ello socavar intereses esenciales de su seguridad. Esto puede referirse también a los contratos públicos de suministro de equipo sensible, tanto en el sector de la defensa como en el de la seguridad. Sin embargo, en general, el artículo 296, apartado 1, letra b) del Tratado CE regula la posible necesidad de confidencialidad relacionada con el proceso de contratación de material militar».

Por otro lado, esta excepción puede abarcar también la adquisición de equipo de doble uso para fines de seguridad tanto militares como no militares, si la aplicación de las normas comunitarias obligase a un Estado miembro a revelar información perjudicial para los intereses esenciales de su seguridad. En este sentido se pronuncia la Comisión en su Comunicación Interpretativa sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa de 7 de diciembre de 2006:

> «A diferencia del artículo 296, apartado 1, letra b), el artículo 296, apartado 1, letra a), del Tratado CE puede abarcar también la adquisición de equipo de doble uso para fines de seguridad tanto militares como no militares, si la aplicación de las normas comunitarias obligase a un Estado miembro a revelar información perjudicial para los intereses esenciales de su seguridad».

Por tanto, este precepto se caracteriza porque la finalidad pretendida es proteger aquella información que un Estado miembro considera que no puede difundirse sin que se vean afectados los intereses esenciales de la seguridad, por lo que la misma no quedaría

lo suficientemente protegida ni siquiera aplicando las excepciones a la publicidad que se contiene en la normativa contractual comunitaria. En este sentido, la Directiva 2009/81/CE contempla algunos ejemplos que justificarían la aplicación de la exención, como cuando los contratos sean de carácter tan sensible que incluso su existencia deba mantenerse en secreto (Considerando 26) o el caso de los contratos estipulados por los servicios de inteligencia o de los contratos para todo tipo de actividades de inteligencia, incluidas las actividades de contrainteligencia, o el caso de otras compras especialmente sensibles que requieren un nivel extremadamente elevado de confidencialidad, como, por ejemplo, determinadas compras destinadas a la protección de las fronteras o a la lucha contra el terrorismo o la delincuencia organizada, relacionadas con el cifrado, o destinadas específicamente a actividades encubiertas u otras actividades igualmente sensibles llevadas a cabo por la policía y las fuerzas de seguridad (Considerandos 26 y 27).

c) Supuesto de la letra b) del apartado 1: producción o comercio de armas, municiones y material de guerra.

Este supuesto es el que legitima, con carácter general, la exclusión de la normativa comunitaria de los contratos públicos de defensa[565], en cuanto que están referidos al comercio de armas, municiones y material de guerra, siempre que se den los requisitos que en el mismo se contienen y se trate de material militar incluido en la lista a la que se refiere el apartado 2 del artículo 346 del TFUE.

Por lo tanto, los requisitos para aplicar esta exclusión son:

[565] Aunque no se limita solo al ámbito contractual, ya que la exclusión abarca cualquier otro aspecto incluido en el Tratado, como pueden ser las reglas de la competencia y las ayudas de Estado. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera) de 30 de septiembre de 2003 Asunto T-26/2001 Caso Fiocchi Munizioni SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas señala en su apartado 59:« En este contexto, cuando un Estado miembro adopta, a favor de actividades de producción o de comercio de armas, munición o material de guerra incluidos en la lista del Consejo de 15 de abril de 1958, una medida de ayuda sobre la base de consideraciones relacionadas con la necesidad de proteger los intereses esenciales de la seguridad interior, las normas de la competencia no son aplicables a tal ayuda de Estado. Por tanto, en tal caso concreto, el Estado miembro de que se trate no está obligado a notificar previamente la medida de ayuda a la Comisión. Frente a tal ayuda, la Comisión no puede recurrir al procedimiento de examen previsto en el artículo 88.

a.1. Que los productos a suministrar se encuentren dentro de la lista aprobada por la Decisión 255/58 del Consejo, de 15 de abril de 1958.

De este modo, se establece una primera limitación de carácter objetivo, ya que la exclusión prevista en el artículo 346.1.b) del TFUE no está destinado a aplicarse a las actividades relativas a productos que no sean productos militares contenidos en la lista del Consejo de 15 de abril de 1958[566].

El principal problema que ha planteado esta lista es que la misma no es pública, aunque el 26 de noviembre de 2008 el Consejo hizo público un extracto[567], de acuerdo con el cual estarían incluidos en la misma:

> l. Armas de fuego portátiles y automáticas, tales como fusiles, carabinas, revólveres, pistolas, metralletas y ametralladoras, con excepción de las armas de caza, pistolas y otras armas de pequeño calibre, de un calibre inferior a 7 mm.
>
> 2. Material de artillería y lanzahumos, lanzagases, lanzallamas, tales como: a) cañones, obuses, morteros, piezas de artillería, armas anticarros, lanzacohetes, lanzallamas, cañones sin retroceso; b) material militar para el lanzamiento de humos y gases.
>
> 3. Municiones destinadas a las armas mencionadas en los números 1 y 2.
>
> 4. Bombas, torpedos, cohetes e ingenios teledirigidos: a) bombas, torpedos, granadas, incluidas las granadas de humo, botes de humo, cohetes, minas, ingenios teledirigidos, granadas submarinas, bombas incendiarias; b) aparatos y dispositivos para usos militares, especialmente concebidos para la manipulación, activación, desactivación, detonación o detección de las municiones enumeradas en la anterior letra a).
>
> 5. Material de dirección del tiro para usos militares: a) calculadores de tiro y aparatos de puntería de infrarrojo y otro material de puntería nocturna; b)

[566] Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera) de 30 de septiembre de 2003 Asunto T-26/2001 Caso Fiocchi Munizioni SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas señala en su apartado 61.

[567] Extracto accesible en:
http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2014538%202008%20REV%204 (Consultado el 23 de octubre de 2021).

telémetros, indicadores de posición, altímetros; c) dispositivos de observación electrónicos, giroscópicos, ópticos y acústicos; d) visores de bombardeo y alzas de cañón, periscopios para el material citado en la presente lista.

6. Carros de combate y vehículos especialmente concebidos para usos militares: a) carros de combate; b) vehículos de tipo militar, acorazados o blindados, incluidos los vehículos anfibios; c) trenes blindados; d) vehículos militares con semicadenas; e) vehículos militares parala reparación de los carros de combate; f) remolques especialmente concebidos para el transporte de las municiones mencionadas en los números 3 y 4.

7. Agentes tóxicos o radiactivos: a) agentes tóxicos biológicos o químicos y agentes radiactivos adaptados para producir en caso de guerra efectos destructores en las personas, los animales o las cosechas; b) material militar para la propagación, detección e identificación de las sustancias mencionadas en la letra a) de este número; c) material de protección contra las sustancias enumeradas en la letra a) de este número.

8. Pólvoras, explosivos y agentes de propulsión líquidos o sólidos: a) pólvoras y agentes de propulsión líquidos o sólidos especialmente concebidos y fabricados para el material mencionado en los números 3, 4 y 7; b) explosivos militares; c) mezclas incendiarias y congelantes para usos militares.

9 Barcos de guerra y sus equipos especializados: a) barcos de guerra de toda clase; b) equipos especialmente concebidos para la colocación detección y dragado de minas; c) redes submarinas.

10. Aeronaves y sus equipos para usos militares.

11. Material electrónico para usos militares.

12. Aparatos tomavistas especialmente concebidos para usos militares.

13. Otros equipos y material.

14. Piezas y partes especializadas del material incluido en esta lista, en la medida en que tengan naturaleza militar.

15. Máquinas, equipos y artículos especialmente concebidos para el estudio, la fabricación, los ensayos y el control de las armas, municiones y aparatos de naturaleza exclusivamente militar incluidos en esta lista.

Otro problema que ha planteado la lista deriva de la fecha de su aprobación, sin que haya sido modificada con posterioridad pese a los importantes avances tecnológicos que se han producido en los más de 60 años transcurridos desde entonces[568]. No obstante, a juicio de la Comisión, la lista de 1958 parece suficientemente genérica para abarcar las innovaciones recientes y futuras.

Por otro lado, en el Capítulo II se analiza la evolución desde el armamento tradicional hasta los modernos sistemas de armas, considerando igualmente la Comisión que la exclusión puede abarcar también la contratación de servicios y obras directamente relacionados con los productos incluidos en la lista, así como métodos de adquisición modernos, centrados en las capacidades, siempre con sujeción al cumplimiento de las demás condiciones para la aplicabilidad del actual artículo 346 del TFUE. Otra interpretación hubiera supuesto excluir los modernos sistemas de armamento y sus plataformas, que son, precisamente, los principales supuestos en los que se podrá acudir a esta excepción, al tratarse de los supuestos más importantes que afectan a los intereses esenciales de la seguridad, y que en España se suelen incluir en los Programas Especiales de Modernización (PEA,s).

a.2. Que los productos estén destinados a fines específicamente militares.

El último de los requisitos es que se trate de productos destinados a fines específicamente militares lo que excluye, en el ámbito de esta excepción, el material de doble uso, civil y militar.

En este sentido se pronuncia la Comunicación Interpretativa de la Comisión:

[568] Como ya señalaba BALADO en el año 1989, esta lista, fijada por Decisión del Consejo número 225/1958, de 31 de marzo, no ha sido modificada desde entonces, por lo que no se encuentra en armonía con la legislación actualmente vigente en muchos Estados miembros, así como con las necesidades que presenta hoy día la defensa. BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. *Industria y Defensa Nacional*. Estudio Jurídico-Administrativo, Ministerio de Defensa, Madrid, 1989, pág. 167.

«Por otra parte, la lista de 1958 incluye únicamente material de naturaleza y finalidad puramente militar. Es cierto que la seguridad se ha convertido en un concepto cada vez más complejo, al existir nuevas amenazas que difuminan la línea divisoria tradicional entre las vertientes de seguridad militar y no militar, externa e interna. No obstante, puesto que las funciones de las fuerzas de seguridad militares y no militares siguen siendo diferentes, normalmente es posible distinguir entre los contratos públicos de suministro de material militar y no militar.

La naturaleza de los productos incluidos en la lista de 1958 y la referencia explícita que se hace en el artículo 296 del Tratado CE a «fines específicamente militares» confirma que sólo los contratos públicos de suministro de material diseñado, desarrollado y producido para fines específicamente militares pueden estar exentos de las normas comunitarias, de conformidad con el artículo 296, apartado 1, letra b), del Tratado CE.

En cambio, los contratos de suministro para fines de seguridad no militares están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 296, apartado 1, letra b), del Tratado CE. En el caso de estos contratos, los intereses de seguridad pueden justificar la exención de las normas comunitarias con arreglo al artículo 14 de la Directiva de contratos públicos, siempre que se cumplan las condiciones para su aplicación».

Esta cuestión se le había planteado al TJUE con ocasión del recurso interpuesto por la Comisión Europea denunciando la práctica seguida por Italia de adjudicar directamente a Agusta SpA (en lo sucesivo, «Agusta») contratos para la adquisición de helicópteros de las marcas Agusta y Agusta Bell, destinados a cubrir las necesidades de los distintos cuerpos militares y civiles del Estado italiano, sin haber seguido ningún procedimiento de licitación y, en particular, sin haber seguido los procedimientos previstos en las Directivas. A este respecto, la Sentencia de 8 abril 2008. Asunto C-337/05. Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Italia, ante la alegación de la República Italiana de que las compras de helicópteros de las marcas Agusta y Agusta Bell cumplen las condiciones legítimas de interés nacional previstas en los artículos 296 CE y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/36, por cuanto dichos helicópteros son bienes de doble uso, es decir, que pueden servir tanto para fines civiles como militares, el TJUE destaca lo siguiente:

> «Del tenor literal de la mencionada disposición se desprende que los productos de que se trata deben estar destinados a fines específicamente militares. De ello se deduce que la adquisición de equipos, cuya utilización para fines militares se considere poco cierta, deberá respetar necesariamente las normas de adjudicación de los contratos públicos. El suministro de helicópteros a cuerpos militares con vistas a una utilización civil deberá respetar estas mismas normas».

Y de ahí que el Tribunal concluya que un órgano de contratación no puede invocar el vigente artículo 346, apartado 1 letra b) del TFUE para justificar una medida de excepción con motivo de la compra de un material que tiene ciertamente aplicaciones civiles indudables y posiblemente una finalidad militar.

Posteriormente, en la Sentencia de 7 de junio de 2012 asunto C-615/10 Caso Insinööritoimisto InsTiimi Oy contra Puolustusvoimat, se plantea la posible aplicación de la excepción a un contrato público adjudicado por un órgano de contratación en el sector de la defensa para la adquisición de un material que, aunque destinado a fines específicamente militares, puede igualmente ser objeto de aplicaciones civiles muy similares, lo que considera únicamente posible cuando por sus características propias, ese material puede considerarse especialmente concebido y desarrollado, incluidas, en consecuencia, las modificaciones sustanciales, para fines específicamente militares:

> «Por otra parte, aun cuando un producto corresponda a una u otra de las categorías de materiales que figuran en la lista del Consejo de 15 de abril de 1958, en el supuesto de que existan aplicaciones técnicas de carácter civil ampliamente similares, sólo puede considerarse destinado a fines específicamente militares en el sentido del artículo 296 CE (RCL 1999, 1205 ter) si tal uso es no sólo aquel al que pretende destinarlo el órgano de contratación, sino también, como señaló el Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, el que se desprende de características propias de un equipo especialmente concebido, desarrollado o modificado sustancialmente para tales fines».

Esta Jurisprudencia adquiere especial relevancia en un momento como el actual, ya que en la evolución de los sistemas de armas al ámbito digital en la denominada Revolución Industrial o Industria 4.0., están teniendo una notable implicación tecnologías como la inteligencia artificial, el 5G, el *big data,* el internet de los objetos (Iot), la realidad

virtual, el proceso en la nube o la impresión 3D, entre otros[569], en los que los principales avances se producen en el ámbito civil impulsados por las grandes corporaciones tecnológicas.

Por consiguiente, para la aplicación de la excepción, además de la necesidad de proteger los intereses esenciales de la seguridad, se requiere que se trate de productos incluidos en la lista de 1958 y que, además, estén destinados a fines específicamente militares, lo que, en el caso de material que tiene un uso civil, requeriría que puede considerarse especialmente concebido y desarrollado, incluidas, en consecuencia, las modificaciones sustanciales, para fines específicamente militares.

No obstante, en la actualidad, ante la aparición de nuevos riesgo y amenazas, de carácter híbrido o difuso, frente a los cuales debe buscarse una actuación holística del Estado con los distintos medios a su alcance, integrados en el concepto moderno de Seguridad Nacional, en el que las Fuerzas Armadas colaboran en acciones civiles y las fuerzas civiles intervienen en acciones militares, considero que no es tan fácil identificar cuándo se trata de fines específicamente militares. Por ello, no compartimos la afirmación de la Comisión cuando considera que, dado que las funciones de las fuerzas de seguridad militares y no militares siguen siendo diferentes, normalmente es posible distinguir entre los contratos públicos de suministro de material militar y no militar.

A este respecto, como señala GARCÍA-TREVIJANO[570], la circunstancia de que se trate de productos militares, sin embargo no excluye que puedan ser destinados a servicios no militares, ya que la realidad práctica demuestra cada vez con más asiduidad que determinados productos son utilizados indistintamente por las fuerzas de seguridad no militares y por las fuerzas armadas (militares). Por ello, lo realmente determinante es que los productos de «naturaleza y finalidad puramente militar» de la lista de 1958, se destinen exclusivamente a «fines específicamente militares».

No obstante, el problema surge en qué debe considerarse como fines específicamente militares. El citado autor, al igual que la Comisión, atiende a la naturaleza de los sujetos para los que se adquieren los productos, afirmado que si pretendiera equiparse a las

[569] En este sentido, véase SANJURJO JUL, J. M., «La Armada en la cuarta revolución industrial: algunas reflexiones», en *Revista General de Marina*, agosto/septiembre 2020, tomo 270, Ministerio de Defensa, págs. 225 a 251.
https://publicaciones.defensa.gob.es/pprevistas/REVISTAS_PDF21651/page_22.html
[570] GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «Consideraciones sobre el contrato de suministro… op. cit., pág. 306.

fuerzas de seguridad no militares con productos de la lista de 1958, el Estado miembro no podría apelar a la excepción prevista en el actual artículo 346.1.b) del TCE. No obstante, entiende que los «fines específicamente militares» no pueden entenderse circunscritos exclusivamente a la defensa del Estado como consecuencia de una agresión exterior, sino que a cada Estado miembro le corresponde delimitar las funciones que asigna a sus fuerzas armadas (militares), de manera que lo que puede considerarse como *«fines específicamente militares»* puede variar sustancialmente dependiendo de cada Estado. Por ello, un Estado puede asignar la seguridad de sus fronteras a las fuerzas armadas en vez de a las fuerzas de seguridad, lo que se traduciría en que los suministros necesarios de los productos contenidos en la lista de 1958 para proveer a los militares que tengan asignada dicha función, podría quedar dentro del ámbito de los «fines específicamente militares», y con ello, cumpliéndose los demás requisitos, podría el Estado utilizar la excepción contenida en el artículo 346.1.b) del TCE.

Por el contrario, consideramos que debería prevalecer la función frente al sujeto que la desarrolla. Como hemos visto, el artículo 346 del TFUE no hace referencia a los sujetos para los que se adquieren los productos, sino a los fines a los que se dedican, por lo que adquisición para las Fuerzas Armadas de productos que vayan a tener un utilización civil deberá sujetarse a la normas de adjudicación de los contratos públicos, tal y como establece la Sentencia del TJUE de 8 de abril de 2008 en el Caso Comisión contra Italia, en relación al suministro de helicópteros a cuerpos militares con vistas a una utilización civil. Del mismo modo, tal y como se defiende en el presente trabajo, la defensa nacional no es una competencia exclusiva de las Fuerzas Armadas, sino que es un deber de todos los poderes públicos y de los ciudadanos, habiendo quedado superada su concepción tradicional como garantía frente a las agresiones exteriores, e integrada en el concepto más amplio de Seguridad Nacional, en cuya efectividad intervienen otros elementos como la seguridad pública o la protección civil. Asimismo, en España existe un cuerpo policial de naturaleza militar, la Guardia Civil, con misiones específicamente militares, y también está prevista la participación de otros recursos tanto en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional como en la Ley de Seguridad Nacional. Para la adecuada coordinación, esta última ley orgánica prevé la elaboración de planes y la declaración de recursos, cuya efectividad requerirá la necesaria interoperabilidad entre los que usan las Fuerzas Armadas y los que usan el resto de los sujetos intervinientes. Esto podría suponer que, en determinados supuestos, que serían excepcionales, ya que el empleo de material militar

por sujetos distintos a las Fuerzas Armadas es muy restrictivo y sometido a limitaciones legales[571], podrían adquirirse productos de la lista de 1958 destinados a fines específicos de la defensa nacional pero que no fueran a ser utilizados por las Fuerzas Armadas, y que deberían poder excluirse de la normativa comunitaria para evitar que, ante una misma función y con una misma misión, los sujetos intervinientes utilicen materiales distintos.

No obstante, el planteamiento defendido, aunque más adecuado a la situación presente, no tendría cabida con la regulación actual, dada la referencia explícita al concepto «militar» contenido en el artículo 346 del TFUE y la interpretación restrictiva que debe hacerse del citado precepto.

a.3. Que tenga como objetivo «la protección de los intereses esenciales de su seguridad».

Para la aplicación de la excepción, no es suficiente con que concurran los requisitos objetivos de tratarse de productos incluidos en la lista de 1958 y que se destinen a «fines específicamente militares», sino que, como se ha indicado anteriormente, es preciso también que se trate de medidas necesarias, adoptadas por el Estado miembro para «la protección de los intereses esenciales de su seguridad», reconociendo el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 30 de septiembre de 2003 (T-26/2001, Fiocchi Munizioni contra la Comisión), un margen de discreción particularmente amplio a los Estado miembro para la apreciación de la necesidad de tal protección.

II.3.B. Requisitos comunes a todos los supuestos de exclusión de la normativa comunitaria.

Además de cumplir con los requisitos específicos contemplados en el artículo 346 del TFUE, su invocación debe ajustarse, asimismo, a los criterios que, con carácter

[571] Como ocurre respecto de las armas de guerra, conforme al artículo 5 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.

general, ha venido señalando el TJUE respecto de la posible exclusión de la aplicación de la normativa comunitaria, que podemos sistematizar de la siguiente forma:

a) Interpretación estricta.

Las excepciones que se establecen en dicho artículo, al igual que todos aquellos artículos que permiten no aplicar los principios y normas del tratado, han de ser objeto de interpretación estricta, tal y como se recoge en todas las sentencias que se pronuncian al respecto[572], ya que «al constituir una excepción a un principio fundamental del Tratado, debe interpretarse de manera que no extienda sus efectos más allá de lo necesario para la protección de los intereses que pretende garantizar».

Asimismo, como señala la Sentencia de 16 de septiembre de 1999, Asunto C-414/97, Caso Comisión contra España:

> «En este contexto, procede señalar, como ya declaró este Tribunal de Justicia en la sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651), apartado 26, que el Tratado sólo prevé excepciones aplicables a situaciones que pueden poner en peligro la seguridad pública en sus artículos 36, 48, 56, 223 y 224 del Tratado CE (actualmente artículos 30 CE, 39 CE, 46 CE, 296 CE y 297 CE, tras su modificación), que se refieren a hipótesis excepcionales delimitadas. Estos artículos, por su carácter limitado, no se prestan a una interpretación extensiva».

Por esta razón, el TJUE ha declarado reiteradamente que no se puede deducir la existencia de una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública. Reconocer la existencia de tal reserva, sin atender a las condiciones específicas de las disposiciones del Tratado, podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación

[572] Sentencia TJUE de 4 de octubre de 1991, Asunto C-367/89, Caso Rickardt y Les Accesories Scientifiques, Sentencia TJUE de 3 de mayo de 1994, Asunto C-328/92 Caso Comisión contra España, Sentencias TJUE 11 de enero de 2000, Asunto C-285/98, Caso Tanja Kreril contra Bundesrepublik, Sentencia de 28 de marzo de 1995 Asunto C-234/93, Caso Evans Medical, Sentencia 11 de septiembre de 2008, Asunto C-141/07 Caso Comisión contra Alemania, Sentencia de 2 de octubre de 2008, Asunto C-157/06, Caso comisión contra Italia, Sentencia de 16 de septiembre de 1999, Asunto C-414/97, Caso Comisión contra España, Sentencia de 15 de diciembre de 2009, Asunto C-372/05, Caso Comisión contra Alemania, Sentencia de 4 de septiembre de 2014, Caso Schiebel, Sentencia 15 de mayo de 1986, Asunto 222/84, Johnston, entre otras.

uniforme del Derecho comunitario (Sentencias TJUE 11 de enero de 2000, Asunto C-285/98, Caso Tanja Kreril contra Bundesrepublik, Sentencia de 15 de diciembre de 2009, Asunto C-372/05, Caso Comisión contra Alemania, Sentencia de 11 de marzo de 2003, Asunto C-186/2001, Caso Alexander Dory contra Alemania).

b) Necesidad de prueba.

Al tratarse de preceptos que exceptúan de la aplicación de las normas del Tratado y que han de ser objeto de interpretación estricta, corresponde a las autoridades nacionales demostrar que esas disposiciones son necesarias para alcanzar el objetivo invocado, por lo que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ellas (Sentencia 11 de septiembre de 2008, Asunto C-141/07 Caso Comisión contra Alemania y Sentencia TJUE de 3 de mayo de 1994, Asunto C-328/92 Caso Comisión contra España). Por esta razón, en relación con el supuesto contemplado en el actual artículo 346 del TFUE, la sentencia de 15 de diciembre de 2009, Asunto C-372/05, Caso Comisión contra Alemania es clara respecto a que, «aunque dicho artículo haga referencia a las medidas que un Estado miembro puede estimar necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad o de los datos cuya divulgación considere contraria a dichos intereses, no cabe interpretarlo como si atribuyera a los Estados miembros la facultad de establecer excepciones a las disposiciones del Tratado mediante la mera invocación de dichos intereses»[573].

[573] Como ejemplo, la Sentencia de 16 de septiembre de 1999, Asunto C-414/97, Caso Comisión contra España, respecto de la normativa española que había considerado exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido las importaciones y adquisiciones intracomunitarias de armamento, munición y material para uso exclusivamente militar, consideró que, al ser el objetivo de la norma definir y asignar los recursos financieros que posibiliten la potenciación y modernización de las Fuerzas Armadas españolas, el Reino de España no había demostrado que las exenciones previstas por la Ley española fueran necesarias para proteger intereses esenciales de su seguridad. Más recientemente, en la Sentencia de 4 de septiembre de 2014, Asunto C-474/12, Caso Schiebel Aircraft GmbH contra Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, señala lo siguiente:«Pues bien, aunque las actividades que constituyen el objeto de la autorización solicitada por Schiebel Aircraft, a saber, el comercio de armas y municiones militares y la intermediación en la compraventa de éstas, puedan estar comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la excepción prevista en el artículo 346 TFUE (RCL 2009, 2300) , apartado 1, letra b), no se desprende de la resolución de remisión, ni de los autos de que dispone el Tribunal de Justicia, que la República de Austria, cuyo Gobierno no ha presentado observaciones al Tribunal de Justicia, haya aportado la prueba de que el requisito de nacionalidad impuesto a dicha sociedad fuera necesario para proteger los intereses

c) Proporcionalidad de la medida.

La aplicación de las exclusiones debe realizarse con estricta observancia del principio de proporcionalidad[574], por lo que únicamente podrá recurrirse a ellas cuando sea adecuada para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, no va más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo y no exista ninguna otra medida menos restrictiva que permita alcanzar el mismo objetivo (Sentencia TJUE de 4 de octubre de 1991, Asunto C-367/89, Caso Rickardt y Les Accesories Scientifiques, Sentencia 13 de julio de 2000, Asunto C-423/98, Caso Albore).

Un ejemplo reciente de aplicación de este principio lo encontramos en la Sentencia de 4 de septiembre de 2014, Caso Schiebel, por la negativa del gobierno austriaco a autorizar a Schiebel Aircraft para ejercer actividades en el sector armamentístico por no poseer uno de sus representantes legales la nacionalidad austriaca, al amparo del artículo 346.1.b) del TFUE, señala lo siguiente en sus apartados 36 y 37:

> «A este respecto, suponiendo que se demuestre que el objetivo dirigido a garantizar la probidad de las personas autorizadas para ejercer actividades en el ámbito del comercio de armas y municiones militares y de la intermediación para la compraventa de éstas, el objetivo de seguridad del aprovisionamiento de material de defensa y el objetivo dirigido a impedir la divulgación de información estratégica, invocados particularmente por los Gobiernos checo y sueco y por la Comisión Europea en sus respectivas observaciones escritas, constituyen intereses esenciales de la seguridad de la República de Austria en el sentido del artículo 346 TFUE, apartado 1, letra b), sería necesario, además, que el requisito de nacionalidad, de conformidad con el principio de proporcionalidad, no exceda los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución del objetivo perseguido (véanse, en este sentido, las sentencias Johnston, apartado 38, y Albore apartado 19).

esenciales de su seguridad, lo que incumbe comprobar, en último término, al órgano jurisdiccional remitente».

[574] No obstante, como recuerda la sentencia 11 de septiembre de 2008, Asunto C-141/07 Caso Comisión contra Alemania, referida a un supuesto de salud pública y recordando el margen de apreciación que corresponde a cada Estado miembro al aplicar las excepciones, «el hecho de que un Estado miembro imponga normas menos rigurosas que las impuestas por otro Estado miembro no puede significar que estas últimas sean desproporcionadas».

> Pues bien, como señalan el Gobierno checo y la Comisión, aunque el requisito de nacionalidad permita alcanzar los objetivos enunciados en el apartado anterior, en el caso de autos tales objetivos pueden alcanzarse mediante medidas menos restrictivas, tales como, particularmente, los controles regulares de la fabricación y el comercio de armas, una obligación de confidencialidad impuesta por el Derecho administrativo o por la sanción de la divulgación de información estratégica a través del Derecho penal».

En el ámbito contractual, la aplicación del citado principio de proporcionalidad implica acreditar, por parte del órgano de contratación, que la necesidad de proteger los intereses esenciales de su seguridad no podría haberse satisfecho mediante un concurso público conforme a las reglas generales (tal y como señaló el TJUE en la sentencia de 8 abril 2008 Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Italia) o, en su caso, aplicando la normativa de transposición de la Directiva 2009/81/CE.

II.3.C. La aplicación del artículo 346 en España.

a) La identificación de los intereses esenciales de la seguridad.

Para la adecuada identificación de los intereses esenciales de la seguridad cuya protección puede necesitar de la aplicación del artículo 346, el Ministro de Defensa, órgano competente para dicha declaración, deberá tener en cuenta las directrices marcadas por el Gobierno y por el Presidente del Gobierno en el ejercicio de las competencias que les atribuye la Ley Orgánica de Defensa Nacional y la Ley de Seguridad Nacional, siendo los instrumentos fundamentales la Estrategia de Seguridad Nacional y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, por el que se determinan las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional.

a.1. La Estrategia de Seguridad Nacional.

La Estrategia de Seguridad Nacional, aprobada por el Consejo de Ministros a propuesta del Presidente, constituye el marco político estratégico de referencia de la Política de Seguridad Nacional. Contiene el análisis del entorno estratégico, concreta los riesgos y amenazas que afectan a la seguridad de España, define las líneas de acción estratégicas en cada ámbito de actuación y promueve la optimización de los recursos existentes.

De este modo, la ESN contiene los objetivos generales de la Seguridad Nacional, así como los objetivos y líneas de acción estratégicas para cada uno de los ámbitos que conforman la Seguridad Nacional.

En la vigente ESN de 2021, el interés esencial de la seguridad que debe protegerse en el ámbito contractual vendría determinado por el ámbito de actuación que reconoce a la defensa nacional[575]:

> « La protección de la soberanía nacional, la población y su libertad requiere disponer de unas adecuadas capacidades militares, tecnológicamente avanzadas, que contribuyan a garantizar una disuasión creíble, desde la premisa de que la diplomacia y el Derecho Internacional son los principales instrumentos para proteger los intereses nacionales.
>
> Esta mejora de las capacidades militares asociadas a la disuasión y la defensa ha de ser sostenible en el largo plazo, lo que exige disponer de un marco presupuestario estable. Asimismo, demanda una política activa de colaboración público-privada que apoye firmemente al sector industrial y tecnológico de la seguridad y la defensa en España.
>
> La adaptación al nuevo escenario estratégico requiere garantizar capacidades que cubran todo el espectro de la crisis o el conflicto, desde las operaciones de combate hasta el apoyo a autoridades civiles en la gestión de crisis.
>
> España contribuirá a la capacidad de la OTAN para desarrollar tareas de defensa colectiva, de gestión de crisis y de respuesta a desastres y catástrofes,

[575] Estrategia de Seguridad Nacional 2021 «Un proyecto compartido», Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, Madrid, 2021, p.74.

dentro de una visión global que incorpora todos los aspectos del conflicto y las operaciones. Además, trabajará para integrar los sistemas de mando y control nacionales con los internacionales, aliados, correspondientes».

La realización de estos objetivos se define a través de líneas de acción estratégicas que contribuyen a la consecución de las prioridades establecidas para cada uno de ellos y a la evaluación de los avances conseguidos con su implementación. En este sentido, todas las líneas de acción que la ESN de 2021[576] contempla para la «Disuasión y Defensa» Nacional inciden en las capacidades militares y, por ende, en la perspectiva contractual:

> L.A. 1. Asegurar las capacidades militares necesarias para proporcionar una disuasión creíble y una respuesta eficaz en todo el espectro de la crisis o conflicto, garantizando su sostenibilidad en el tiempo bajo un marco presupuestario, suficiente y estable.
>
> L.A. 2. Reforzar las capacidades de defensa a través de la investigación, el desarrollo y la innovación tecnológica como vectores de ventaja estratégica.
>
> L.A. 3. Desarrollar el sector industrial de la defensa, la seguridad y el espacio, así como las tecnologías duales, mediante la cooperación público-privada y el aprovechamiento de sinergias con las herramientas existentes tanto en el marco nacional como de las Organizaciones Internacionales de Seguridad y Defensa a las que pertenece España, en particular los Fondos Europeos de Defensa y la Cooperación Estructurada Permanente de la Unión Europea.

Asimismo, debe considerarse que incide en este ámbito la línea de acción 10, que referida a la actuación frente a situaciones de crisis, y tras la experiencia de la pandemia del COVID-19, prevé la creación de una Reserva Estratégica basada en capacidades nacionales:

> L.A. 10. Crear la Reserva Estratégica basada en capacidades nacionales de producción industrial con una triple orientación:
>
> a) Identificar los recursos industriales esenciales de las diferentes Administraciones Públicas y del sector privado correspondientes a sus respectivos ámbitos competenciales.

[576] Estrategia de Seguridad Nacional de 2017, pág. 91

b) Garantizar el suministro de aquellos bienes y servicios que sean considerados como de primera necesidad y carácter estratégico.

c) Salvaguardar la base industrial que suministra recursos de primera necesidad y carácter estratégico, como pudieran ser componentes electrónicos, materiales estratégicos, maquinaria de alta tecnología, aeronáutica, semiconductores, química esencial, equipos agrarios avanzados, tecnología de la comunicación o equipos sanitarios, entre otros.

a.2. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, por el que se determinan las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional[577]

La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, por la que se incorporó al ordenamiento jurídico español las normas contenidas en la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 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, incluyó dentro de los supuestos de exclusión del ámbito de aplicación de la misma en su artículo 7.1.b) aquellos contratos que, de regirse por dicha Ley, resulte necesario revelar información contraria a los intereses esenciales de la Seguridad, o bien que, conforme al artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pudieran resultar perjudicados los intereses esenciales de la defensa o la seguridad nacional.

Con el fin de facilitar la aplicación del citado precepto y objetivar, en la medida de lo posible, la acreditación de la necesidad de acudir a la exclusión para proteger los intereses esenciales de la seguridad, la propia Ley 24/2011, en su disposición adicional novena, establece que el Gobierno determinará las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afecten a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional.

[577] Resolución 420/38100/2015, de 30 de julio, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, por el que se determinan las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional. «BOE» núm. 187, de 6 de agosto de 2015.

Con el fin de dar cumplimiento a dicha obligación, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, se determinaron las capacidades industriales y las áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional, que constituye la principal referencia que ha de guiar los esfuerzos de las empresas y de la Administración en torno a la componente industrial de la defensa y que facilita un marco de referencia en cuanto a las prioridades nacionales a defender dentro de la nueva Política Común de Seguridad y Defensa de la Unión Europea, así como unos criterios para garantizar y priorizar la competitividad y la innovación en el sector industrial de la defensa.[578]

Dicho Acuerdo define los intereses esenciales de la seguridad como «aquellos cuya protección resulte prioritaria para desarrollar las líneas de acción estratégicas y cumplir los distintos objetivos establecidos en los ámbitos de actuación de la Estrategia de Seguridad Nacional», para cuya consecución la Defensa Nacional debe proveerse de las capacidades militares necesarias, y, en particular, de aquellas que aseguren la disuasión de las amenazas no compartidas.

Para que esas capacidades sean realmente efectivas y disuasivas, debe atender a los principios de ventaja operacional y libertad de acción:

La ventaja operacional es la posición de superioridad sobre nuestros potenciales enemigos que debe buscarse y conservarse en situaciones de enfrentamiento y también en la protección de personas e instalaciones. Esta ventaja se basa en factores como la inteligencia, formación o doctrina, pero está fuertemente vinculada a los sistemas y las tecnologías.

La libertad de acción es, en este contexto, la facultad para decidir el empleo de las Fuerzas Armadas y de sus capacidades, para actuar de acuerdo a nuestros propios intereses, sin sujeción a otros estados o entidades, en el marco del ordenamiento jurídico español y la legalidad internacional.

Precisamente, la necesidad de garantizar dichos principios es la que va a determinar la aplicación de la exclusión prevista en el artículo 346 del TFUE, en aplicación de lo que el Acuerdo denomina «principio de soberanía en la adquisición». En

[578] Tal y como se reconoce en la Estrategia Industrial de Defensa EID-2015, pág. 12. https://www.defensa.gob.es/Galerias/dgamdocs/estrategia-industrial-defensa-2015.pdf (Consultado el 24 de octubre de 2021).

virtud del mismo «En casos excepcionales, y sólo cuando afecte a intereses esenciales de seguridad, el principio general de adquisiciones abiertas se verá modulado por la necesidad de obtener, conservar o incrementar ventajas operacionales o de libertad de acción para nuestras Fuerzas Armadas».

Por consiguiente, la protección de los intereses esenciales de la seguridad requiere de unas capacidades militares que se sustentan en la Base Industrial y Tecnológica que las provee. Por este motivo, la determinación de las áreas ha de tener en consideración no sólo criterios políticos y estratégicos relacionados con la defensa y seguridad y la soberanía nacional, sino también la protección de aquellos intereses de valor tecnológico, industrial o económico que son decisivos para la sostenibilidad del sector.

Conforme a lo expuesto, el Acuerdo adoptado el 29 mayo de 2015 identifica las siguientes áreas tecnológicas y de conocimiento:

a) Mando y control, comunicaciones, información (C4i).

b) Ciberdefensa.

c) Vigilancia y reconocimiento, inteligencia y adquisición de objetivos (ISTAR).

d) Control de tráfico y ayudas a la navegación.

e) Sistemas críticos embarcados en plataformas.

f) Sistemas espaciales, de tratamiento de datos y de misión.

g) Simulación de equipos y sistemas de armas, para entrenamiento avanzado.

h) Sistemas de navegación, control de guiado y carga de pago, en misiles y municiones complejas.

i) Sistemas complejos integrados por otros sistemas de armas avanzados cuyos requisitos de integración están vinculados a intereses esenciales de Defensa y Seguridad.

Conviene señalar, que se consideran igualmente estratégicas las actividades de integración, mantenimiento, abastecimiento e ingeniería que son necesarias realizar para que los sistemas de armas estén operativos a lo largo del ciclo de vida de los mismos, cuando y donde sean requeridos, especialmente en las áreas tecnológicas y de conocimiento relacionadas anteriormente.

A partir de estas áreas, con los criterios indicados en el Acuerdo de 29 de mayo y con el resultado del estudio realizado en la DGAM, se ha llevado a cabo la definición de las capacidades industriales estratégicas para la defensa cuya potenciación es una prioridad de la Política Industrial de Defensa, enmarcada en la Política de Armamento y Material, y como tal ha constituido una de las referencias básicas para la formulación de la Estrategia Industrial de Defensa[579].

Partiendo de lo anterior, y a los efectos del artículo 346 del TFUE, el Acuerdo identifica los supuestos en los que cuando resulte necesario y atendiendo al caso concreto, se podrán realizar acciones de protección de los intereses esenciales de la defensa y seguridad nacional, vinculados a la necesidad de proteger la información, garantizar el suministro y u obtener una ventaja operacional:

a) Cuando la capacidad que se necesite se refiera a la seguridad de la información y las comunicaciones estratégicas de España.

b) Cuando la operatividad de una capacidad española dependa del acceso a información de inteligencia o tecnologías clasificadas.

c) Cuando las circunstancias operativas impongan cambios en una capacidad española en servicio que solo pueda ser respondida con unos niveles muy altos de disponibilidad y agilidad en el suministro.

d) Cuando para la obtención de una ventaja operacional de nuestras Fuerzas Armadas dependa del aseguramiento de uno o más aspectos del funcionamiento de una capacidad.

e) Cuando la efectividad de una capacidad militar dependa:

1. De la posibilidad de mejorar su eficacia a través de la integración de sistemas y de la comprensión del sistema como un todo.

2. De asegurar el funcionamiento y acceso libre a subsistemas críticos.

f) Aquellas otras que se puedan determinar por el Gobierno.

[579] EID 2015, págs. 12 y 13.

Asimismo, determina los aspectos esenciales de una capacidad o área de conocimiento específica que deberán protegerse:

> a) Las habilidades y conocimientos esenciales para diseñar, desarrollar, integrar, evaluar, apoyar y mantener sistemas y subsistemas claves, junto con la realización de pruebas, evaluación, y procesos de mantenimiento y modernización de los mismos.
>
> b) Las instalaciones e infraestructuras que den soporte a lo anterior.
>
> c) Las tecnologías críticas para el diseño y desarrollo de las capacidades descritas en el apartado Primero de este acuerdo.
>
> d) El acceso apropiado al uso de tecnologías que permita a España y sus suministradores mantener, modernizar y operar sistemas y subsistemas claves.
>
> e) Actividades de investigación y desarrollo tecnológico o de innovación, de aplicación directa o indirecta a las áreas de conocimiento y capacidades industriales estratégicas de interés para la defensa y la seguridad.

De este manera, conjugando los objetivos y líneas de acción de la ESN con las áreas de conocimiento identificadas en el apartado primero del Acuerdo de 2015 y siempre que el objeto del contrato se encuentre en los supuestos de especial protección del apartado segundo, los órganos de contratación del Ministerio de Defensa podrán proponer al Ministro de Defensa[580] la declaración de afectación a los intereses esenciales de la seguridad que permita la invocación del artículo 346 del TFUE.

No obstante, si bien el Acuerdo pretende garantizar una aplicación adecuada de la exclusión del artículo 346 del TFUE y facilitar la acreditación de la necesidad de proteger los intereses esenciales de la seguridad conforme a la interpretación realizada por el TJUE y la Comisión Europea, y el propio Acuerdo prevé la posibilidad de su revisión en cada ciclo de planeamiento para adaptarlas a las nuevas necesidades, consideramos que el mismo no puede considerarse como un *numerus clausus* de supuestos en los que proceda dicha exclusión. La necesidad de atender a las necesidades de la defensa nacional, dada la importante función asignada, requiere una interpretación flexible del mismo, de modo

[580] A quien le corresponde la competencia de conformidad con el artículo 19.2.c) de la 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.

que pueda atenderse a la necesidades que puedan surgir en un momento concreto aunque las mismas no se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en el Acuerdo, siempre que se trate de material incluido en la Lista de 1958, destinado a fines específicamente militares y se justifique oportunamente la necesidad de proteger los intereses esenciales de la seguridad.

b) Los procedimientos contractuales aplicables cuando sea necesario proteger los intereses esenciales de la seguridad.

Una vez analizados, conforme a nuestra legislación vigente, los supuestos en los que puede declararse la afectación a los intereses esenciales de la seguridad, procede, a continuación, analizar los procedimientos contractuales aplicables en el caso de que se produzca dicha declaración.

La normativa aplicable a este tipo de contratos en los que se pretende aplicar la exclusión prevista en el artículo 346 del TFUE está sujeta a criterios interpretativos, no siempre coincidentes, dada la falta de claridad de la normativa contractual pública y la falta de coordinación entre la normativa general, constituida actualmente por la 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 y la específica para el sector de la Defensa recogida en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

La LCSP se refiere a los «Negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito de la Defensa y de la Seguridad» en su artículo 5, cuyos dos primeros apartados prevén lo siguiente:

> »1. Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios incluidos en el ámbito del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se concluyan en el sector de la defensa y la seguridad.
>
> 2. Se excluyen, asimismo, del ámbito de la presente Ley los contratos de obras, suministros y servicios que se celebren en el ámbito de la seguridad o de la defensa que estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 24/2011, de 1

de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad; así como los contratos a los que no resulte de aplicación la citada Ley en virtud de su artículo 7».

Por su parte, la LCSPDS excluye de su ámbito de aplicación, en su artículo 7.1. b) «Aquellos contratos que de regirse por la presente Ley, resultaría necesario revelar información contraria a los intereses esenciales de la Seguridad, o bien conforme al artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pudieran resultar perjudicados los intereses esenciales de la Defensa o la Seguridad Nacional».

Por consiguiente, al amparo de lo previsto en el artículo 5, apartados 1 y 2, de la LCSP, quedarían excluidos de su ámbito de aplicación los convenios incluidos en el ámbito del artículo 346 del TFUE, así como los contratos en los que se invoque el mismo, al estar excluidos de la LCSPSD.

Sin embargo, pese a dichas exclusiones de su ámbito de aplicación, en el articulado de la LCSP se contienen dos normas específicas que regulan los contratos del artículo 346, al objeto de no considerarlos sujetos a regulación armonizada y poder aplicar el procedimiento negociado sin publicidad.

En cuanto a la no consideración como sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, el artículo 19.2. incluye los contratos siguientes:

b) Los incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se concluyan en el sector de la defensa.

c) Los declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado, cuando la protección de los intereses esenciales de que se trate no pueda garantizarse mediante la aplicación de las normas que rigen los contratos sujetos a regulación armonizada en esta Ley.

La declaración de que concurre la circunstancia relativa a la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado deberá hacerse de forma expresa en cada caso por el titular del Departamento ministerial del que dependa el órgano de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la

> Seguridad Social y demás entidades públicas integrantes del sector público estatal, por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, o por el órgano al que esté atribuida la competencia para celebrar el correspondiente contrato en las Entidades locales. La competencia para efectuar esta declaración no será susceptible de delegación, salvo que una ley expresamente lo autorice.

Respecto a la posibilidad de los órganos de contratación de adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación, el artículo 168 incluye el caso siguiente:

> 3.º Cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra c) del apartado 2 del artículo 19.

Por consiguiente, se plantea la cuestión de si los contratos a los que se aplique el artículo 346 del TFUE quedan sujetos a la LCSP, cuestión que no deriva directamente de las Directivas comunitarias, ya que en sus sucesivas versiones han venido excluyendo los supuestos del actual artículo 346 del TFUE (artículo 296 del TUE y 223 del TCE) sin diferenciación entre convenios y contratos, siendo esta distinción introducida por el legislador nacional.

Por otro lado, se trata de una cuestión que no es nueva, ya que se viene discutiendo sobre la misma desde la aprobación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que excluyó de la misma en su artículo 3.1.d), únicamente, «los convenios que sean consecuencia del artículo 223.1.b) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea», mientras que incluía a los contratos « que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 223.1.b) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea» para excluirlos de los supuestos de publicidad comunitaria en los artículos 178.2 y 206 c).

La razón de esta distinción se encontraría, según señala GONZÁLEZ BARRAL[581], en el interés del Ministerio de Defensa de salvaguardar la vigencia de los

[581] GONZÁLEZ BARRAL, J.C., «Los convenios excluidos… op. cit. pág. 148.

acuerdos suscritos con las Empresas Nacionales Bazán y Santa Bárbara, por lo que durante la tramitación del anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 solicitó la incorporación de la exclusión referente a «los convenios que sean consecuencia del artículo 223.1.b del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea». No obstante, como señala el propio autor, lo que se trataba de salvaguardar eran el contrato suscrito entre el entonces Ministerio de Marina y el Instituto Nacional de Industria regulando las relaciones de dicho Ministerio con la Empresa Nacional Bazán, aprobado por Decreto 2420/1966, de 10 de septiembre, así como el contrato entre el Ministerio de Defensa y el Instituto Nacional de Industria regulando las relaciones de dicho Ministerio con la Empresa Nacional Santa Bárbara de Industrias Militares SA, aprobado por Real Decreto 1767/1981, de 3 de agosto. Como puede observarse, en ambos supuestos se empleaba el término «contrato» aunque, en opinión de dicho autor se trataría «claramente no de contratos, sino de Convenios de colaboración, a pesar de la denominación recibida en sus normas reguladoras», lo que apoya en que así se consideraran en la redacción de la LCAP. Por el contrario, GARCÍA TREVIJANO, analizando el contenido del Real Decreto 1767/1981, considera que se trata de un verdadero contrato, ya que «no se trataba propiamente de la confluencia de voluntades para obtener un fin común y no contrapuesto, sino que la Empresa Santa Bárbara se convertía realmente en contratista de la Administración con el fin de proveerle de armamento y material militar, además de realizar todas aquellas actividades complementarias y de mantenimiento, adquisiciones, suministros y servicios. La circunstancia de que el *contrato* aprobado por Real Decreto 1767/1981 se haya implementado a través de sucesivas «órdenes de ejecución» no cambia su naturaleza jurídica real, que propiamente era más un verdadero «contrato» (aunque fuera «marco») que un «convenio» en sentido estricto».[582]

A este respecto, la doctrina se encontraba dividida entre los que, en una interpretación amplia, consideraban excluidos todo tipo de negocios jurídicos, teniendo en cuenta que el artículo 223 del TCE no establece diferencias en función del tipo de negocio jurídico del que se trate, frente a los que consideraban que la exclusión alcanzaba

[582] GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «Consideraciones sobre el contrato de suministro… op. cit., pág. 314.

únicamente a los convenios y no a los contratos, aunque se trataba de un momento en que la distinción entre ambas figuras no se había establecido con claridad[583].

Entre los primeros, destaca la posición de URREA SALAZAR[584], quien partiendo de que «nuestro texto legal excluye de su ámbito de aplicación a los convenios que sean consecuencia de la aplicación del artículo 223.1b) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la LCAP no se refiere pues a los contratos incluidos en este sector, expresamente excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas Comunitarias, sino a los convenios».

Considerando, por tanto, que el Ministerio de Defensa podía utilizar discrecionalmente tanto la institución contractual como la de los mencionados convenios para la adquisición del material amparado por el artículo 223.1.b).

En este mismo sentido se pronuncia GARCÍA DE ENTERRÍA[585], para quien «en la misma letra d) y de una forma un poco asistemática, se ha incluido una tipo de contrato excluido que nada tiene que ver con los convenios de colaboración: Los contratos y convenios (típicos) que sean consecuencia del artículo 223.1b) del Tratado de la CEE.... Parece que hay que concluir que a este específico sector de la industria y el comercio de material bélico la Ley no es aplicable en ninguna de sus disposiciones, sin duda por razones de seguridad de la Defensa».

En sentido contrario se pronuncia TORRES VIQUEIRA[586], quien considera que «la exclusión formulada respecto de los convenios que sean consecuencia del artículo 296

---

583 A este respecto, véase RODRÍGUEZ DE SAMANIEGO, J.M, *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 95 y ss: «En el Derecho español el término convenio es utilizado, frecuentemente, como un concepto meramente descriptivo, que no pretende remitir a la precisa naturaleza jurídica de la figura a la que se refiere, sino sólo expresa que en la formación de dicho acto jurídico intervienen voluntades concurrentes de dos o más sujetos. Cuál sea el valor que a esas voluntades deba conferirse y, en concreto, si de la mencionada concurrencia de dichas voluntades hay que concluir que estemos ante un verdadero contrato, es una cuestión que no se puede responder a partir, exclusivamente, de que el ordenamiento jurídico o las partes se valgan del término convenio. Tanto en las relaciones entre Administraciones y ciudadano, como en las que se entablan entre Administraciones Públicas, la designación de un acto jurídico con conceptos como los de convenio, concierto, acuerdo, protocolo o alguno semejante, muchas veces pretende justamente, más que remitir a un determinado régimen jurídico, evitar un pronunciamiento expreso sobre la precisa naturaleza de aquellos que se sitúa bajo esos términos».

584 URREA SALAZAR, M.J, *La Contratación Internacional de las Administraciones Públicas,* Dykinson, Madrid*,* 1999 págs. 120 y 121.

585 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «*Curso de Derecho Administrativo, Tomo I.»1993 C*itado por Torres Viqueira *en «Elementos Procedimentales de la Contratación Militar* » ISDEFE, Madrid, 2001, págs. 443 y 444.

586 TORRES VIQUEIRA, E. *Elementos procedimentales de la contratación Militar*, ISDEFE, Madrid, 2001, págs. 445 y 446.

del Tratado de Roma, no parece, a la luz de la Ley, una excepción general y absoluta que comprenda a todo tipo de contrato administrativo». Para apoyar esta postura el citado autor resalta las diferentes alusiones que contiene el texto legal a los contratos que sean consecuencia del contenido del artículo 296, como el artículo 182f) entre otros. Esto es, si la LCAP excluyera de su ámbito de aplicación tanto a los convenios como a los contratos, carecería de sentido que posteriormente entrase a regularlos.

En idéntico sentido, MIRANDA GONZÁLEZ[587] considera que la LCAP de 1995, en los contratos a los que se refiere el artículo 223.1.b) del Tratado de Roma, se había apartado de las directivas comunitarias, adoptando una posición ecléctica, ya que si bien no ha aceptado la exclusión total de la Ley de Contratos, tampoco los incluye en su totalidad y acude para ello a la figura de los convenios que se autorizan a llevar a cabo al margen de la misma. La consecuencia, continúa el autor, no es otra que la de que el Ministerio de Defensa está autorizado para celebrar contratos relativos al material comprendido en el artículo 296, y al mismo tiempo, evidentemente llevar a cabo un convenio, al margen de la Ley de Contratos, como por ejemplo con Santa Bárbara, Izar etc.., lo que «viene a legalizar situaciones que hasta ahora estaban más o menos al margen de la ley».

Posteriormente, tras la modificación de la LCAP por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se incrementan los preceptos de la misma que regulan los contratos derivados del artículo 223.1.b) del TCE, incluyendo un precepto, el artículo 176.2, que posteriormente pasaría ser el artículo 175.2 del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que somete expresamente a las disposiciones de la ley, los contratos de suministro que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 223.1.b) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que celebre el Ministerio de Defensa con empresas extranjeras, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional.

De este modo, la doctrina posterior, de manera mayoritaria, se pronuncia a favor de la sujeción de los contratos del artículo 223.1.b) del TCE, ya en ese momento el

[587] MIRANDA GONZÁLEZ, J. *La Contratación de las Administraciones Públicas,* Celeste Ediciones, Madrid, 1995 págs. 232 y 233.

artículo 296.1.b) del TUE, a las disposiciones de la LCAP. En este sentido, FERNÁNDEZ-PIÑEYRO[588] destaca que «a pesar de que las Directivas comunitarias permitían su inaplicación pura y simple en los casos previstos en el artículo 296 del TCE, posibilitando una regulación autónoma de los contratos de suministros y servicios «militares», nuestra LCAP de 1995, pese a su expresa voluntad incorporadora de las Directiva, no llegó tan lejos como aquéllas. Así, optando por un sistema distinto de la exclusión recogida en dichas normas comunitarias, únicamente permitió la exclusión de los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del TCE (hoy, 346 del TFUE), sometiendo los contratos derivados de tal precepto al texto contractual, aunque estableciendo unas mínimas fórmulas de excepcionalidad en lo que se refiere a la libre concurrencia de los licitadores».[589]

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, no dejaba dudas respecto a su inclusión en el ámbito de aplicación de la misma, incluyendo una disposición adicional que expresamente lo contemplaba:

> «Disposición adicional vigésimo cuarta. Contratos incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
>
> Los contratos comprendidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que celebre el Ministerio de Defensa se regirán por la presente Ley, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional».

En este sentido, GARCÍA-TREVIJANO[590] destaca cómo, si bien desde la perspectiva del derecho comunitario la excepción del artículo 296.1.b) del TCE (actual artículo 346 del TFUE) opera con independencia de la calificación que merezca el negocio jurídico correspondiente, corresponde a los Estados miembros adoptar las medidas en los términos que estime conveniente, por lo que «se trata de una cuestión de índole nacional, y como tal deberá ser resuelta a través de las normas internas de las que el Estado libremente se dote». Y el Estado español ha optado por dar un tratamiento

[588] FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, E., «Disposición adicional 1ª… op. cit., pág. 1626.

[589] En idéntico sentido se pronuncia GONZÁLEZ BARRAL, J.C., «Los convenios excluidos… op. cit., págs. 151 y 152:«Como conclusión de esta parte, pues, cabe extraer que, del segundo inciso del apartado d) la exclusión del TRLCAP del artículo 3.1, no alcanza a todos los negocios jurídicos que sean consecuencia del artículo 296 TCE, sino tan sólo a aquellos que revistan la forma de convenio»;

[590] GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «Consideraciones sobre el contrato de suministro… op. cit., págs. 309 y 310.

diferenciado a los *«convenios»* y *«contratos»* que quedan dentro del ámbito de aplicación de la excepción del artículo 296.1.b) del TCE (actual artículos 346.1.b) del TFUE), de modo que la LCSP deja fuera de su ámbito de aplicación los «convenios» que queden dentro del ámbito del artículo 296 del TCE (actual artículo 346 del TFUE) y que se concluyan en el sector de la defensa y, a su vez, permite la utilización del procedimiento negociado para la adjudicación de «contratos» incluidos en el ámbito del artículo 296 del TCE (actual artículo 346 del TFUE).

Y si bien es una opción legítima del legislador nacional, e incluso podría encontrar su justificación en la necesidad de disciplinar los contratos incluidos en el ámbito del actual artículo 346 del TFUE para evitar que quedaran huérfanos de regulación positiva, en un momento en el que no existía una legislación específica para la contratación en el sector de la defensa, flexibilizando la misma con el recurso al procedimiento negociado, coincidimos con GARCÍA-TREVIJANO en las críticas en la opción elegida por el legislador nacional al basar la diferenciación de régimen jurídico «en dos expresiones *«convenio»* y *«contrato»* no siempre fácil de distinguir y de cuya existencia, sin embargo, derivan efectos trascendentes en la delimitación del régimen que les resulta de aplicación»[591].

Precisamente, en relación con la polémica ya suscitada respecto de los «convenios» o «contratos» suscritos en su momento con las Empresas Nacionales, GARCÍA-TREVIJANO considera que, bajo la vigencia de la LCSP de 2007, difícilmente podría sostenerse «la suscripción de un supuesto «convenio» de los previstos en el artículo 4.1.e) de la LCSP para, a continuación, adjudicar directamente a la empresa con la que se suscribió dicho «convenio» sucesivos contratos de implementación o ejecución del «convenio». Éste no puede servir para enmascarar lo que en realidad son lisa y llanamente contratos adjudicados a un contratista y cuyo objeto es proveer de bienes y servicios a la Administración (contratos en sentido estricto)». Y por ello, señala claramente que «si el legislador nacional ha optado por dejar fuera de la LCSP exclusivamente los «convenios» y no, en cambio, los «contratos» (dentro del ámbito del artículo 296 del TCE, actual artículo 346 del TFUE), deberá ser consecuente con su propia decisión. Y la circunstancia de que esta cuestión pueda ser indiferente desde la perspectiva del derecho comunitario (siempre que concurran los requisitos exigidos en el artículo 296 del TCE, actual artículo

[591] *Íbidem,* pág. 310.

346 del TFUE), no obsta para que, como es lógico, deban cumplirse las normas de contratación de las que el legislador nacional voluntariamente se dota».[592]

No obstante, pese a la solidez de dicha argumentación, la realidad demuestra que el criterio seguido ha sido el contrario, ya que bajo la vigencia del Convenio suscrito con NAVANTIA en el año 2001 se ha seguido aprobando ordenes de ejecución que se consideraban excluidas del ámbito de aplicación de la LCSP, en una interpretación más favorable a los intereses de la defensa nacional.

Posteriormente, la LCSPSD los excluye de su ámbito de aplicación y modifica el contenido de la citada disposición (no así su título, que de este modo pasa a ser incorrecto, ya que no se refiere a los contratos incluidos en el ámbito del artículo 296 sino a los sometidos a la Ley 24/2011):

«Disposición adicional vigésimo cuarta. Contratos incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

> La preparación, selección y adjudicación de los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 24/2011, de 1 de agosto de 2011, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, así como las normas reguladoras del régimen de la subcontratación establecido en la misma, se regirán en primer lugar por ella y supletoriamente por la presente Ley».

En este punto, cabe recordar las importantes críticas que hizo el Consejo de Estado en su dictamen 209/2011 de 24 de marzo de 2011, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad, dada la falta de coordinación en esta materia entre la LCSP y la LCSPSD:

> «B.3) Artículo 7 y disposición final primera
>
> Por último, el artículo 7 cierra la delimitación objetiva con las exclusiones de ciertos contratos del ámbito de la Ley. Deja fuera de este una serie de contratos (apartado 1, que transpone muy de cerca y correctamente lo previsto por los artículos 12 y 13 de la Directiva 2009/81/CE) y establece la cautela, también

[592] *Íbidem*, pág. 315.

prevista por la norma europea, de que en general estas exclusiones no "sean utilizadas con carácter abusivo para eludir la aplicación de la presente Ley".

La cuestión que plantea el artículo hace referencia a cómo se relacionan estas exclusiones con las previstas en la LCSP, en particular en su artículo 4.1, apartados e) e i), y en su disposición adicional vigésimo cuarta (a la que da nueva redacción el anteproyecto, mediante su disposición final primera).

Se dijo antes, en este sentido, que se echa en falta un mayor intento de sistematización en el anteproyecto, pues de mantenerse la regulación tal y como está concebida, la contratación en materia de defensa y seguridad no solo no ha dejado de estar comprendida en la LCSP -a la que hay que atender para numerosos aspectos, no ya de ejecución del contrato, sino previos y generales de cuándo un contrato está incluido o excluido de su ámbito, etc.-, sino que además requiere ahora el examen de una legislación adicional, la del anteproyecto, que en parte se solapa con aquella.

Si entrara en vigor el anteproyecto en su versión remitida a consulta, se tendría lo siguiente:

- En la LCSP, estarían excluidos: "Los convenios incluidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea [346 TFUE] que se concluyan en el sector de la defensa"; y "los contratos y convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas". Además, habría de tenerse en cuenta su disposición adicional vigésimo cuarta según la redacción por el anteproyecto: "La preparación, selección y adjudicación de los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley (...), de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad se regirán en primer lugar por ella y supletoriamente por la presente Ley".

- En la Ley proyectada (artículo 7.1), "están excluidos del ámbito de aplicación de la misma los siguientes negocios jurídicos: a) Aquéllos contratos que tengan un procedimiento de adjudicación específico regulado en alguno de los siguientes cuerpos de normas: [...] 2º) Acuerdos, convenios o tratados internacionales ya celebrados, relacionados con el estacionamiento de tropas; 3º) Las normas de una organización internacional, cuando ésta adjudique contratos encaminados a dar cumplimiento a sus fines estatutarios, o se trate de contratos que España o un

Estado miembro de la Unión Europea deba adjudicar de conformidad con dichas normas". Además, conforme al artículo 7.3, todos estos negocios y contratos "se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse".

En el supuesto de los convenios internacionales sobre establecimiento de tropas, la preparación, selección y adjudicación se regiría en primer término por la Ley proyectada (que determina su exclusión); y en lo no previsto, supletoriamente por la LCSP (la cual también los excluye de su ámbito).

En el caso de los convenios (internacionales) en el ámbito del artículo 346 TFUE [que permite en su artículo 1.b) que un Estado miembro pueda "adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra"], nada se dice en la Ley proyectada y se aplicaría la LCSP, que determina su exclusión.

Pero, si se trata de contratos en ese mismo ámbito -esto es, de la preparación o adjudicación de los que concretamente se celebren al amparo de dichos convenios, hay un cambio sustancial. Pues, según la vigente disposición adicional vigésimo cuarta de la LCSP, "los contratos comprendidos en el ámbito del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que celebre el Ministerio de Defensa se regirán por la presente Ley, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional". Mientras que, a tenor de lo que establece la disposición final primera del anteproyecto, parece que la intención sería sujetar a la Ley proyectada la preparación y adjudicación de dichos contratos y a la LCSP el resto del régimen. Si es así, habría de mejorarse la redacción de dicha disposición final, para hacer claramente referencia a los contratos en el ámbito del artículo 346 TFUE, y no solo a los comprendidos en el ámbito de la Ley ahora proyectada. En todo caso, la modificación de dicha disposición adicional vigésimo cuarta de la LCSP debería quedar referida a la aplicación prioritaria de la Ley ahora sometida a consulta, no solo en cuanto a "preparación, selección y adjudicación" de los contratos comprendidos en su ámbito, sino en todas las singularidades que se contienen en ella (también las que tocan aspectos diversos de los mencionados,

como la subcontratación); solo después entraría en juego la aplicación supletoria de la LCSP.

En definitiva, se estima que sería más sencillo que el anteproyecto comprendiese todas las especialidades que existen en el ámbito de defensa y seguridad, tanto las que se refieren a la delimitación de ámbito, como las relativas a preparación y adjudicación, como en fin las propias de su régimen jurídico. Para lo cual debería modificar o derogar los artículos y apartados correspondientes de la LCSP que hiciesen referencia, desde un punto de vista más general, a dichas cuestiones; e incluir las normas correspondientes -con los cambios que resulten precisos- como reglas de la Ley especial sometida a consulta».

Más recientemente, HUERTA BARAJAS y CANALES GIL[593] critican el mantenimiento de la distinción entre contratos y convenios y la limitación que la LCSP de 2017 mantiene respecto a la exclusión de los convenios, considerando que «luego al igual que en el título de la exclusión señala negocios jurídicos como término genérico y contratos, estos últimos debieran haberse contemplado en el texto junto al convenio».

Actualmente, ante el mantenimiento de las mismas discrepancias tras la aprobación de la LCSP de 2017, FERNÁNDEZ ACEVEDO[594] considera que el artículo 5 de la LCSP/2017 al excluir los convenios «no se trata de una simple exclusión de la ley general con reenvío a la ley especial, es decir, a la citada LCSPSD, pues esta última excluye de su ámbito de aplicación los «contratos que de regirse por la presente Ley […] conforme al artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pudieran resultar perjudicados los intereses esenciales de la Defensa o la Seguridad Nacional. [art.7.1.b) de la LCSPDS] Al propio tiempo, el artículo 5.2.in fine de la LCSP/2017 excluye también los contratos a los que no resulte de aplicación la LCSPDS». Por ello, el

[593] CANALES GIL, Á. y HUERTA BARAJAS, J. A., *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, pág. 47.Previamente, HUERTA BARAJAS, después de señalar que el TRLCSP sigue hablando de «convenios» y no de «contratos» cita como posible causa "tal vez siguiendo la vacilante jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1990) equipara convenio y contrato, por cuanto es clara la presencia negocial, como tal, con otra persona jurídica". HUERTA BARAJAS, J. A., «El artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa», en PARDO GARCÍA VALDECASAS, J.J. *La contratación y el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la UE, Documento de Trabajo 2/2017,* CESEDEN, Madrid, 2017, pág 46 a 67.
Disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2017/DIEEET02-2017_Contratacion_Art346_TratadoFuncionamiento_UE.PDF (Consultado el 5 de septiembre de 2021).

[594] FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. «Negocios y contratos excluidos», en GIMENO FELIU J. M., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 287 a 290.

autor no centra su análisis en la diferenciación entre convenio y contrato, sino a los supuestos en los que podrá ser de aplicación el artículo 346 del TFUE y considera que, conforme a la Directiva 2014/24 no se trata tanto de una exclusión como de una situación específica, por lo que «no se trataría de una propia y plena exclusión que impida aplicarles en ningún caso la normativa general de contratación (más allá de sus principios para colmar lagunas y resolver dudas), sino al contrario, de supuestos sometidos a dicha normativa general de forma limitada» por lo que nada impide al órgano de contratación aplicar la LCSP: «Es decir, ante una prestación relacionada con los sectores de la defensa y la seguridad que conforme al artículo 5.1. estaría excluida, el órgano de contratación puede lícitamente elegir aplicar los procedimientos y régimen jurídico de la LCSP 2017 que corresponda en función del objeto y de la entidad contratante. Así lo ha afirmado el Tribunal General de la Unión Europea en su STG 323/2013, Portugal/Comisión: «El artículo 296 CE, apartado 1, letra b), no obsta a que los Estados miembros que tengan la intención de adquirir equipos militares comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición decidan, no obstante, someterse a los procedimientos comunes de adjudicación de contratos públicos».

En nuestra opinión, el problema deriva de que la LCSP de 2017 ha seguido el mismo criterio que su predecesora de 2007, apartándose de las Directivas y manteniendo la tradicional distinción nacional entre convenio y contrato pero sin tener en cuenta la existencia de un régimen específico para el sector de la defensa, que no existía ni en 1995 ni en 2007.

Por ello, dada la especificidad de la materia y la existencia de una regulación específica que vino a satisfacer las necesidades que en materia contractual pudieran plantearse en el ámbito de la defensa y la seguridad, debe prevalecer el principio de especialidad, de modo que todos los contratos que se puedan realizar al amparo del artículo 346 del TFUE quedan excluidos de la normativa específica contenida en la LCSPSD y, consiguientemente, de la normativa general de la LCSP. En consecuencia, estos contratos se regirán, conforme al artículo 7 de la LCSPSD, por sus normas especiales, aplicándose los principios de *esta ley* para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse. Esta interpretación resulta coherente y adecuada a la legislación comunitaria, que pese a las reticencias existentes a nivel europeo en el uso del artículo 346 del TFUE por los Estados miembros, es mucha más clara que nuestro normativa nacional. Por eso, llama la atención que en un tema de tanta trascendencia como es la

defensa nacional, el legislador español introduzca tal confusión que en nada ayuda a la seguridad jurídica. La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE reconoce expresamente la excepción del artículo 346, señalando en su Considerando 3 que «La aplicación de la presente Directiva está sujeta a lo dispuesto en el artículo 346 del TFUE». En su artículo 15.1. excluye de su aplicación a los contratos a los que no sea aplicable la Directiva 2009/81/CE en virtud de sus artículos 8, 12 y 13 y el 13 a) excluye de su aplicación a los contratos para los que la aplicación de las reglas de la presente Directiva obligaría a un Estado miembro a suministrar información cuya revelación se considera contraria a los intereses esenciales de su seguridad; Y limitando al regular en el artículo 16, en el ámbito de la contratación que implique aspectos de seguridad y defensa, los supuestos de contratación mixta que conlleve aspectos de seguridad o defensa, en aquellos supuestos de contratos mixtos que tengan por objeto la contratación regulada por la citada Directiva así como la contratación regulada por el artículo 346 del TFUE o la Directiva 2009/81/CE, estableciendo la posibilidad de excluir la aplicación de la Directiva siempre que la adjudicación de un único contrato se justifique por razones objetivas o las distintas prestaciones no sean objetivamente separables.

Por consiguiente, toda actividad dirigida a satisfacer los intereses esenciales de la defensa nacional debería quedar excluida de la normativa contractual europea, sin perjuicio de que el legislador nacional regule los aspectos más importantes de dicha adquisición, lo que ya había hecho en el ámbito exterior, como veremos. Y lo que quedaría pendiente es la regulación específica de los aspectos de dicha contratación cuando se realiza con empresas nacionales (ya que la contratación con empresas extranjeras sí es objeto de modulación), lo que requeriría de la aprobación de una normativa específica y no de su inclusión en la normativa general.

En nuestra opinión, teniendo en cuenta que el 346 supone una exclusión a la aplicación de la normativa europea, las Directivas de contratación, tanto general como específica de la defensa, no serán nunca de aplicación cuando el órgano competente (Ministro de Defensa) considere afectados los intereses esenciales de la defensa nacional. Obviamente, la invocación de dicha excepción puede darse o no darse, por lo que si no se declara, quedan sujetos a la Directiva de 2009 o a la de 2014, pero si se declara, quedan excluidos de la aplicación directa de la normativa europea sobre contratación pública.

Por tanto, la inclusión de los contratos en los que se aprecie la concurrencia de los requisitos del 346 TFUE, es decir, «los incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se concluyan en el sector de la defensa» a los que se refiere el artículo 19 de la LCSP, no es que no estén sujetos a regulación armonizada, es que no deberían estar sujetos a la LCSP, teniendo en cuenta que la misma no establece medidas adecuadas para la protección de dichos intereses. Además, debe tenerse en cuenta que claramente sí quedan excluidos de la LCSPSD, que establece una regulación mucho más adecuada para este tipo de contratos atendiendo al ámbito específico en el que se desenvuelven. Obviamente, en los ámbitos no comprendidos en la normativa comunitaria, el legislador nacional es libre para establecer la regulación que estime oportuna, respetando siempre los principios que inspiran esa normativa. Pero sería un contrasentido que los supuestos en que resultan especialmente afectados los intereses esenciales de la defensa nacional, no queden sujetos a la normativa específica de defensa que ha establecido muchas más garantías para dichos intereses, y que los excluye por considerar que las mismas no son suficientes, y que queden sujetos a la normativa general que no tiene en cuenta ninguna de dichas especificidades.

Por consiguiente, todos los contratos que celebre el Ministerio de Defensa y en los que sea necesario proteger los intereses esenciales de la seguridad conforme al artículo 346 del TFUE, deben considerarse excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad en virtud de su artículo 7.1.b), de acuerdo con la declaración de afectación a los intereses esenciales de la defensa y seguridad nacional que haya firmado el Ministro de Defensa y ante la falta de normas específicas que regulen este tipo de contratos administrativos resultará de aplicación, para resolver dudas y lagunas, la LCSPSD y, en lo no previsto en ella y en virtud de su artículo 4, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administración Pública (RGLCAP), en cuanto no se encuentre derogado por las anteriores leyes y, en general, las demás disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa que sean de aplicación al contrato y supletoriamente, se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las de derecho privado.

De este modo, se flexibiliza el régimen jurídico aplicable a estos contratos, en cuanto no se trata de aplicar normas jurídicas sino de aplicación de principios.

Consecuentemente, en la preparación del contrato, deberá aprobarse el Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) que tendrá el contenido propio de este documento, incluyendo los requisitos exigidos al contratista (capacidad, solvencia económica y financiera y técnica y profesional) duración del contrato, valor estimado, existencia de crédito, seguridad de la información, compromisos de seguridad del suministro, normas de catalogación, auditoría, modificaciones, etc, y que deberá ser informado por el servicio jurídico correspondiente. Asimismo, deberá elaborarse un Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y acompañarse de la Memoria justificativa de la necesidad, los documentos contables y la declaración de afectación a los intereses esenciales de la seguridad.

En cuanto al procedimiento, lo normal será acudir al procedimiento negociado sin publicidad (posibilidad expresamente prevista en el artículo 168.a.3 de la LCSP)

En cuanto a los criterios de negociación podrán ser económicos (precio, procedimiento para su determinación y porcentaje de beneficio por partidas, pagos parciales y plan de entregas, abonos a cuenta y plan de amortizaciones, propiedad de diseños, intelectual e industrial, venta a terceros), técnicos (características técnicas del suministro sobre la mejora de las prestaciones exigibles del contrato, número de unidades que tendrán la consideración de prototipo o de preserie, mejoras en el Plan de formación, ampliación de la vida útil, ampliación del plazo de garantía) o industriales (incluir el uso de sistemas y equipos de fabricación nacional, participación de la industria española, nacionalización del producto incluyendo proveedores nacionales, porcentaje de europeización del producto, evitando la dependencia de suministradores de países de fuera de la UE, planes industriales que incluyan transferencia de tecnología, actividades del ciclo de vida que se mantendrían en España, establecimiento de licencias y acuerdos para permitir sin restricciones la exportación o venta a terceros del vehículo)

Por último, en cuanto a la polémica existente en relación con los convenios suscritos con las antiguas Empresas Nacionales, actualmente y tras el proceso privatizador, únicamente se mantiene el suscrito con NAVANTIA en el año 2001, en cuya interpretación y aplicación se ha venido manteniendo un criterio amplio respecto de su exclusión de la aplicación de la LCSP, tanto del convenio como de las Órdenes de Ejecución, tal y como se señalaba anteriormente, y que dada la polémica suscitada sobre su posible sujeción a la normativa contractual y tras la entrada en vigor de la LCSPDS, en la modificación del Convenio realizada en 2014 se especificó que la exclusión era

aplicable al régimen contractual derivado del Convenio, correspondiendo al Ministro de Defensa declarar la afectación de cada Orden de Ejecución a los intereses esenciales de la defensa o de la seguridad nacional.

II.4. Contratos entre Gobiernos.

Se trata de supuestos en los que la contratación se realiza directamente entre Gobiernos, de modo que el Gobierno que realiza la adquisición no trata directamente con la empresa contratista, sino que, por el contrario, la venta la realiza el otro Gobierno, bien a partir de sus propias existencias o después de haber adquirido el equipo con ese fin, pudiendo incluir prestaciones adicionales como asistencia al producto, mantenimiento, formación y construcción de infraestructuras.[595]

En España, el Real Decreto 1120/1977 tiene por objeto regular las especialidades aplicables a 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.

La principal especialidad que se establece en dicha normativa es la relativa a la posibilidad de efectuar la adjudicación del contrato por el sistema de contratación directa (actualmente, mediante procedimiento negociado).

En cuanto al resto de especificidades de dicha normativa, las mismas afectan fundamentalmente a la competencia para contratar (que se atribuye a los Departamentos militares, hoy sustituidos por el Ministerio de Defensa, previa comunicación a los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Comercio), a la tramitación (se consideran urgentes los expedientes correspondientes, cuya tramitación queda reservada a la Administración militar, debiendo informarse previamente y con carácter preceptivo por la Asesoría Jurídica correspondiente las normas y condiciones de venta reglamentariamente establecidas por el Gobierno o Entidad extranjera) al pago del precio

[595] 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] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC1202(01)&from=EL (Consultado el 25 de octubre de 2021).

(mediante el establecimiento de un procedimiento específico de pagos mediante el sistema de «pagos a justificar» de acuerdo con lo prevenido por el Real Decreto 2122/1993, de 3 de diciembre[596], actualmente sustituido por el Real Decreto 945/2001, de 3 de agosto, la utilización de «créditos documentarios» como medios de garantía del precio del contrato y la posibilidad de disponer de fondos sobrantes de contratos ya cumplimentados y situados a favor de un Gobierno extranjero o una Entidad pública internacional para atender pagos inaplazables derivados de obligaciones procedentes de otros contratos.

Como señala FERNÁNDEZ-PIÑEYRO[597], el ámbito de aplicación del citado Real Decreto incluye fundamentalmente los contratos que se celebren en territorio nacional, ya que en el último párrafo de su artículo undécimo, al referirse específicamente a los contratos de interés militar que se celebren y ejecuten en el extranjero se limita a hacer una remisión a la «legislación vigente», sin incluir más especialidades que la relativa a la competencia para contratar, por considerar que la misma (actualmente, la disposición adicional primera de la LCSP) incluye las previsiones y modulaciones del régimen general suficientes.

Precisamente, la aplicación de su normativa específica por el artículo undécimo del Real Decreto 1120/1977 a los contratos que se celebren con empresas extranjeras en el territorio nacional es la que llevó a la JCCA en su Informe 57/96 de 18 de octubre de 1996 a considerar dicho precepto derogado por la LCAP, al oponerse a sus preceptos, quedando dichos contratos celebrados en territorio nacional sujetos directamente a sus preceptos. Sin embargo, la argumentación de FERNÁNDEZ-PIÑEYRO sigue siendo válida respecto a los contratos que se celebren con Gobierno o Entidades públicas extranjeras (excluidos de la aplicación de la LCSPSD en su artículo 7.1.g. y consecuentemente, del ámbito de aplicación de la LCSP por su artículo 5.2), de modo que

[596] Con el Real Decreto 2122/1993, de 3 de diciembre, sobre la gestión financiera de determinados fondos destinados a la adquisición de material de defensa y servicios complementarios del Ministerio de Defensa en el exterior, se ponía fin a un sistema de pagos de las adquisiciones extranjeras basado en el depósito de fondos en cuentas abiertas en el exterior a cargo de diversas Agregadurías de Defensa, implantando un sistema centralizado, basado en una caja pagadora única para todos los órganos del Ministerio de Defensa, mediante la creación del Centro de Gestión de Pagos en el Extranjero, encuadrado en la Subdirección General de Gestión Económica de la Dirección General de Asuntos Económicos de este Ministerio, lo que ha permitido que la ejecución de las operaciones con el extranjero se haya llevado de forma más ágil, eficaz y con mayores garantías, eliminando la situación de fondos en el exterior, así como la demora en la aplicación de los pagos y su posterior justificación.

[597] FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, E., «Disposición adicional 1ª… op. cit. pág. 1620.

la normativa específica contenida en el Real Decreto 1120/1977 resultará de aplicación tanto si se celebran en el territorio nacional como si se celebran en el extranjero. Obviamente, dicha afirmación pone de manifiesto nuestra postulación a considerar vigente en estos supuestos el mencionado Real Decreto, cuya derogación tácita ha dado lugar a numerosos debates doctrinales, solo resuelto definitivamente por a JCCA respecto de los contratos a celebrar con empresas, tal y como se indicó con anterioridad.[598]

Por otro lado, los contratos celebrados entre Gobiernos al amparo del Real Decreto 1120/1977 no pueden confundirse con los denominados contratos «Gobierno a Gobierno», introducidos en nuestro ordenamiento jurídico como un «mecanismo de apoyo a la exportación» por el Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, y que permiten que el Ministerio de Defensa pueda llevar a cabo las actuaciones de contratación en nombre y representación de un Gobierno extranjero, supervisión, apoyo logístico y transferencia de tecnología necesarias para la entrega al mismo de un determinado material de defensa. De este modo se atendía a una reivindicación de la industria nacional, introduciendo un mecanismo de contratación de uso frecuente en los países de nuestro entorno y que se basa en el modelo norteamericano del FMS (*Foreign Military Sales*), y que se caracteriza por actuar el Gobierno español como un mandatario del Gobierno extranjero, actuando en su nombre y representación, lo que supuso una novedad en nuestro ordenamiento jurídico en que la intervención del Gobierno (Ministerio de Defensa) como parte vendedora en la enajenación de material militar solo se contemplaba 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, regulado 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). Por el contrario, como se ha analizado, sí que se regulaba la intervención del Gobierno español en un contrato con otro Gobierno u Organismo público extranjero como parte compradora en el Real Decreto 1120/1977. No obstante, su regulación establece un régimen muy estricto respecto a la exigencia de responsabilidades al Gobierno extranjero, lo que ha dificultado la suscripción de este tipo de contratos[599].

[598] Dictamen 57/96 de 18 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

[599] SANTOS SÁNCHEZ, D.J., «El contrato Gobierno a Gobierno ¿una regulación eficaz?>> en *Revista Española de Derecho Militar,* Ministerio de Defensa,2019, págs. 147 a 197.

En el estudio de las peculiaridades de esta novedosa figura y su régimen jurídico[600] se centrará buena parte del presente trabajo en el Capítulo VI.

II.5. Los Programas cooperativos en los que participen, al menos, dos Estados miembros de la Unión Europea.

Estos programas, que pueden referirse tanto a la investigación y el desarrollo de un nuevo producto y, en su caso, al ciclo de vida del mismo o partes de dicho ciclo, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LCSPDS (artículo 7.1.d) y de la LCSP (artículo 5.2.a). La importancia de estos programas se pone de manifiesto por la propia Directiva 2009/81/CE, que se refiere a los mismos en su Considerando 28:

> «Estos programas son especialmente importantes, ya que contribuyen a desarrollar nuevas tecnologías y a soportar los elevados costes de investigación y desarrollo de complejos sistemas armamentísticos».

Al quedar excluidos de la aplicación de las Directivas comunitarias, se rigen por sus acuerdos específicos, que se basan en el reparto de la carga de trabajo entre los socios participantes y en el concepto de «justo retorno», por el que cada país recibe carga de trabajo en función de lo que aporta al programa. Un ejemplo de estos programas es el sistema aéreo de combate futuro NGWS/FCAS, lanzado por Francia y Alemania en 2017 y al que España se incorporó en 2019.

En estos casos, la cooperación suele articularse a través acuerdos, contratos o convenios englobados en la figura de los MOUS.

Como antecedentes de estos programas cooperativos, pueden citarse los constituidos en el ámbito de la extinta «Unión Europea Occidental» (UEO) [601] como el

---

[600] Dicha regulación se contiene, en la actualidad, en la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, en cuyo desarrollo se han aprobado el Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, la Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo, y la 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.

[601] DÍAZ TORRES, JESÚS, *Memorandos de entendimiento en el ámbito del Ministerio de Defensa,* Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, págs.72 a 79: La UEO (WEU o *Western European Union* 'Unión Europea Occidental') nació en 1948 como una organización europea de autodefensa, en respuesta al dominio soviético sobre Europa Central. Los cambios en la situación de Europa hicieron que su papel evolucionara hacia el fortalecimiento del pilar europeo de la Alianza Atlántica. Dentro de su seno se creó, en 1976, un grupo de cooperación europea en materia de armamento denominado GEIP (IEPG *Independent European*

Programme Group 'Grupo Europeo Independiente de Programas'). Aunque los orígenes del GAEO se remontan a 1976, en 1993 los ministros de Defensa aprueban que las actividades del GEIP se realicen al amparo de la UEO, aunque no todos los países pertenecieran a esta organización, cambiándose el nombre de GEIP por el de GAEO, grupo que no tenía personalidad jurídica propia. Se caracterizó por seguir los siguientes principios: - Las naciones participantes lo hacían con los mismos derechos y responsabilidades. - Estaba dedicado a la cooperación en materia de armamento. -Se mantenían vínculos con la OTAN, aunque hubiera países que no pertenecían a dicha organización. Los objetivos que perseguía eran: - Utilización eficiente de los recursos. -Apertura de los mercados nacionales de defensa. -Fortalecimiento de la BITD. -Cooperación en I+D. La necesidad de lograr la consecución de esos objetivos se vio incrementada debido a la reducción de los presupuestos de defensa y al aumento del ritmo del cambio tecnológico. Tanto los Gobiernos como la industria estaban trabajando juntos para intensificar la cooperación en el contexto de un desarrollo de la defensa europea. Estaba formado por los siguientes miembros de pleno derecho: Alemania, Austria, Bélgica, Chequia, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Turquía. Dentro del GAEO, en un primer lugar figuraban los ministros de Defensa de los diferentes países; en un segundo lugar, los NAD. El equipo directivo del GAEO (*Staff Group*) estaba formado por los representantes permanentes de los NAD en Bruselas. Era la estructura que aseguraba la continuidad de acción durante el período intermedio entre las reuniones de los NAD. Dependiendo de la autoridad de los NAD, este equipo directivo tenía la responsabilidad general sobre todas las cuestiones asociadas con las actividades que, en relación con la cooperación en materia de armamento, se realizaban dentro del GAEO. Estaba apoyada por un secretariado (*Armaments Secretariat*). Este secretariado, con sede en Bruselas y compuesto por 5 miembros, tenía como principal misión ayudar a la presidencia del GAEO con la ejecución de las directrices y medidas aprobadas. El GAEO estaba estructurado en tres comisiones operativas denominadas paneles: 1. Panel I. Se encargaba de la armonización de los requisitos operativos de los países, siendo su objetivo principal el desarrollo de equipos y sistemas de defensa en cooperación. 2. Panel II. Dirigido al fortalecimiento de la posición europea en I+T de defensa. Fue el que mayores logros consiguió. 3. Panel III. Orientado a la consecución de una política económica de defensa común y a la creación del EMED, así como al desarrollo de procedimientos comunes en materia de armamento. En la reunión de los NAD de octubre 2003, se acordó suspender las actividades de este panel. Teniendo en cuenta la creación de la EDA y la intención de esta agencia de asimilar o incorporar principios y prácticas del GAEO, los ministros reconocieron que la colaboración europea de armamento en el futuro tendría lugar dentro de la UE y que, por lo tanto, ya no existía la necesidad de realizar este tipo de actividades en el marco del GAEO. Por lo tanto, decidieron poner fin a estas actividades y cerrar el GAEO que dejó de funcionar el 23 de mayo de 2005. La OAEO (WEAO o *Western European Armaments Organisation* 'Organización de Armamento de Europa Occidental') fue creada en noviembre de 1996 por los 13 miembros que formaban parte del GAEO (posteriormente pasaron a ser 19). Para ello se redactó una carta constituyente (*WEAO Charter*) y se firmó un MOU (*WEAO MOU*) en el que se recogían sus principios de funcionamiento. Se trataba de un órgano auxiliar de la UEO que compartía personalidad jurídica con esta organización. Se ocupaba de los procedimientos en materia contractual y económica. Aunque el objetivo era la creación de una agencia europea de armamento, esta organización solo operaba a través de la WRC (*WEAO Research Cell* 'Célula de Investigación del OAEO'). Su sede estaba en Bruselas, situada junto a los secretariados de la UEO y del GAEO. La WRC estaba presidida por el director general (General Manager) más 13 miembros de su equipo directivo. Dicho director era el responsable de la Junta Directiva (*Board of Directors*), que estaba formada por los NAD de los 19 Estados miembros y se reunía en marzo y octubre de cada año. Hasta el final del año 2004, la presidencia había sido ocupada por los Países Bajos, a principios de 2005 pasó a Noruega. La WRC proporcionaba a los miembros de la OAEO diferentes servicios en el campo de la I+T de defensa. Algunos servicios se proporcionaban a todos los miembros; en otros casos, se formaban grupos específicos entre naciones que llevaban a cabo proyectos de I+T. Las actividades de la OAEO en el campo de la I+T cubrían un número importante de tecnologías consideradas fundamentales para satisfacer los requisitos operativos de los sistemas de defensa. Todas estas necesidades estaban consideradas y desarrolladas dentro de las CEPA (*Common European Priority Areas* 'áreas prioritarias comunes europeas'), en cada una de las cuales había un cierto número de RTP (*research and technology projects* 'proyectos de I+T'). Dentro de este ámbito, se desarrollaron importantes programas de I+D. Para llegar a los acuerdos se utilizaba como instrumento el MOU. El programa EUCLID (*European Cooperation for the Long Term in Defence* 'Cooperación Europea a Largo Plazo en Defensa') fue una iniciativa europea en el campo de la I+T cuya finalidad era la optimización de recursos dedicados a I+T en defensa. Trataba

de fortalecer la cooperación industrial, tecnológica y científica en defensa y fomentar las capacidades de la industria y centros de investigación. Este programa comenzó en 1989. El acuerdo sobre dicho programa se denominó PMOU (*programme memorandum of understanding* 'memorando de entendimiento del programa') y fue firmado en 1990. Con el programa THALES (*Technology Arrangement for Laboratories for the European Defence Science* 'Acuerdo tecnológico para laboratorios de ciencia europea de defensa') se pretendía cumplir los objetivos del EUCLID pero contando con la participación y cooperación de laboratorios y centros nacionales de I+D públicos y privados. Estos dos MOU (EUCLID y THALES) se caracterizaban por dar cobertura a proyectos abiertos, es decir, aquellos en los que todos los participantes tienen derecho a tomar parte por el mero hecho de ser partícipes en el mismo. Para los conocidos como proyectos cerrados, aquellos en los que la participación está sujeta a negociación previa, se redactó el MOU conocido como EUROPA (*European Understandings for Research Organisation, Programmes and Activities* 'Acuerdos europeos para organización, programas y actividades de investigación'). En septiembre de 2004, tanto el EUCLID como el THALES quedaron en suspenso. Todas las nuevas actividades se desarrollarán a partir de entonces con arreglo al MOU EUROPA. El MOU EUROPA fue firmado en 2001 por los representantes de Alemania, Austria, Bélgica, Chequia, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia y Turquía. Este MOU es un acuerdo marco para la cooperación en I+T basado en dos principios: transparencia y flexibilidad. Amparado por este, los participantes pueden llevar a cabo demostraciones y pruebas relativas a I+T de defensa de forma bilateral o multilateral. Para llevar a cabo estas actividades, desarrollarán acuerdos ERG (*European Research Grouping* 'grupo europeo de investigación') en consonancia con este MOU. Los ERG pueden establecerse por dos o más participantes en el MOU EUROPA que pretendan desarrollar un programa de I+T, o bien un proyecto concreto en esta materia, con unas determinadas condiciones. Los acuerdos ERG serán firmados por los representantes nombrados por dichos participantes. El primer acuerdo ERG firmado fue el ERG n.º 1, de carácter genérico y que abarca un amplio abanico de modos de cooperar en I+T entre sus participantes. Según lo decidido por los miembros de la OAEO, todas las actividades de I+T en ejecución serían transferidas a la EDA o a los miembros de la organización para que se encargaran de su gestión de forma individual. La última transferencia de proyectos contratados fue realizada a favor de la EDA en la última semana de agosto de 2006. En el ámbito del GAEO debe mencionarse también al EDIG (*European Defence Industries Group* 'Grupo de Industrias de Defensa Europeas'), que, aunque no tenía carácter gubernamental, representaba los intereses de las industrias de defensa de los países miembros del GAEO. Tenía una organización que le permitía mantener un estrecho contacto con los grupos del GAEO, a los que asesoraba aportando el punto de vista industrial. Nació en Bruselas en 1990 como una asociación internacional sometida a las leyes belgas. Estaban involucradas asociaciones nacionales de la industria de defensa de todas las naciones que formaban el GAEO. Las misiones y objetivos de la EDIG eran: - Llevar a cabo y coordinar estudios sobre cualquier asunto de interés común para la industria europea de defensa, en sus aspectos científico, técnico, económico e institucional. - Aconsejar y recomendar a los Gobiernos europeos sobre políticas y otros asuntos de interés para la industria europea de defensa. -Buscar soluciones apropiadas para resolver los problemas de la industria europea de defensa. EUROFINDER es un programa que nace y se desarrolla en el marco del EUCLID. Esta cooperación se extiende también al EUROPA. El objetivo del mismo es elevar la base de la defensa europea y fortalecer la cooperación europea desarrollando las mejores ideas de la industria. Está sustentado en el uso de propuestas realizadas por la industria sin haber sido solicitadas, de la que se espera que contribuya en el coste de los programas de una manera significativa. Anualmente se celebran conferencias en las que participan las industrias europeas. Estas son invitadas a realizar ofertas relacionadas con unas áreas tecnológicas prioritarias. La selección de las mismas está basada en su contenido técnico y en la relevancia para los objetivos militares. En 2004, el EDIG se fusionó con AECMA (*European Association of Aerospace Industries* 'Asociación Europea de Industrias Aeroespaciales') y EUROSPACE para formar ASD (*AeroSpace and Defence Industries Association of Europe* 'Asociación Europea de Industrias Aeroespaciales y de Defensa'). La principal misión de la ASD es mejorar el desarrollo de la industria europea en los campos espacial, aeronáutico y de la seguridad y defensa en colaboración con las instituciones europeas y las asociaciones que forma parte de la misma. Representa a la industria europea en la defensa de sus intereses e intenta garantizar que las políticas públicas europeas le den la máxima prioridad a este sector, ofreciendo un único punto de contacto entre el sector industrial y las partes interesadas dentro de las instituciones europeas. La ASD está formada por 28 asociaciones de 20 países de Europa, representando a más de 2000 empresas. En representación de España, forma parte de

«Grupo de Armamento de Europa Occidental» (GAEO) o la «Organización de Armamento de Europa Occidental» (OAEO), constituida con la finalidad específica de gestionar los procedimientos en materia contractual y económica, y que desarrollaron sus actividades hasta que fueron asumidas por la Agencia Europea de Defensa (EDA).

Asimismo, como ejemplo de cooperación entre países europeos debe citarse el Acuerdo marco relativo a las medidas encaminadas a facilitar la reestructuración y funcionamiento de la industria europea de defensa, hecho en Farnborough el 27 de julio de 2000 sobre la base de la declaración firmada el 9 de diciembre de 1997 por Alemania, Francia y Reino Unido[602] y a la que se unieron, posteriormente, España, Italia y Suecia,

---

la misma TEDAE (Asociación Española de Empresas Tecnológicas de Defensa, Aeronáutica y Espacio), asociación constituida el 26 de febrero de 2009.

[602] El 9 de diciembre de 1997, Alemania, Francia y Reino Unido firmaron una declaración destinada a facilitar la reestructuración de las industrias aeroespacial y electrónica de defensa en Europa. El objetivo de la declaración era, por un lado, contribuir a garantizar el suministro de productos y servicios de defensa y, por otro, mejorar la competitividad de la industria europea de defensa en el mercado internacional. Como instrumentos para alcanzar esos objetivos, se contemplaban la armonización de los procedimientos nacionales de control de las exportaciones en la medida en que fuera oportuno, el establecimiento de mecanismos para el intercambio de información clasificada, el fomento de la investigación conjunta, la mejora de la divulgación y transferencia de la información técnica y la armonización de las exigencias militares en las fuerzas armadas. A esta declaración se unieron, posteriormente, España, Italia y Suecia. El 6 de julio de 1998, Alemania, España, Francia, Italia, Reino Unido y Suecia firmaron una LOI (*letter of intent* 'carta de intenciones'), en la que se identificaban seis áreas de actuación prioritaria y un calendario — 81 — para llegar a los acuerdos o pactos que fueran necesarios. Las áreas de actuación eran las siguientes: -Seguridad en el suministro. -Control de exportaciones. -Protección de información clasificada. -Transferencia de información tecnológica. -Cooperación en I+T de defensa. -Cooperación para una temprana armonización de requisitos militares. Conforme al calendario aprobado, se llevó a cabo un primer estudio general entre septiembre de 1998 y julio de 1999, tras el cual se decidió que sería necesario alcanzar un compromiso jurídico entre los Estados interesados (Alemania, España, Francia, Italia, Reino Unido y Suecia). Las negociaciones para la elaboración de un tratado comenzaron en septiembre de 1999. El resultado fue el Acuerdo marco relativo a las medidas encaminadas a facilitar la reestructuración y funcionamiento de la industria europea de la defensa, hecho en Farnborough el 27 de julio de 2000, que fue aprobado y ratificado por España el 21 de junio de 2001. Los objetivos del acuerdo son: -Establecer un marco para facilitar la reestructuración de la industria de defensa en Europa. -Asegurar la oportuna y eficaz consulta acerca de las cuestiones que surjan de la reestructuración de la BITD. -Contribuir a conseguir la garantía de suministro de artículos de defensa y de servicios de defensa para las partes. -Aproximar, simplificar y reducir, cuando proceda, los procedimientos nacionales de control de las exportaciones para las transferencias y exportaciones de bienes y tecnologías militares. -Facilitar los intercambios de información clasificada entre las partes o sus industrias de defensa al amparo de disposiciones de seguridad, que no menoscaben la seguridad de esa información clasificada. -Fomentar la coordinación de actividades conjuntas de investigación con el fin de incrementar la base de conocimientos avanzados y alentar de ese modo el desarrollo y la innovación tecnológicos. -Establecer principios para la divulgación, transferencia, uso y propiedad de la información técnica, con el fin de facilitar la reestructuración y posterior funcionamiento de las industrias de defensa de las partes.-Promover la armonización de los requisitos militares de sus fuerzas armadas. Las partes establecen el Comité Ejecutivo, que está formado por un miembro en representación de cada una, que podrá estar asistido por el personal adicional que sea necesario que adopta sus decisiones mediante consenso entre todas las partes y se reúne con la frecuencia que sea necesaria para el eficaz desempeño de sus funciones, o cuando lo solicite uno de sus miembros. Adoptará su propio reglamento y podrá crear los subcomités necesarios. Las integrantes reconocían que las consecuencias probables de la reestructuración industrial

firmándose el 6 de julio de 1998 por una LOI (letter of intent 'carta de intenciones') en la que se establecía el calendario para alcanzar los acuerdos necesarios.

En el momento actual, se observa una potenciación de los programas de cooperación a nivel europeo, dado el impulso de la Cooperación estructurada permanente y el Fondo Europeo de Defensa, en cuya articulación están llamadas a desarrollar un importante papel, además de la Comisión Europea, la EDA y la OCCAR, tal y como se ha visto en el Capítulo II.

A este respecto y al objeto de facilitar la identificación de los supuestos de cooperación entre Estados Miembros y las distintas posibilidades que, para articular la misma, admiten las Directivas comunitarias, deben tenerse en cuenta las recientes Orientaciones sobre contratación cooperativa en los ámbitos de la defensa y la seguridad aprobadas por la Comisión en 2019.[603]Con estas Orientaciones, la Comisión, dentro de su

serían la creación de las ETD (empresas transnacionales de defensa), el posible abandono de capacidad industrial nacional y, por tanto, la aceptación de la dependencia recíproca. Consecuentemente, tomarían medidas para conseguir la seguridad del suministro en beneficio recíproco de todos los partícipes, así como una distribución y mantenimiento equitativos y eficientes de los activos, actividades y capacidades estratégicamente importantes. Estas medidas se basarían en la exigencia de información y consulta previas y la utilización de las normas nacionales, modificadas en caso necesario. Los miembros pueden hacer constar sus requisitos, entre otras formas, en acuerdos, contratos o licencias de opción legalmente vinculantes que se concertarán con las empresas de defensa sobre una base equitativa y razonable. Medidas adicionales podrán incluir el desarrollo de instrumentos comunes y la armonización de las normas nacionales. Los participantes se proporcionan mutuamente información sobre sus respectivos programas de I+T relacionados con la defensa, con el fin de facilitar la armonización de dichos programas. Los partícipes acordaron buscar los medios para otorgar mandato a una organización con personalidad jurídica y a la que los integrantes puedan dotar de fondos, en su caso, para que contrate y gestione los programas o proyectos de I+T relacionada con la defensa. El concurso será el método preferido para la adjudicación de contratos de I+T relacionada con la defensa, teniendo en cuenta las normas y procedimientos nacionales, salvo cuando un componente estime que ese concurso pueda redundar en detrimento de sus intereses fundamentales de seguridad. Los integrantes hacen constar sus compromisos, en relación con los detalles administrativos y técnicos de su cooperación en virtud del acuerdo, en instrumentos internacionales en los que puedan incorporarse por referencias las disposiciones del mismo. En caso de que surja alguna controversia entre dos o más partícipes en relación con la interpretación o la aplicación del acuerdo, los mismos buscan una solución mediante consulta o por cualquier otro método de solución mutuamente aceptable. Este acuerdo marco se ha desarrollado a través de diferentes instrumentos internacionales: -Acuerdo de implementación sobre cooperación en investigación y tecnología relacionada con defensa, firmado el 24 de marzo de 2003. -Protocolo de aplicación reflejando el proceso relativo a la armonización de requisitos militares, firmado el 5 de mayo de 2003. -Convenio de aplicación sobre la seguridad de suministro, firmado el 30 de octubre de 2003. Ø Convenio de aplicación al amparo de las partes VI y VIII sobre el tratamiento de la información técnica, firmado el 16 de marzo de 2004. -Convenio de aplicación de los procedimientos de exportación y transferencia, firmado el 2 de agosto de 2004. -Convenio de aplicación relativo al artículo 43 en relación con solicitudes de patentes y similares pertinentes para la defensa, firmado el 19 de diciembre de 2007.

[603] Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones sobre contratación cooperativa en los ámbitos de la defensa y la seguridad (Directiva 2009/81/CE sobre contratación en materia de defensa y seguridad) «DOUE» de 8 de mayo de 2019. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0508(01)&from=ES (Consultado el 30 de octubre de 2021).

objetivo de promover unas base industrial y tecnológica de la defensa europea, reduciendo la fragmentación existente en el mercado de la defensa, pretende «alentar a las autoridades de los Estados miembros a utilizar plenamente las posibilidades que existen en virtud de la Directiva en el ámbito de la defensa y las cuestiones sensibles para la seguridad», ofreciendo aclaraciones a los poderes adjudicadores «con el fin de aumentar la seguridad jurídica y minimizar los riesgos (inclusive los riesgos percibidos) que puedan derivarse del incumplimiento de la legislación de la UE sobre contratación pública».

De este modo, aun siendo la defensa competencia exclusiva de los Estados miembros[604], la Comisión se posiciona como un actor de primer orden en el proceso de obtención de capacidades militares en Europa, tratando de contribuir a mejorar la competitividad en este mercado al tiempo que se mejoran dichas capacidades, encuadrando esta iniciativa en la puesta en marcha del Fondo Europeo de Defensa. Pero del mismo modo que se posiciona como un actor que pretende colaborar proactivamente a la consecución de estos objetivos, también recuerda su posición esencialmente reactiva, avisando de que estará muy pendiente de las posibles extralimitaciones en que puedan incurrir los Estados miembros y que impliquen un «incumplimiento de la legislación de la UE sobre contratación pública».

Partiendo de lo anterior, y conforme a los criterios de las Orientaciones, al objeto de poder apreciar la exención de la aplicación de la Directiva 2009/81/CE prevista en su artículo 13.c) (recogida en la citada letra d) del artículo 7.1 de la LCSPDS), deben concurrir los siguientes requisitos:

1. Que se trate de «programas cooperativos», es decir, de un supuesto en el que exista cooperación y no se limite a la mera adquisición de equipos, de modo que exista «una distribución proporcional de riesgos y oportunidades técnicos y financieros, la participación en la gestión del programa y la toma de decisiones con respecto a este» para cuya valoración deberá atenderse a criterios cualitativos y no meramente cuantitativos.

[604] Llama la atención que el citado documento no contenga referencia alguna a dicha circunstancia, limitándose a resaltar la importancia creciente que se está reconociendo en el ámbito europeo a la necesidad de reforzar la cooperación europea en materia de defensa. No obstante, dicha circunstancia deriva del propio contenido de las Orientaciones limitado al ámbito contractual y al marco que ofrecen la Directiva 2009/81/CE y, en su caso, la Directiva 2014/24/UE, sin abarcar «otros temas como la armonización de los requisitos técnicos, la sincronización de los ciclos presupuestarios nacionales y otros temas jurídicos y administrativos que puedan tener un efecto significativo en la contratación pública cooperativa en el ámbito de la defensa», ya que estos inciden directamente en el ámbito de la soberanía y exceden de las competencias de la Comisión.

2. Debe tratarse de programas «basados en investigación y desarrollo», lo que comprendería, conforme al artículo 1, apartado 27 de la Directiva «todas las actividades que comprenden la investigación fundamental, la investigación aplicada y el desarrollo experimental, pudiendo incluir este último la realización de demostradores tecnológicos, es decir, dispositivos para demostrar el rendimiento de un nuevo concepto o una nueva tecnología en un entorno pertinente o representativo»[605].

3. El desarrollo de un nuevo producto debe ser interpretado de manera amplia, dados los objetivos perseguidos, lo que incluye la actualización de productos existentes en determinadas circunstancias, siempre que la «actualización en cuestión debe acarrear modificaciones importantes o mejoras sustanciales del producto»[606].

4. En el supuesto de que el programa, además del desarrollo, incluya las fases posteriores para todo el ciclo de vida de ese producto o partes de ese ciclo, los contratos relacionados con estas fases posteriores estarán cubiertos por la exclusión siempre que se adjudiquen también en el marco del programa cooperativo y no se trate de adquisiciones realizadas por separado por un Estado miembro que hubiera participado en la fase de investigación y desarrollo.

5. Los contratos deben adjudicarse «en el marco de un contrato cooperativo», lo que ocurrirá «cuando los adjudica la entidad o entidades designadas a tal efecto por los regímenes que rige el programa cooperativo, y de conformidad con las normas y procedimientos contenidos en dichos regímenes»

---

[605] Dicha definición es desarrollada por el Considerando 13: «A los efectos de la presente Directiva, los términos investigación y desarrollo deben abarcar la investigación fundamental, la investigación aplicada y el desarrollo experimental. La investigación fundamental consiste en trabajos experimentales o teóricos emprendidos principalmente con miras a adquirir nuevos conocimientos acerca de los fundamentos subyacentes de los fenómenos y hechos observables, sin perspectivas de una aplicación o un uso particulares. La investigación aplicada consiste asimismo en trabajos originales llevados a cabo con el fin de adquirir nuevos conocimientos, pero está encaminada principalmente hacia un fin u objetivo práctico. El desarrollo experimental consiste en un trabajo basado en los conocimientos existentes obtenidos a partir de la investigación y/o la experiencia práctica con miras a iniciar la fabricación de nuevos materiales, productos o dispositivos, establecer nuevos procesos, sistemas y servicios o mejorar de forma considerable los ya existentes. El desarrollo experimental puede incluir la realización de demostradores tecnológicos, es decir, dispositivos que demuestran el rendimiento de nuevos conceptos o nuevas tecnologías en un entorno pertinente o representativo. Los términos "investigación y desarrollo" no incluyen la realización y calificación de prototipos previos a la producción, herramientas e ingeniería industrial, diseño industrial o fabricación».

[606] Los criterios pertinentes para valorar dichas modificaciones pueden ser: cambios significativos en el equipo existente; el alcance de las nuevas funcionalidades del equipo; cambios estructurales en plataformas.

6. Que en el programa participen, al menos, dos Estados miembros, lo que admite la participación de terceros países, siempre que participen también al menos dos Estados miembros.

7. Se admite la posibilidad de que otros Estados miembros se incorporen al programa una vez concluida la fase de I+D para las fases posteriores del ciclo de vida del producto, siempre que el Estado miembro en cuestión se convierta en un miembro de pleno derecho del programa.

8. Que se remita a la Comisión toda la información prevista en el artículo 13.c) de la Directiva, que deberá permitir acreditar que el programa está destinado al desarrollo de un nuevo producto o la actualización de un producto que cumpla las condiciones anteriormente señaladas y que la participación de los Estados miembros, es más que una contribución simbólica a un programa nacional y se trata de una participación real. Esta información deberá remitirse poco después de la conclusión del programa cooperativo y siempre antes de que se adjudiquen los contratos.

Por otro lado, las citadas Orientaciones no se limitan a la aplicación de la exención contenida en el artículo 13.c) de la Directiva, sino que incluye también otros supuestos de contratación cooperativa, como son los casos de contratación pública conjunta por los Estados miembros, distinguiendo el supuesto en que no se use una central de compras de aquellos en los que sí se utilice una central de compras, que a su vez podrá ser de un organismo público europeo o de uno de los Estados miembros participantes («país dirigente»); la contratación pública a través de organizaciones internacionales, a la que nos referiremos posteriormente; y la «convergencia de las capacidades existentes entre los Estados», es decir, el supuesto de adquisición por un Estado miembro de una capacidad que otro Estado miembro o tercer país ya posee, que podrá realizarse mediante contrato Gobierno a Gobierno cuando se refiera a las existencias de ese Estado miembro o país o, en su caso, directamente del productor del equipo mediante el procedimiento negociado sin publicidad por razones técnicas o de protección de derechos de exclusividad, siempre que puedan acreditarse oportunamente las razones que legitiman el empleo de esta excepción, que deberán ser objeto de interpretación restrictiva.

De este modo, con la interpretación amplia que realiza la Comisión en los diferentes supuestos señalados, resulta patente su clara determinación, manifestada en

diversas ocasiones, de potenciar los procedimientos de cooperación entre los Estados miembros para la obtención y adquisiciones de las capacidades defensivas necesarias.

II.6.- Los memorandos de entendimiento (MOU).

Los memorandos de entendimientos (conocidos por sus siglas en inglés, *Memorandum of understanding,* MOU,) o «acuerdo internacionales no normativos», en la terminología de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales se caracterizan por ser declaraciones de intenciones sin efectos jurídicos obligatorios, pero que tienen especial trascendencia en la actuación del Ministerio de Defensa para la colaboración con otros países y el apoyo a las exportaciones de material de defensa, articulándose a través de los mismos, entre otras, las actividades de aseguramiento oficial de la calidad, ensayos y pruebas de recepción, adiestramiento, apoyo logístico, apoyo a la transferencia de tecnología o la creación de Oficinas de Programas encargadas de ejercer el control y seguimiento de todos los aspectos del programa[607].

Como puede observarse, el ámbito de aplicación de los MOU es de lo más variado, pudiendo establecerse diferentes clasificaciones[608]:

a) Por razón de su objeto, pueden referirse a: materias de cooperación militar; realización de ejercicios y maniobras; cooperación en enseñanza militar; adquisiciones; materia de armamento.

b) Por razón del sujeto: Bilaterales y multilaterales.

c) Por el nivel de detalle: el MOU, que actúa como marco estableciendo las cuestiones generales en las que se enmarca la colaboración de las partes; el Acuerdo técnico (*technical agreement*), que procede a un tratamiento más detallado de los temas obligacionales (por ejemplo, en el caso de que sea para el

[607] Como ejemplo, puede citarse el reciente Memorando de Entendimiento entre el Ministerio de Defensa del Reino de España y el Ministerio de Defensa de la República Portuguesa sobre la prestación de apoyo logístico mutuo, hecho en Madrid y Lisboa el 20 de junio y 1 de septiembre de 2020.

[608] Para la identificación de las diferentes categorías, he seguido el estudio realizado por POYATO ARIZA, J. L., «Capítulo X: Los MOU,s. Su fundamento Jurídico, tipos y competencia, y los acuerdos técnicos». *Curso de Derecho Operativo, Lecciones de derecho operativo*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2001, págs. 165 a 177.

desarrollo de un ejercicio o de una maniobra internacional reseñará el concepto operativo, los aspectos financieros y administrativos); y los Planes de implementación (*JIP/JOINT implementation plan*) que son los documentos que detallan específicamente las necesidades de apoyo de cada una de las partes y por tanto, con un carácter marcadamente logístico.

d) Por el órgano del que procede la iniciativa: Acuerdos derivados de los planes generales de política exterior aprobados por el Gobierno y ejecutados bien por el Ministerio de Defensa, bien por el Ministerio de Asuntos Exteriores en su papel de coordinador de la acción exterior del Estado; Acuerdos originados a iniciativa de algún órgano del Ministerio de Defensa o de las Fuerzas Armadas e incluidos en el Plan de Diplomacia de Defensa; Acuerdos originados a iniciativa de las autoridades u organismos de otro país que pretenden incrementar las relaciones en materia de Defensa, aprovechando normalmente las distintas actividades de cooperación (conferencias, reuniones de estados mayores, etc).

Asimismo, en la práctica internacional, bajo la denominación genérica de MOU, se están refiriendo a instrumentos jurídicos de distinta naturaleza, que incluso en ocasiones comprenden auténticos tratados internacionales[609], por lo que la principal preocupación respecto del uso de estos instrumentos se ha centrado en identificar adecuadamente su verdadera naturaleza jurídica, para evitar que bajo el recurso a esta figura jurídica se estén evitando los trámites y formalidades propias de los tratados internacionales[610].

---

[609] Como recuerda MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES «En la práctica existen acuerdos cuya denominación formal es la de *Memorandum of Understanding* (o en algún caso *Memorandum of Agreement*), mientras que su naturaleza real es la de un tratado internacional, dado que a la luz de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados lo son «cualquiera que sea su denominación particular» [art. 2.1.*a)*]; cfr. Aust, A., *loc. cit.* («Modern Treaty...»*)*, pp. 26-27. Y hay otros que, aunque ciertamente el núcleo de los mismos equivalga a lo que la ley considera AINN, serían AIA; cfr., por ejemplo, Memorando de Entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera entre España y la Comisión Europea, de 23 de julio de 2010, *op. cit*. Es más, si se examina el Registro de la Secretaría General de las Naciones Unidas, se observará que existen algunos instrumentos registrados con el nombre de Memorándum que, en realidad, son verdaderos tratados internacionales».
MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. «La Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar», *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 67/1, enero-junio 2015, Madrid, págs. 13 a 60, en concreto nota 133. http://bibliotecaculturajuridica.com/EDIT/1333/la-ley-de-tratados-y-otros-acuerdos-internacionales-una-nueva-regulacion-para-disciplinar-una-pract.html/ (Consultado el 18 de septiembre de 2021).

[610] Uno de los supuestos en los que la doctrina más ha criticado la suscripción de MOU obviando la tramitación de un tratado internacional es el de los estatutos jurídicos de las fuerzas, conocidos por el acrónimo SOFA (*Status of Foreign Forces Agreements)*, que son los acuerdos básicos que regulan los

Por otro lado, en el ámbito contractual, la práctica internacional pone igualmente de manifiesto los diferentes efectos jurídicos que, en función de los países, se atribuyen a los acuerdos definidos genéricamente como MOU. En este sentido, la Intervención General de la Defensa[611] destaca cómo en EEUU y en relación con el sistema de venta de

derechos y deberes de los componentes de una fuerza que se encuentran establecidos en territorio extranjero, independientemente de si lo es con cierta permanencia o por razón de un ejercicio concreto. En los SOFA,s se deben incluir los temas relativos a jurisdicción, privilegios e inmunidades, régimen disciplinario, resolución de reclamaciones, régimen fiscal, personal civil y militar, etc. Dado su contenido jurídico y la afectación a cuestiones de soberanía nacional, deben considerarse como tratados internacionales, como es el ejemplo del conocido como SOFA OTAN, aprobado por el Convenio entre los Estados partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas hecho en Londres el 19 de junio de 1951, y al que España se adhirió, previa autorización de las Cortes Generales, mediante Instrumento de 17 de julio de 1987 («BOE» núm. 217, de 10 de septiembre de 1987); o el acuerdo entre la República de Albania y los Gobiernos de las naciones contribuyentes a una fuerza multinacional realizado en Roma en abril del año 1997 («BOE» núm. 150, de 24 de junio de 1997) y aprobado por las Cortes, en virtud del artículo 94.1 en el año 1998 . Se trata, por tanto, de tratados internacionales que han seguido el trámite constitucional y parlamentario correspondiente, sin perjuicio de que puedan desarrollarse por instrumentos posteriores, sirviendo como ejemplo el Acuerdo técnico administrativo en aplicación del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al estatuto de sus fuerzas entre el Ministerio de Defensa de la República Francesa y el Ministerio de Defensa del Reino de España relativo al intercambio de oficiales y cadetes, hecho en Granada el 28 de septiembre de 2016 («BOE» núm. 275, de 14 de noviembre de 2016). No obstante, no falta autores que critican que en determinados casos, no se han tramitado como tratados, como sería el caso del memorándum de entendimiento celebrado entre España y Paraguay el 18 de enero de 2017 para establecer las condiciones generales para la participación conjunta en operaciones de paz o las denominadas *Cartas de Asistencia* referidas a la Fuerza Internacional de la ONU en el Líbano, entre otros supuestos que se citan en JIMÉNEZ GARCÍA, F. «El derecho internacional en mutación. El test «civilizatorio» del Estado de Derecho internacional (¿soft-law de baja o alta intensidad?) y el régimen de las fuerzas de estabilización de la paz», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018.
http://www.reei.org/index.php/revista/num35/articulos/derecho-internacional-mutacion-test-civilizatorio-estado-derecho-internacional-soft-law-baja-alta-intensidad-regimen-fuerzas-estabilizacion-paz (Consultado el 18 de septiembre de 2021).
Actualmente, su naturaleza jurídica como convenios internacionales se reconoce en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, que prevé no obstante, la posibilidad de aplicar el SOFA OTAN a las fuerzas de cualquier otro Estado extranjero, atendiendo al principio de reciprocidad y mediante acuerdo suscrito entre los respectivos Ministerios de Defensa:
«Artículo 33. Estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes, de su personal militar y civil y de sus bienes.
1. A las Fuerzas Armadas visitantes de un Estado miembro de la OTAN o de la Asociación para la Paz, a su personal militar y civil y a sus bienes, cuando se encuentren en territorio español a invitación o con consentimiento de España, se les aplicarán las disposiciones del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al estatuto de sus fuerzas, de 19 de junio de 1951.
2. A las Fuerzas Armadas visitantes de cualquier otro Estado extranjero, a su personal militar y civil y a sus bienes, cuando se encuentren en territorio español a invitación o con consentimiento de España, se les aplicarán, de forma total o parcial, las disposiciones del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al estatuto de sus fuerzas, de 19 de junio de 1951. Dicha aplicación se hará, atendiendo al principio de reciprocidad y en virtud del acuerdo que sea suscrito a tal efecto por el Ministerio de Defensa de España con el homólogo del Estado extranjero.
3. Las disposiciones de este artículo se aplicarán a cualquier parte del territorio bajo soberanía española donde estén situadas las Fuerzas Armadas visitantes, su personal militar y civil y sus bienes, ya se encuentren estacionadas o en tránsito, así como a los buques y aeronaves de España».

[611] DÍAZ TORRES, J. *Memorandos de entendimiento… op. cit.* pág. 95.

material militar FMS (*Foreign Military Sales) t*anto en el *FMS Customer Financial Management Handbook* (Manual de gestión financiera para el cliente de FMS) como en *The Management of Security Assistance* (La gestión de la asistencia en seguridad), se recoge indistintamente el concepto de MOA *(Memorandum of Agreement)* o MOU (*Memorandum of Understanding)* y se definen como un acuerdo escrito entre Gobiernos o un Gobierno y una organización internacional, firmado por representantes autorizados y que contiene la intención de ser jurídicamente vinculante. Mientras que en Europa se considera que en el MOA las partes tienen la intención de vincularse jurídicamente, lo que no ocurre con el MOU.

En el ámbito OTAN, los MOU son, asimismo, un instrumento de frecuente utilización con el objeto de facilitar el proceso de contratación en los programas de cooperación en armamento. Conforme al manual *«Guidelines and Sample Provisions for Memoranda of Understanding»* (Directrices y disposiciones orientativas para memorandos de entendimiento)[612] se configuran como un acuerdo escrito entre Gobiernos o un Gobierno y una organización internacional, firmado por representantes autorizados y en el que cualquier conflicto en cuanto a la interpretación o ejecución del mismo se resolverá solo mediante consulta entre los participantes y no se remitirá a ningún tribunal nacional o internacional ni a un tercero ajeno al acuerdo para resolverlo.

Las secciones recogidas en el manual y que conforman el contenido de un MOU son las siguientes[613]: 1. Introducción. 2. Objetivos y alcance. 3. Definiciones. 4. Organización y gestión. 5. Acuerdos contractuales. 6. Reparto de tareas. 7. Acuerdos financieros. 8. Impuestos, aranceles y cargas similares. 9. Revelación y uso de información técnica. 10. Responsabilidades. 11. Estatus del personal. 12. Ventas y transferencias a terceros. 13. Aseguramiento de la calidad. 14. Gestión de la codificación y la configuración. 15. Equipo del programa. 16. Apoyo logístico. 17. Seguridad. 18. Acceso al sistema 19. Participación de nuevas naciones. 20. Requisitos de los informes. 21. Duración, retirada y terminación. 22. Resolución de los conflictos. 23. Enmiendas.

[612] Elaborado por el encargo de la CNAD, por el grupo AC/313 (*NATO Group on Acquisition Practices* 'Grupo de Prácticas de Adquisiciones de la OTAN') que había sido creado para asesorar a la CNAD sobre los procedimientos de adquisición gubernamentales y procedimientos relacionados con el comercio de defensa, sobre los acuerdos para programas de cooperación en armamento y sobre la colaboración industrial dentro de la Alianza. Este documento, de julio de 1997, está incluido en la AACP-1 *(Allied Acquisition Practices Publication* 'Publicación sobre prácticas de adquisición aliadas'). Se trata de una guía general que intenta llegar a ser un punto de partida y constituirse en una buena base para determinar los intereses de las partes en los asuntos específicos. DÍAZ TORRES, JESÚS, op. Citada, pp. 95 y 96.

[613] DÍAZ TORRES, J. *Memorandos de entendimiento…* op. cit. págs. 98 y 99.

24. Comunicación y publicidad. 25. Disposiciones generales. 26. Lengua. 27. Fecha y firma.

Partiendo de lo anterior, se observa fácilmente cómo el principal problema que ha planteado la aplicación en España de la figura anglosajona de los MOU ha sido el de determinar su naturaleza jurídica, lo que ha dado lugar a un importante esfuerzo por parte del Ministerio de Exteriores, en cuanto coordinador de toda la acción exterior del Estado, para tratar de identificar y reglamentar este tipo de acuerdos. Siguiendo a PÉREZ GIRALDA[614], frente al criterio tradicional del Ministerio de Exteriores de negar validez a todo acuerdo que no fuera tramitado como gubernamental y sometido a los trámites previstos para los tratados en la normativa entonces vigente[615], la cuestión se plantea por el Ministerio de Defensa, quien se dirigió al de Exteriores en 1986 haciendo un planteamiento general sobre el tema de los acuerdos en materia de cooperación de defensa, que se consideraban distintos de los que llamaba «acuerdos internacionales», ya que no obligan, según opinaba el Ministerio consultante, al Estado como sujeto del Derecho internacional y pueden ser realizados por el Ministro de Defensa «en ejercicio de las competencias que le otorga el art. 10 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, con

[614] PÉREZ GIRALDA, A., «España y la práctica del derecho internacional: "los acuerdos no normativos"» en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dir.) *España y la práctica del Derecho Internacional LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC,* Colección Escuela Diplomática, Ministerio De Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2014 pág. 77 a 92. http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/Ministerio/EscuelaDiplomatica/Documents/Coleccion_ED_20_web.pdf (Consultado el 29 de octubre de 2021).
En este estudio, el autor parte de la consideración del tema de los acuerdos no normativos más como un «problema» que un tema, que califica, además de complejo, por tener una naturaleza jurídica ambigua, que parte de su consideración como aquellos que se definen negativamente por no ser tratados internacionales. Y destaca que es un problema grave, tanto política como jurídicamente, como consecuencia de la proliferación de este tipo de acuerdos en los últimos tiempos a la vista de la creciente sectorialización de la administración y la multiplicidad de sus actuaciones exteriores y la atribución a las Comunidades Autónomas de competencias exclusivas por la Constitución, que en ocasiones ejercen en el exterior, considerando que «Las tensiones entre poderes funcionales y territoriales que pueden aflorar con los acuerdos no normativos pueden revelarse claramente perjudiciales para el prestigio y la credibilidad del Estado en sus relaciones internacionales» en contra de la efectividad del principio de unidad de la acción exterior del Estado. La gravedad jurídica del asunto provendría, en su opinión, de que «si la voluntad de sustraer el acuerdo no normativo al ámbito del Derecho internacional no queda clara en su texto, sus disposiciones pueden acarrear la responsabilidad del Estado frente a la otra parte, ya que "el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento a menos que esa violación sea manifiesta…" (art. 46.1 de la CV sobre Derecho de Tratados)».

[615] Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales, derogado por la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

el previo conocimiento del Ministerio de Asuntos exteriores y la autorización del Gobierno».

A este respecto, la Asesoría Jurídica Internacional emitió un informe de finales de aquel año de 1986[616] en el que, revisaba una doctrina constante que, sin embargo, había sido contradicha por la práctica[617]. El informe analizaba la práctica española incluyendo, junto a aquellos "*gentlement´s agreements*" los acuerdos de desarrollo de un Tratado en la categoría de los no-normativos y concluía concordando con el Ministerio de Defensa en la posibilidad de que existan, más allá de los Tratados, «otros instrumentos, entre los que se encuentran los acuerdos no regidos por el Derecho internacional, ya sea entre Gobiernos, ya sea entre órganos o entidades de nivel inferior al gubernamental» destacando la importancia del elemento de la voluntad, es decir, en la necesidad de que en un acuerdo no normativo quedara patente que no es la intención de las partes obligarse según el Derecho internacional, lo que debería quedar claro bien mediante una mención expresa en el texto del acuerdo, bien a través de elementos indicativos en el lenguaje y la terminología utilizados, siempre con el fin de evitar interpretaciones erróneas por la otra parte. Sin embargo, disentía del Ministerio de Defensa en cuanto a competencia del Ministro de Defensa para su conclusión, que no le correspondería en virtud de las atribuciones genéricas conferidas por su normativa específica para la dirección de la política de defensa, sino que incidiendo en la política exterior competencia del Gobierno conforme al artículo 97 de la Constitución, su concertación requeriría autorización del

[616] La existencia de este Informe, con mención del Ministerio que había hecho la consulta, fue sacada a la luz por el Profesor Antonio REMIRO BROTÓNS, con ocasión de un Seminario sobre «La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales» celebrado en la Escuela Diplomática del 13 al 16 de noviembre de 1989. Las aportaciones del citado profesor, quien incluso propuso su denominación como acuerdos no normativos, ha tenido especial incidencia en la configuración de los mismos, estableciendo un «decálogo» de criterios que contribuyeran a la calificación como tales cuando su texto no establece expresamente el carácter no vinculante jurídicamente de los compromisos en él adquiridos: evitar el uso de las denominaciones tradicionales (tratado, convención, convenio); utilizar «adjetivaciones y adverbiaciones de baja intensidad»; referirse como partes no al Estado sino al órgano que asume los compromisos; reducir las formalidades del texto, incluida la numeración de las disposiciones; evitar cláusulas finales similares a las de los tratados; descartar la posibilidad de reservas; evitar seguir los trámites parlamentarios del Título III CE y la inscripción en el Registro de Tratados y Acuerdos internacionales de la Secretaría de las NNUU.

[617] España había concluido compromisos internacionales que no habían sido formalizados como Tratados, algunos de ellos, incluso, de la importancia política del Acta final de la Conferencia de Helsinki sobre Seguridad y Cooperación en Europa, cuyo texto excluía expresamente su carácter jurídicamente vinculante.

Gobierno mediante el correspondiente acuerdo del Consejo de Ministros, con lo que se pretendía garantizar la intervención del Ministerio de Asuntos Exteriores[618].

Al amparo del reconocimiento de esta categoría jurídica, se empiezan a diferencian otros tipos de acuerdos, distintos de los tratados internacionales, que pueden ser de carácter político, en cuyo caso, al afectar a la política exterior, requerirían de la autorización del Consejo de Ministros a solicitud del Ministerio de Asuntos Exteriores, o de carácter técnico o administrativo, que se tramitan y concluyen directamente por el departamento correspondiente, entre los que se encuentran los MOU, que el Ministerio de Defensa procede a regular en la Orden Ministerial Comunicada 53/1987, de 24 de septiembre, sobre coordinación de actividades de los centros, unidades y organismos del departamento que generan relaciones bilaterales o multilaterales con terceros Estados u organizaciones internacionales.[619]

Posteriormente, con el fin de contribuir a la delimitación de sus límites y recogiendo la doctrina que había venido estableciendo la AJI, en el año 2010 el Ministerio de Asuntos Exteriores aprobó la Orden Circular nº 2/2010 de 19 de julio, sobre «Normas para la tramitación de los Acuerdos No Normativos por parte de los órganos de este Departamento, así como en lo relativo al seguimiento y colaboración con otras Administraciones Públicas en esta materia», que si bien dirigida a los órganos del propio Departamento, resalta su competencia para coordinar a los órganos de la Administración General del Estado que, en el ámbito de sus competencias, realicen actuaciones en materia internacional así como para el seguimiento y colaboración con otras Administraciones Púbicas en lo que se refiera a su proyección o actividad exteriores.

La vigente Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, ha tratado de clarificar la cuestión introduciendo, junto a la tradicional regulación de los tratados internacionales, dos nuevas categorías de acuerdos que denomina «acuerdo internacional administrativo» y «acuerdo internacional no normativo», identificando estos últimos con los MOU, y sin perjuicio de que puedan

[618] Como señalara el profesor REMIRO BROTÓNS en el Seminario de 1989, esta afirmación se justificaría en que «corresponde en todo caso al Ministerio de Asuntos Exteriores apreciar la oportunidad de concluir un acuerdo no normativo, pues toda relación con Estados o autoridades extranjeras afecta a la política exterior, sea cual sea el sector en que se produce».

[619] Complementada por las Normas-guía sobre tramitación de acuerdos internacionales en el Ministerio de Defensa, de 11 de mayo de 1990 y el Documento aclaratorio de las Normas-guía sobre tramitación de acuerdos internacionales en el Ministerio de Defensa, de 10 de febrero de 1997.

existir otras categorías de acuerdos diferentes a las tres reguladas en la Ley, que se rigen, todas ellas, por el derecho interno de los Estados. Aunque esta regulación no está exenta de críticas[620], basadas fundamentalmente en lo que ANDRÉS SÁENZ DE SANTA

[620]. En este sentido REMIRO BROTÓNS destaca, cómo «partiendo de la definición legal de tratados, afirmar a continuación que un acuerdo internacional administrativo es un "acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado" es, simplemente, una contradicción en sus propios términos y una fuente de indeseables confusiones […] habría bastado con precisar que los llamados acuerdos internacionales administrativos son tratados que desarrollan, ejecutan o concretan otros que son su marco de referencia y legitimación […] SI se hubiera partido de esa base la regulación de los acuerdos internacionales administrativos se habría simplificado considerablemente». En cuanto a los acuerdos internacionales no normativos, reconociéndose autor del concepto, critica la definición del artículo 2.c) de la ley por "innecesariamente farragosa". Asimismo, señala que la mención al Reino de España que se recoge en el artículo 47 carece "absolutamente" de sentido «cuando nos vemos en el campo, a veces proceloso, de los acuerdos no normativos» ya que puede ser indicio de que estamos ante un acuerdo jurídicamente exigible. Por otro lado, destaca que la previsión del artículo 45 in fine de la ley , cuando prevé que en el expediente relativo a tales acuerdos que impliquen obligaciones financieras se acreditará la existencia de financiación presupuestaria adecuada y suficiente mediante informe del Ministerio de Hacienda «ha sido interpretada por algunos opositores- y por el mismo Consejo de Estado (Dictamen 808/2013, de 3 de octubre)- como una contradicción con la naturaleza no vinculante de tales acuerdos: ¿cómo es que se prevén obligaciones financieras si los acuerdos no obligan?>>. REMIRO BROTÓNS, A. «Comentario General a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales» en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, J., DÍEZ.HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales*, Civitas, Cizur-Menor, 2015, págs. 56 a 61. FERNÁNDEZ TOMÁS se muestra, asimismo, muy crítico con dicha clasificación, que se basaría en la existencia de una variada práctica internacional: *«However, as a consequience, the end result is a bit absurd for the following reasons. Firstly,a complete Treaties Act is drafted in order to regulate instruments that are not treaties, but rather oher international agreements (OIA). Secondly, this domestic Act whose main aim seems to be the regulation of this field, does not account for all other international agreements. This is because only International Administrative Agreements (IAA) are regulated, while Executive Agreements (EA) or Administrative Agreements (AA) that are not regulated by International Law, but by the domestic law of one of the parties (Article 1 combined with Art. 2.b in fine) are excluded. Thirdly, though in opposition to the criterion just mentioned, Memeoranda of understanding (MOU) are explicitly included, despite the fact that are not regulated by International Law (article 2.c in fine).* FERNÁNDEZ TOMÁS, A. «Parliamentary Control of "Other International Agreements" in the *New Spanish Treaties and Other International Agreements Act (TOIAA)*, 18, SYbIL (2013-2014),p.64. GONZÁLEZ VEGA, J.A. critica, respecto de la regulación del acuerdo internacional administrativo, «su desvirtuación como tratados en el orden interno, su eventual conclusión -entre otros entes- por las Comunidades Autónomas, su sustracción inequívoca al control de las Cortes, su conocimiento limitado por el Consejo de Ministros y el establecimiento de unos mecanismos de publicidad específicos», mientras que, dada la naturaleza jurídico internacional de los compromisos establecidos en ellos «Se salvaguarda la exclusiva e ineludible responsabilidad internacional única del Estado, reiteradamente afirmada por el Tribunal Internacional de Justicia [por ejemplo: Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Sentencia, TIJ, Reports 2007, p.43; La Grand (Alemania contra los Estados Unidos de América) Sentencia TIJ, Reports 2001, p.466] (MAEC, Memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, de 25 de octubre de 2013, p.20]»; y respecto de los acuerdos internacionales no normativos, su propia inclusión en el texto, en la que «primó el interés del MAEC por ver regulada legislativamente una actividad para la cual ya había dispuesto con anterioridad la ordenación de su procedimiento; revelando las justificaciones aducidas por él en la Memoria del anteproyecto un acusado voluntarismo» GONZÁLEZ VEGA, J.A. «Artículo 2. Definiciones» en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ.HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales*, Civitas, Cizur-Menor, 2015, págs. 106 y 108.

MARÍA[621] denomina «un objeto poco coherente y exótico» y que habría venido propiciado «porque en la *mens legislatoris* las razones pragmáticas -aprovechar para regular la práctica, aunque sea dispar- y domésticas -controlar la actividad exterior de los entes subestatales- han primado sobre la racionalidad derivada del Derecho internacional». Se trata, en definitiva, de controlar la acción exterior del Estado e impedir el uso perverso de la calificación del texto para evitar su tramitación como tratado internacional, lo que GONZÁLEZ VEGA[622] denomina como «tratados ocultos»[623].

De este modo, el «acuerdo internacional administrativo» se define por el artículo 2.b) de la Ley como el «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». Por lo tanto, estos acuerdos, que participan de la naturaleza de los tratados internacionales, se diferenciarían de aquellos por su carácter marcadamente técnico, su carácter sectorial, al re referido a la actividad competencia de los distintos organismos públicos que pueden suscribirlos y su subordinación a un tratado previo al que desarrollan, ejecutan o concretan.

Por otro lado, el «acuerdo internacional no normativo» se define en la letra c) del artículo 2 de la ley como el «acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional administrativo que se celebra por el Estado, el Gobierno, los

---

[621] ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. «Artículo 1. Objeto» en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ.HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales*, Civitas, Cizur-Menor, 2015, p. 91.

[622] GONZALEZ VEGA J.A. «¿Tratados ocultos?:sobre ciertas manifestaciones de la acción concertada "no convencional" en el marco de las competencias "reservadas" a los tratados internacionales» *EL Derecho internacional en el mundo multipolar del s.XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez,* Iprolex, SL, Madrid, 2013, págs. 75 a 101.

[623] Como destaca MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, «el verdadero riesgo de los AINN, con independencia de su denominación y definición, radica en su creciente utilización y en la posibilidad (no meramente hipotética) de acabar convirtiéndose en *el* instrumento internacional para articular jurídicamente, gracias a su flexibilidad evidente, las relaciones entre sujetos de Derecho internacional. Existe un riesgo cierto de arrinconamiento progresivo del uso de los tratados (y los AIA) a los estrictos supuestos en los que resultase inevitable. No en vano, las ventajas que los AINN ofrecen en las relaciones diplomáticas a los Estados son evidentes respecto de los tratados: mayor versatilidad, posibilidad de confidencialidad, soslayo de los requisitos formales de tramitación interna de los tratados, etc.». MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. «La Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales… op. cit. pags. 13 a 60.

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 logístico, y no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho Internacional». En este caso, su característica fundamental viene determinada por la falta de producción de efectos jurídicos en el sentido de no generar obligaciones jurídicamente exigibles, en cuanto únicamente contendría declaraciones de intenciones o compromisos de actuación. De este modo, al señalar el precepto que «no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho internacional», no son susceptibles de generar responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento, si bien sí están sometidos a las exigencias de la buena fe y generan una suerte de obligación política o moral, cuyo incumplimiento puede tener consecuencias para el Estado incumplidor. De ahí que resulte capital que la formulación que se dé a este tipo de acuerdos deje meridianamente clara la voluntad de los firmantes de excluir la generación de obligaciones jurídicas internacionales y la intención expresa de no quedar regidos por el Derecho internacional (ni por ningún otro ordenamiento jurídico) [624].

Asimismo, se introduce una diferencia sustancial en el régimen jurídico aplicable a estos acuerdos. A diferencia de los acuerdos internacionales administrativos, que deben ser preceptivamente informados, en todo caso, por la AJI (artículo 39), en el caso de los acuerdos internacionales no normativos corresponde al Servicio Jurídico correspondiente[625] informar «acerca de su naturaleza, procedimiento y más adecuada instrumentación según el Derecho Internacional, en particular, dictaminará sobre si dicho

[624] *Íbidem* nota 133..

[625] MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, desde su experiencia como jefe de la AJI (2012-2018), considera que hubiera resultado planteable atribuir a la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC la tarea de dictaminar *todos* los AINN, dada su configuración como «órgano asesor de la Administración General del Estado en materia de Derecho internacional» y ser una actividad que ya venía desarrollando en la práctica, lo que permitiría además la coherencia con el régimen de los AINN de las CCAA, siendo éste el sentido en el que se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el anteproyecto de la ley, que consideró «*necesaria* la intervención del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación *en relación con cualquier tipo de acuerdo* para informar acerca de su naturaleza, procedimiento y adecuada instrumentación según el Derecho internacional». No obstante, como el propio autor reconoce «el resultado por el que opta la ley resulta también perfectamente entendible», siendo necesaria una cooperación leal entre los servicios jurídicos de los órganos u organismos concernidos y la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC para lograr una interpretación armónica de la ley y una adecuada labor de calificación de todos los acuerdos internacionales previstos en la misma.
Ïbidem.

proyecto debería formalizarse como tratado internacional o como acuerdo internacional administrativo» (artículo 45) estando prevista únicamente la intervención de la AJI en los que vayan a ser suscritos por las Comunidades Autónomas o por las Entidades Locales (artículo 53.3).

De este modo, en el ámbito del Ministerio de Defensa, la calificación de los acuerdos internacionales no normativos corresponderá a la Asesoría Jurídica General de la Defensa, para lo que deberá atenderse, fundamentalmente, a la voluntad de los signatarios de obligarse o no jurídicamente en el ámbito de competencias que les son propias. Todo ello sin perjuicio de su posterior remisión al Ministerio de Asuntos Exteriores para su inscripción en el Registro de acuerdos internacionales no normativos (artículo 48) y la toma de conocimiento por el Consejo de Ministros cuando su importancia así lo aconseje conforma a la valoración conjunta de ambos ministerios (artículo 46.2).

Por lo tanto, en el ámbito de las relaciones internacionales, el Ministro de Defensa podrá firmar dos tipos de acuerdos: acuerdos internacionales administrativos, que contienen obligaciones jurídicas, cuando supongan la ejecución de un tratado internacional suscrito con anterioridad, que deberán ser informados por la AJI y publicados en el BOE, no siendo necesaria la aprobación por las Cortes ya que previamente habrá autorizado el tratado del que trae causa, o acuerdos internacionales no normativos, sin efectos jurídicos obligatorios, previo informe de la Asesoría Jurídica General de la Defensa y posterior remisión al Ministerio de Asuntos Exteriores. Por lo que, tratándose de MOUS, y en función de su contenido concreto obligaciones, deberán reconducirse a una de las dos figuras señaladas, salvo que se trate de verdaderos tratados internacionales en cuyo caso quedarán sujetos al procedimiento y formalidades legalmente previstas para los mismos.

La identificación de la verdadera naturaleza jurídica de los instrumentos internacionales empleados, ya de por sí compleja, se complica especialmente cuando se trata de Memorandums cuyo objeto comprende adquisiciones de material de defensa o un programa de armamento, ya que por razones de seguridad, el articulado emplea términos imperativos y exigibles jurídicamente. Por lo tanto, si no se trata de un tratado internacional, ni de un AIA que se dicte al amparo de un tratado internacional previo, su calificación como MOU exige diferenciar los compromisos de carácter político del

contenido que tiene, propiamente, naturaleza contractual, ya que el régimen jurídico sustantivo y procedimental será diferente en uno y otro caso[626].

II.7.- Contratos adjudicados de conformidad con las normas de una organización internacional.

Estos contratos derivan de la pertenencia de España a organizaciones internacionales de seguridad y defensa, como pueden ser los adjudicados por las agencias especializadas de la OTAN, como la Agencia de Adquisición y Apoyo de la OTAN (*Nato Suport Agency, NSPA)* o la Agencia OTAN de Gestión del Eurofighter y del Tornado (*NATO Eurofighter and Tornado Management Agency, NETMA).* O, en el ámbito europeo, a través de la Organización Conjunta de Cooperación en Materia de Armamento (*Organisation Conjointe de Coopération en matière d'Armement, OCCAR*), creada en 2001 y a la que España pertenece desde 2005, y que tiene por misión gestionar programas cooperativos, como el avión de transporte militar A400M o el helicóptero de ataque Tigre o más recientemente el avión no tripulado EUROMALE.

En la actualidad este tipo de contratación queda también excluida de la aplicación de la LCSP conforme al artículo 5.4.c) que excluye del ámbito de la misma los contratos y convenios que se celebren en los ámbitos de la defensa o de la seguridad y que deban adjudicarse de conformidad con un procedimiento de contratación específico que haya sido establecido "en virtud de las normas de contratación establecidas por una organización internacional". En idéntico sentido se pronuncia la LCSPSD, que en su artículo 7.1.a) 3º) excluye de su ámbito de aplicación aquellos contratos que tengan un procedimiento de adjudicación específico regulado en las normas de una organización internacional, cuando ésta adjudique contratos encaminados a dar cumplimiento a sus fines estatutarios, o se trate de contratos que España o un Estado miembro de la Unión Europea deba adjudicar de conformidad con dichas normas.

[626] En relación con la competencia, el Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa ha incluido en su ámbito de aplicación (artículo 1.e) a «los contratos efectuados al amparo del Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación de material militar en el extranjero, así como los acuerdos técnicos celebrados con otros Gobiernos u organismos internacionales, entre los que se encuentran incluidos los Memorandos de Entendimiento (MOU,s)».

En el Capítulo II ya se han analizado las principales organizaciones y agencias internacionales constituidas para la obtención y adquisición de material militar, por lo que en el presente apartado nos centraremos en las especialidades de los procedimientos de adquisición.

II.7.A. OTAN.

Comenzando por la OTAN, la adquisición a través de sus Agencias, singularmente a través de NSPA, persigue el objetivo principal de conseguir los precios más favorables para el material de aprovisionamiento y servicios de carácter militar, mediante la agregación de la demanda.

En este proceso se puede distinguir, en cuanto a las relaciones jurídicas que surgen en la ejecución de estos contratos, dos bloques: a) las relaciones entre la Agencia y los contratistas y las relaciones entre la Organización y el gobierno español.

En lo que se refiere a las relaciones entre la OTAN y sus Estados miembros, hay que partir de que la regulación básica de estas adquisiciones deriva de la carta de la NAMSA[627] a la que España se adhirió en 1985, por lo que su régimen jurídico viene determinado por el Derecho Internacional Público, sin perjuicio de que exista una remisión a las leyes españolas cuando así resulte aplicable.[628]

Dicho régimen jurídico se inspira en tres principios básicos[629]:

1. Consolidación. La Agencia agrupa los requisitos logísticos idénticos o similares solicitados por dos o más de sus clientes. Esta consolidación supone mayor cantidad de pedidos y precios más bajos.

2. Centralización. Los clientes tienen la ventaja de dirigirse a una sola entidad en vez de tratar con una multitud de proveedores.

[627] Esta Agencia, tras el proceso de restructuración de las Agencias OTAN, ha sido sustituida por NSPA (*NATO Support and Procurement Agency*, Agencia de Adquisición y Apoyo de la OTAN).

[628] De acuerdo con la tesis de SAINZ DE VICUÑA sólo caben relaciones jurídicas de Derecho Internacional Público cuando se dan entre sujetos de dicho orden legal, lo que ocurre en el presente caso, al establecerse entre un Estado, y una organización internacional. SAINZ DE VICUÑA, A. La contratación exterior del Estado, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1986, págs. 54 a 56.

[629] DÍAZ TORRES, J., *Memorandos de entendimiento… op. cit.* págs. 44 y 45.

3. Concurrencia. Se opera en un mercado muy amplio con el objetivo de obtener la mejor calidad a los precios más económicos.

Otro principio básico es el de «sin coste ni beneficio» («*no profit-no loss*»), que, como veremos, es un principio generalizado en los supuestos de intermediación en el ámbito militar[630], de modo que no se genere ningún beneficio por dicha actividad, pero que al mismo tiempo se recuperen todos los costes en los que se haya podido incurrir. Estos costes derivados del apoyo a un sistema de armas se traspasan solo a los clientes que utilizan dicho sistema, para lo que la organización financiera de la NSPA[631] se estructura de acuerdo con proyectos o programas, de modo los costes del programa únicamente se repercuten a los participantes en el mismo en la proporción previamente acordada.

En cuanto al iter del ciclo contractual se refiere[632], desde el punto de vista de la Agencia el proceso se inicia con la recepción de una solicitud de material por parte de un Estado miembro. Para ello se debe confeccionar un documento normalizado de petición y entrega, directamente por el organismo que efectúe la petición. La Agencia iniciará el procedimiento de contratación realizando una búsqueda de otros interesados en la misma adquisición. Continuando con la creación de alguna de las asociaciones contractuales previstas para la organización de la adquisición[633]. A partir de ese momento y una vez delimitada la participación de cada país en la adquisición, la Agencia procederá a la solicitud de las ofertas a través del correspondiente procedimiento de contratación. El resultado del procedimiento de adjudicación se plasmará en un documento contractual entre la Agencia NSPA y el proveedor de que se trate, realizándose la contratación en nombre y por cuenta de la Agencia[634]. Las normas que regirán dicho contrato son las

[630] Se aplica también en el sistema norteamericano FMS (*Foreign Military Sales*) y en los que se inspiran en el mismo, como ocurre con la regulación española del denominado contrato «Gobierno a Gobierno»

[631] NSPA tiene dos tipos de presupuesto: uno para actividades operativas y otro para actividades administrativas. Cada participante en un programa contribuye en los costes administrativos de acuerdo con una fórmula acordada por los participantes.

[632] *NSPA Procurement Operating Instruction*, 24 de agosto de 2021. Disponible en https://www.nspa.nato.int/resources/site1/General/business/procurement/General%20info/OI-4200-01-EN.pdf (Consultado el 30 de octubre de 2021).

[633] Por ejemplo, las asociaciones de apoyo (*Support Partnership)* se establecen por iniciativa de un mínimo de dos Estados miembros de la OTAN que deseen organizar un apoyo logístico común para un solo sistema de armas (por ejemplo, Patriot), para una familia de sistemas de armas (por ejemplo, cohetes, misiles, sistemas aéreos no tripulados y vehículos de combate). , o para equipos especializados (por ejemplo, GPS) o servicios específicos (por ejemplo, SALIS o soporte logístico operativo). https://www.nspa.nato.int/business/what-we-offer/partnerships (Consultado el 30 de octubre de 2021).

[634] Según lo establecido en el artículo 10 (a) de la Carta de NAMSA.

establecidas en la propia carta de la agencia y sus anexos, a las que expresamente deben someterse los proveedores. Con carácter general la solución de discrepancias y conflictos entre las partes quedan encomendados al Tribunal de arbitraje de la Haya. La entrega y transmisión de la propiedad del material solicitado por los distintos países se realiza de acuerdo con lo establecido en el anexo II de la carta de la NAMSA, con independencia de los procedimientos y sistemas de recepción que establezcan los países asociados.

En relación con los procedimientos de contratación que aplican las Agencias de la OTAN, los mismos responde a los principios fundamentales de la contratación pública tales como la igualdad de oportunidades, la transparencia, la libertad de acceso, la rendición de cuentas y la cooperación empresarial, debiendo atenderse, igualmente, a los Límites Financieros Establecidos (*NATO Established Financial Limits*) para todos los procedimientos de contratación. Las normas y métodos de contratación dependen de diversos factores como pueden ser la fuente de financiación, la Nación Anfitriona, el tipo de bienes y servicios requeridos, que determina la agencia involucrada y el nivel de urgencia.

No obstante, hay que tener en cuenta que el principio de competitividad internacional se ve modulado por el principio denominado «balance de producción» (*Balancing of Production*), que pretende equilibrar la distribución de la producción entre las industrias de defensa de los Estados miembros de la NSPO en la mayor medida posible, que de este modo se clasifican atendiendo a la proporción existente entre el valor de los contratos adjudicados en el país y el valor de las ventas realizadas al país[635]. Bajo esta política, cuando las ofertas de las industrias de diferentes países miembros de NSPO son similares, la adjudicación del contrato se hace a aquel licitador cuyo país, en el momento de la adjudicación, está peor situado en términos de equilibrio, siempre que su oferta no supere la oferta más baja en más del 10% o 20% dependiendo de la posición relativa de los países en términos de equilibrio y siempre que esté de acuerdo en igualar la oferta más baja.

Por lo tanto, el método de contratación por defecto y en el que se basan el resto de los procedimientos es la competición internacional (*International competitive binding, ICB*) que pretende garantizar la máxima competencia al adjudicarse el contrato a aquella

[635] Atendiendo a esta posición de retorno industrial de cada país, éstos se clasifican en: bien situado; peor situado; mal situado (well placed; less-well placed; poorly placed).

empresa que cumpliendo las normas administrativas y técnicas establecidas haya ofertado el precio más bajo (*Lowest Compliant BID*) .[636] No obstante, para proyectos especialmente complejos, en los que se trate de adquisiciones de sistemas complejos que dependan en la extensiva integración en el sistema y/o en el desarrollo de software con riesgos de implementación, de soluciones con innovación técnica o de tecnología compleja/ avanzada se utiliza el *Best Value Procurement* (BV), cuando se pueden tener en cuenta además del precio otros factores cualitativos a la hora de evaluar la oferta (por ejemplo, certificaciones internacionales reconocidas del ofertante, su capacidad de soporte y gastos de explotación, plazo de entrega, mérito técnico, etc.) en los que la valoración se realiza según el principio general: 50% criterios técnicos y 50% precio, aunque la NA puede solicitar modificar el balance[637].

[636] Para que la Nación Anfitriona se desvíe de este procedimiento de contratación, se requiere autorización del Comité de Inversiones y mediante el documento TBCE (Estimación de Costes de Tipo C) se deben explicar y justificar las razones que existen para no seguir la metodología normal, con menos rigurosidad para garantizar los principios de transparencia e igualdad de oportunidades.

[637] Otros procedimientos son:
- ICB para misiones y operaciones de la alianza (AO): es el procedimiento estándar para dar soporte a la Alianza de Operaciones y Misiones AOM. Se trata de un procedimiento ICB para plazos urgentes, cuyo objetivo es entregar las capacidades requeridas lo antes posible por motivos operacionales. Se pretende armonizar la rapidez de adquisición de la capacidad requerida con las buenas prácticas de transparencia y libre competencia.
- *National Competitive Bidding (NCB)*: Este tipo de procedimiento suele aplicarse en proyectos de obra civil y en otros de escasa cuantía, que tienen cierta urgencia, requieran experiencia nacional o es improbable que atraigan el interés de licitadores de otros países más allá de la NA. El proceso de licitación se realiza acorde a las normas nacionales.
- *National Competitive Bidding (PLUS)*: es un procedimiento que sigue las normas NCB, y está abierto a licitadores de otros países OTAN, con obligación de publicar los documentos de la licitación traducidos al inglés o francés.
- *Limited Competition*: es un procedimiento donde sólo un determinado grupo de suministradores puede participar (por ejemplo, los suministradores certificados por la OTAN para un equipamiento concreto).
- *Sole Source* (único proveedor): se trata de un procedimiento de oferta y adjudicación a un único proveedor y se usa, a solicitud de la Nación Anfitriona, cuando lo aconsejan causas ciertas y de conveniencia operativa, de compatibilidad o de limitación del mercado. Es un tipo de procedimiento muy relevante, en especial en la NCIA.
- *Basic Ordering Agreement* (*BOA*): se debe utilizar cuando se van a realizar un número relevante de contratos por separado a un mismo proveedor, para evitar negociaciones innecesarias. Se utiliza especialmente para las licitaciones adjudicadas por la NCIA. BOA es la primera parte de un proceso de dos fases. Se trata de un contrato marco con un proveedor potencial para determinados bienes y servicios, donde se disponen las condiciones básicas del acuerdo para compras futuras.La segunda fase es la orden de compra particular (*Purchase Order*). El procedimiento BOA se utiliza para la adquisición de sistemas TIC, productos informáticos comerciales, software, soporte tecnológico y mantenimiento, consultoría y soporte de ingeniería y otro tipo de maquinaria (fotocopiadoras…).
LÓPEZ MARTÍN, T., «Oportunidades de negocio en el ámbito de la OTAN», *ICEX España Exportación e Inversiones*, Bruselas, 16 de marzo de 2020. Disponible en: https://www.icex.es/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/estudios-de-mercados-y-otros-documentos-de-comercio-exterior/DOC2020860988.html (Consultado el 7 de septiembre de 2021).

En cuanto a la tramitación de este tipo de adquisiciones en el ámbito nacional[638], el procedimiento que se sigue resulta muy simple y reducido, siendo de aplicación el Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación de material militar en el extranjero.

En lo no previsto en dichas normas deberá aplicarse supletoriamente y por aplicación del principio de especialidad, al encontrase excluidos tanto de la LCSP como de la LCSPSD, los principios contenidos en esta última y en su defecto, en la LCSP[639].

De este modo, la necesidad surgida da origen a la creación de un expediente de contratación que se iniciará mediante la correspondiente orden de proceder dictada por el Secretario de Estado[640] al que se deberá remitir, entre otros documentos, una memoria justificativa de la necesidad así como de la propuesta de contratación a través de la Agencia.[641]

Al expediente se incorporará la solicitud del Ministerio de Defensa a la Agencia y cuantos documentos de interrelación con la misma que vayan surgiendo. Las recepciones de material se realizarán en la medida de lo posible de acuerdo con las normas establecidas en la LCSP al respecto. Ahora bien, no se debe perder de vista que el contrato lo gestiona y suscribe la Agencia, lo que implica que cualquier reclamación sobre el material objeto del contrato se realizará a la Agencia y no al contratista directamente.

En cuanto a los aspectos financieros se refiere, la financiación de estos contratos se realizará de acuerdo con las normas de funcionamiento de la Agencia que dividirá los

---

639 Como recuerda la Comisión Europea en su Comunicación relativa a las orientaciones sobre contratación cooperativa en los ámbitos de la defensa y la seguridad: «Debe entenderse que las compras realizadas por una organización internacional para sus fines cubren las adquisiciones de equipos o servicios de defensa realizadas por una organización internacional para (la consecución de) sus fines o misiones, tal y como se definen habitualmente en los correspondientes instrumentos constitutivos. En otras palabras, debe existir una relación clara entre los fines y misiones de la organización internacional y lo adquirido y determinado en la adjudicación del contrato». Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones sobre contratación cooperativa en los ámbitos de la defensa y la seguridad (Directiva 2009/81/CE sobre contratación en materia de defensa y seguridad) «DOUE» de 8 de mayo de 2019. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0508(01)&from=ES (Consultado el 30 de octubre de 2021).

640 Conforme a los artículos 1 y 3 del Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa.

641 Apartado 4.2.1.2. de la Instrucción 27/2018, de 18 de mayo, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se establecen directrices en materia de contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa (publicada en BOD nº 102 de 25 de mayo de 2018)

costes del mismo entre los Estados participantes. En este punto resulta necesario puntualizar que las aportaciones económicas para atender la participación del Ministerio de Defensa en estos contratos se llevarán a cabo de acuerdo con el 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.

El recurso a la contratación a través de las Agencias de la OTAN presenta indudables ventajas desde el punto de vista de las economías de escala, reducción de costes y reducción de plazos para la adquisición. Asimismo, dado el problema endémico del abuso del Fondo de Contingencia en España, y las fechas en las que se libran dichos fondos, que en muchas ocasiones y dada la proximidad de los últimos libramientos de fondos a la fecha de cierre del ejercicio presupuestario, hacen prácticamente inviable disponer de los mismos a través de los procedimientos nacionales de contratación, pueden servir como un mecanismo útil para la disposición de los mismos. No obstante, presentan como inconveniente, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar el principio de «balance de producción», el que las posibilidades de proteger las capacidades industriales estratégicas nacionales se ven reducidas.

II.7.B. La Organización Conjunta de Cooperación en materia de Armamento (OCCAR).

Tal y como se estudia en el Capítulo II, la OCCAR fue establecida con el objetivo genérico de mejorar la eficacia y el coste de los programas de cooperación de armamento en el ámbito europeo, persiguiendo el dotar de una mayor competividad a la base tecnológica e industrial europea de defensa.

La integración de un programa en la OCCAR tiene lugar a través de tres elementos básicos:

- La decisión del Consejo de Dirección (*Board of Supervisors, BoS*) en relación con la autorización de la integración del programa en la OCCAR.

- El MOU, que será firmado por las naciones participantes en el programa y constituye su compromiso oficial respecto del mismo, incluyendo el número de unidades que cada nación va a adquirir.

- La decisión de la BOS en relación con la forma en que el programa será gestionado por la OCCAR y la descripción de los principios y las reglas a aplicar.

Una vez aceptado, las decisiones de más alto nivel del programa son adoptadas por su propio Junta de Programa (*Programme Board*), en la que participan representantes de todas las naciones que intervienen en el mismo, sean o no miembros de la OCCAR. Las Divisiones de programas, a cada una de las cuales se asignará uno o más programas, cuentan con las facultades necesarias para encargarse de la gestión diaria con el mayor grado posible de autonomía, concediéndose especial prioridad al nivel de ejecución y a la gestión de riesgos, al análisis del valor y a la contención de los costes, según las normas adoptadas por el BoS[642].

Los procedimientos contractuales en los que OCCAR actúa como órgano de contratación pueden ser tanto competitivos como no competitivos, rigiéndose por principios similares a los de las Directivas comunitarias[643]. A este respecto, el artículo 24 1. del Convenio de creación de la OCCAR prevé que los contratos y subcontratos se adjudicarán, por regla general, mediante concurso, admitiéndose que por acuerdo unánime de los participantes en un programa, el concurso pueda estar abierto a terceros países siempre que rija el principio de reciprocidad Asimismo, se prevé la posibilidad de restringir la competencia cuando sea necesario para satisfacer las necesidades en materia de defensa y seguridad, o de incrementar la competitividad de la base tecnológica e industrial de la defensa europea, de modo que los concursos y la adjudicación de contratos, en especial los contratos para actividades de investigación y tecnología relacionadas con el armamento, puedan limitarse a las empresas, centros, organismos o instituciones apropiados bajo la jurisdicción de un Estado miembro que participe en el programa de que se trate.

[642] http://www.occar.int/organisation (Consultado el 7 de octubre de 2021).

[643] OCCAR Management Procedure Nº. 5 de 16 de febrero de 2021. Entre los procedimientos de adjudicación se refiere al procedimiento abierto, el procedimiento restringido, el procedimiento negociado con publicidad, dialogo competitivo y asociación para la innovación. http://www.occar.int/sites/default/files/downloads/OMP%205_Contract%20Placement%20Procedure_Issue4.1_INT_20210216.docx.pdf (Consultado el 30 de octubre de 2021).

II.8.- Encargos a medios propios.

Por último, tiene especial incidencia en el ámbito del Ministerio de Defensa la figura del encargo a medios propios personificados[644], que se ha visto afectada por la nueva regulación contenida en el artículo 32 de la Ley 9/2017 y completada por lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público.

Esta nueva regulación, que parte de las Directivas comunitarias, responde a las sucesivas críticas que tanto la doctrina[645] como la jurisprudencia[646] habían hecho al abuso en el recurso a esta figura con el fin de evitar la aplicación de la normativa contractual. Por ello, la LCSP endurece su regulación, exigiendo, entre otros requisitos, a) que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia

[644] La importancia de los encargos a medios propios resulta desde una perspectiva cualitativa, por la importancia que la prestación de sus servicios tiene para el desarrollo de las capacidades de defensa, más que desde la perspectiva cuantitativa, ya que como se recoge en la Memoria de Contratación del Ministerio de Defensa del año 2020, los encargos a medios propios adjudicados durante dicho año han sido 67, con un importe adjudicado global de 70 millones de euros (dentro de un total de 22.541 contratos por un importe de 4.322.981.438,58 euros), correspondiendo el mayor volumen de dichos encargos al Órgano Central (33 encargos, por un importe de 43.099.236,37 euros). . https://www.defensa.gob.es/Galerias/ministerio/organigramadocs/sedef/digeneco/20210526-Memoria-contratacixn-MINISDEF-2020.pdf (Consultado el 31 de octubre de 2021).

[645] GIMENO FELIÚ, *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Minor, 2019; GALLEGO CÓRCOLES, I., «El derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual», en GAMERO CASADO, E y GALLEGO CÓRCOLES, I.(dirs.), *Tratado de contratos del sector público* tomo I, Tirant lo Blanch, 2018; GONZÁLEZ GARCÍA, J. «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», *Revista de Administración Pública,* nº 173, 2007.

[646] STJUE *Höfner K.-Elser contra Macrotron GmbH*, de 13 de abril de 1991, Asunto C.41/90; STJUE *BFI Holding BV*, de 18 de noviembre de 1998, Asunto C-360/96; STJUE Comisión de las *Comunidades europeas/Irlanda*, de 17 de diciembre de 1998, Asunto C-353/96; STJUE *Teckal*, de 18 de noviembre de 1999, Asunto C-107/98; STJUE *España/Comisión*, de 8 de mayo de 2003, Asunto C-349/97; STJUE *Stadt Halle y RPL Luchau*, de 11 de enero de 2005, Asunto C-26/03; STJUE *Comisión contra España*, de 13 de enero de 2005, Asunto C-84/2003; STJUE *Parking Brixen*, de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03; STJUE *Comisión contra Austria*, de 10 de noviembre de 2005, Asunto C-29/2004; STJUE *Carbotermo*, de 11 de mayo de 2006, Asunto C-340/04; STJUE *Auroux y Commune de Roanne*, de 18 de enero de 2007, Asunto C-220/05; STJUE Asemfo/Tragsa, de 19 de abril de 2007, Asunto C-295/05; STJUE *Correos*, de 18 de diciembre de 2007, Asunto C-220/06; STJUE *Mantua*, de 17 de julio de 2008 *Comisión/República Italiana*, Asunto C-371/05; STJUE *Coditel Brabant*, de 13 de noviembre de 2008, Asunto C-324/07; STJUE *Augusta*, de 8 de abril de 2008, Asunto C-337/05; STJUE *Sea Srl*, de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-573/07; STJUE *Modling*, de 10 de noviembre de 2005, Asunto C-39/04; STJUE *Comisión contra Alemania*, de 9 de junio de 2009, Asunto C-480/06; y STJUE *Econord Spa*, de 29 de noviembre de 2012, Asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11.

decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas; b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo; c) cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública; d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación.

Por otro lado, la LRJSP limita aún más el recurso a los medios propios al exigir, para la creación de un medio propio o su declaración como tal, que vaya precedida de una justificación, por medio de una memoria de la intervención general, de que la entidad resulta sostenible y eficaz, de acuerdo con los criterios de rentabilidad económica, y que resulta una opción más eficiente que la contratación pública para disponer del servicio o suministro cuya provisión le corresponda, o que concurren otras razones excepcionales que justifican su existencia, como la seguridad pública o la urgencia en la necesidad del servicio.

Tras el proceso de racionalización impulsado en el año 2012 con la creación de la Comisión para la Reforma de las Administraciones públicas (CORA), únicamente mantienen esa consideración el organismo autónomo Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas» (INTA)[647], en el que se integraron el Canal de Experiencias Hidrodinámicas de El Pardo, el Instituto Tecnológico La Marañosa y el Laboratorio de Ingenieros[648], así como la sociedad mercantil estatal Ingeniería de

[647] No obstante, la IGAE, con fecha 5 de marzo de 2020, emitió informe desfavorable sobre el cumplimiento de los requisitos que determina el marco normativo vigente para la consideración como medio propio personificado, tal y como se recoge en el Informe Global Anual de la IGAE sobre los principales resultados de las actuaciones de control del Plan de Control Financiero Permanente y del Plan de Auditorías de 2019 en Organismos Públicos de Investigación, pág. 29.
https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Control/CFPyAP/Documents/Informe%20OPIS%20Art.%203.2%20RDL%203.2019.pdf.xsig.pdf (Consultado el 10 de diciembre de 2021).

[648] El INTA fue creado por Decreto de 7 de mayo de 1942 como Organismo autónomo del Ministerio del Aire, pasando a considerarse como Organismo Público de Investigación tras la promulgación de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, aprobándose por Real Decreto 912/1989, de 21 de julio, el Reglamento de organización, funcionamiento y personal del Instituto.
Posteriormente, fue adaptado a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado por el artículo 61.1. de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas

fiscales, administrativas y del orden social, que estableció que los Organismos Públicos de Investigación adaptarían la configuración de Organismos autónomos, establecida en el artículo 43.1.a) de la citada Ley 6/1997, con las particularidades que se recogen en el propio artículo 61 de la Ley 50/1998. Como consecuencia de dicha adaptación se aprobó por Real Decreto 88/2001, de 2 de febrero, el Estatuto del INTA, actualmente vigente con las modificaciones introducidas por el Real Decreto 343/2010, de 19 de marzo.

Por otro lado, la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, en su artículo 47, mantiene su consideración como Organismo Público de Investigación:

«*1.- Son Organismos Públicos de Investigación los creados para la ejecución directa de actividades de investigación científica y técnica, de actividades de prestación de servicios tecnológicos, y de aquellas otras actividades de carácter complementario, necesarias para el adecuado progreso científico y tecnológico de la sociedad, que les sean atribuidas por esta ley o por sus normas de creación y funcionamiento. Además, el Instituto de Salud Carlos III realizará actividades de financiación de la investigación científica y técnica.*

2.- Tienen la condición de Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (INTA) el Instituto de Salud Carlos III (ISCIII), el Instituto Geológico y Minero de España (IGME), el Instituto Español de Oceanografía (IEO), el Centro de Investigaciones Energéticas Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), el Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria (INIA), y el Instituto de Astrofísica de Canarias, sin perjuicio de su propia naturaleza consorcial».

Como tal OPI, el mismo tiene la naturaleza jurídica de Organismo autónomo de los previstos el artículo 43.1.a) de la LOFAGE, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 50/1998 y en el artículo 1 de su Estatuto, teniendo personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión y plena capacidad jurídica y de obrar, estando adscrito al Ministerio de defensa a través de la Secretaría de Estado de Defensa.

En cuanto a su finalidad, el INTA es el Organismo Público de Investigación especializado en la investigación y el desarrollo tecnológico aeroespacial, que actúa en el marco de las prioridades señaladas por el Ministerio de Defensa, y dentro de las directrices de investigación y desarrollo determinadas por el citado Departamento, con el fin de mantener una acción unitaria en el ámbito de las tecnologías de aplicación de la Defensa.

El CEHIPAR fue creado por Decreto de 18 de febrero de 1933 bajo la dependencia del Ministerio de Marina, adquiriendo la naturaleza de Organismo autónomo adscrito a dicho Ministerio en virtud del Decreto 1348/1962, de 14 de junio.

Posteriormente, al amparo del artículo 76 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que autorizaba al Gobierno a modificar la regulación de los Organismos autónomos, se aprobó el Real Decreto 451/1995, de 24 de marzo, que reorganiza el CEHIPAR. Este Organismo fue posteriormente adaptado a la Ley 6/1997 por el Real Decreto 432/1992, de 12 de marzo, que concreta que se trata de uno Organismo autónomo de los previstos en el artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997. En la actualidad su régimen jurídico se contiene en el mencionado Real Decreto 451/1995, con las modificaciones introducidas en el mismo por el Real Decreto 1636/2009, de 30 de octubre.

El ITM fue creado por Orden DEF/3537/2006, de 13 de noviembre, con la finalidad de integrar en un único Centro Tecnológico las funciones que venían hasta entonces desempeñando los siguientes Centros: Polígono de Experiencia de Carabanchel; Taller de Precisión y Centro Electrotécnico de Artillería; Fábrica Nacional de la Marañosa; Centro de Investigación y Desarrollo de la Armada –del que dependía el Centro de Evaluación y Análisis Radioeléctrico-; Laboratorio Químico Central de Armamento; y el Centro de Ensayos Torregorda. Dicha Orden Ministerial fue puntualmente modificada por la Orden DEL/3321/2010, de 17 de diciembre.

El LABINGE fue creado por Real Orden circular de 22 de abril de 1987, como "Laboratorio del Material de Ingenieros", constituyendo una comandancia de Ingenieros dependiente del Ministerio de la Guerra. Tras diversas órdenes relativas a su denominación y dependencia, por Real Decreto 2723/1977 de 2 de noviembre se define la estructura del Ministerio de Defensa, y se crea la Dirección General de Armamento y Material de la que depende el ya denominado "Laboratorio de Ingenieros del Ejército". Dicha dependencia se mantiene en el vigente Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.

Sistemas para la Defensa de España, SA, SME, M.P. (ISDEFE)[649] a la que se integró Ingeniería y Servicios Aeroespaciales (INSA). Por el contrario, con la integración del Servicio Militar de Construcciones (SMC) en el organismo autónomo Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (INVIED) perdió su consideración como medio propio.

[649] ISDEFE es una empresa de consultoría e ingeniería del Sector Público Estatal, creada en 1985 y adscrita al Ministerio de Defensa, siendo el Instituto Nacional de Técnica Aerospacial (INTA), el que posee la totalidad de las acciones de su capital social, lo que permite que la sociedad dependa del Ministerio de Defensa y no forme parte de las sociedades del "Grupo Patrimonio" gestionadas por la Dirección General de Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda. ISDEFE es el medio propio y servicio técnico de referencia de la Administración española en el ámbito de Defensa y Seguridad y, como tal, presta servicios a los Ministerios de Defensa, Interior y resto de la Administración General del Estado. De igual forma, pone su conocimiento y experiencia a disposición de las administraciones de otros países aliados y de organismos públicos internacionales, teniendo presencia en iniciativas de interés para la Defensa y Seguridad trabajando, entre otros, para la Comisión Europea, la Agencia Europea de la Defensa (EDA), la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex), las Agencias Europeas del Espacio y de Navegación por Satélite (ESA y GSA) y la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN). Más información sobre la actividad de la empresa se puede obtener en el informe anual de 2020, recientemente publicado. https://informeanualisdefe.com/ (Consultado el 6 de diciembre de 2021).

CAPÍTULO QUINTO

LOS ESPECIALES PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE DEFENSA

Las características propias de la defensa nacional que han venido analizándose a lo largo de los capítulos anteriores, así como la concepción de la contratación administrativa como una técnica instrumental dirigida a garantizar la consecución de los «altos fines» que la Constitución asigna a la defensa nacional, determinan la existencia de unos principios propios que se apartan de los principios generales que configuran la contratación administrativa en la actualidad.

En este sentido, se observa la prevalencia en la contratación administrativa de principios de marcado carácter económico que no siempre se van a poder conjugar con las necesidades de la defensa nacional. Tal y como se ha analizado en el Capítulo I, la primera conclusión que se obtiene respecto de la defensa nacional por su inclusión en el artículo 8º de la Constitución y que guarda relación con la contratación administrativa, en cuanto mero instrumento dirigido a la obtención de los medios necesarios para la satisfacción de las necesidades de defensa, es la necesidad de garantizar adecuadamente la defensa nacional. Esta necesidad deriva de la trascendencia que a la defensa nacional le corresponde en relación con el propio Estado que la Constitución consagra, siendo indispensable la existencia del mismo para que todos sus postulados, incluidos los derechos y libertades fundamentales, sean eficazmente protegidos, por lo que dicha contratación deberá responder en todo caso a la necesidad fundamental a la que están llamados los medios que se obtienen a través de la misma. De este modo, los caracteres de la defensa nacional deben trasladarse a la contratación administrativa y no a la inversa.

La segunda conclusión, derivada del carácter normativo de la Constitución, es la obligatoriedad de la obtención de los medios personales y materiales necesarios para el cumplimiento eficaz de dicha función, es decir, la existencia de una obligación de los poderes públicos de articular todos los procedimientos de contratación que sean necesarios y de tal manera que permitan atender de manera eficaz a las especiales necesidades de la defensa nacional.

Y la tercera conclusión que se obtiene tiene un carácter negativo, actuando el artículo 8 como delimitador de las misiones que corresponden a la defensa nacional y, por ende, a las Fuerzas Armadas, y que no se pueden extender más allá de lo preceptuado en el propio texto constitucional. De este modo, los procedimientos administrativos articulados para atender a la defensa nacional no se podrán extender a la obtención de otros elementos materiales que no sean necesarios para cumplir con dichas misiones.

De acuerdo con las citadas conclusiones, en el presente capítulo, partiendo de la configuración general de la contratación administrativa conforme a las últimas Directivas comunitarias (las denominadas Directivas de cuarta generación), se pretenden identificar los principios propios que rigen la contratación en el ámbito de la defensa nacional así como las modulaciones o, incluso, exclusiones, que van a suponer respecto de las reglas contractuales generales.

I. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

La normativa sobre contratación pública tiene una trascendencia innegable en el conjunto de la actividad pública, ya que la misma va a desplegar sus efectos sobre un agregado económico que en España se estima que representó en el ejercicio 2019 un 9,87% del PIB y en 2020 un 11,11% del PIB[650].

El Derecho Comunitario, que cada vez va tomando mayor importancia en el ámbito interno de los Estados miembros, ha incidido en la propia concepción de la contratación pública española, basada siempre en la especial actividad desplegada por los poderes públicos. Efectivamente, la contratación pública española se ha construido tradicionalmente en torno al concepto francés de servicio público en cuanto medio para satisfacer el interés general, lo que requería dotar a la Administración pública de una serie de poderes exorbitantes para su tutela. De ahí que, frente a la contratación privada, basada en el principio de igualdad entre las partes, la contratación pública (en cuanto referida a

[650] Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, "Informe Trienal relativo a la contratación pública en España en 2018, 2019 y 2020", abril de 2021, https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/75943fcc-67b7-4302-bbf5-b060b75d6330/20210414_INFORME_TRIENAL_APROBADO_POR_COMISION_PERMANENTE+.pdf?MOD=AJPERES (Consultado el 25 de noviembre de 2021)

las obras y servicios públicos) se caracterizaba por la posición de superioridad en la que se encontraba la Administración frente al contratista, en cuanto garante del interés general. Esta es la idea en que, conforme a lo mantenido por doctrina y jurisprudencia, se basaba la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965.

Sin embargo, las sucesivas directivas comunitarias, partiendo del impacto económico de los contratos públicos[651], han trastocado esta concepción introduciendo unos nuevos principios que se centran en el libre mercado y en los que la esencia radica en garantizar la transparencia en el mismo, como son los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad[652].

Esta circunstancia había sido puesta de manifiesto por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 121/2012, de 23 de mayo:

> «Como ya se ha expuesto en anteriores resoluciones de este Tribunal, el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en estas circunstancias, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre concurrencia, no discriminación y transparencia».

[651] Conforme a la Ficha técnica 10/2021 del Parlamento Europeo sobre "Los contratos públicos", «estos contratos representan un volumen de transacciones de 2,448 billones EUR, lo que muestra que la contratación pública europea es uno de los principales vectores de crecimiento económico, creación de empleo e innovación. El paquete de contratación pública aprobado en 2014 por el Parlamento y el Consejo aporta anualmente 2 880 millones EUR al PIB de la Unión». https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.1.10.pdf (Consultado el 25 de noviembre de 2021).

[652] Destaca MORENO la trascendencia y transversalidad de estos principios en la configuración de la contratación pública europea: **«**Los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en reglas nacionales (El Tribunal Constitucional ya había señalado en su sentencia de 22 de abril de 1993 que la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas) y comunitarias (La prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) es considerada por el Tribunal como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario (Sentencia de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89)». Y añade que «Estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, tanto preparatorias como ejecutorias». MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0.*, Chartridge Books Oxford, Oxford, 2015, pág. 14.

En este mismo sentido, al analizar la transposición de las últimas Directivas comunitarias, el Consejo de Estado incide en esta idea, al señalar que «las Directivas conforman un corpus que va más allá de instaurar una nueva reglamentación de la contratación pública. Se trata de establecer unos criterios informadores de ésta -completos y generales- distintos, una nueva forma de gobernanza pública en la contratación pública -por utilizar la terminología actual- basada en una política pública que persigue ante todo la eficacia del mercado y su funcionamiento transparente»[653].

Para ello, se ha introducido un concepto funcional del sector público que pivota sobre dos ejes extraños a nuestra tradición jurídica: el concepto de poder adjudicador y el de contrato sujeto a regulación armonizada, que se mantienen en la nueva regulación.

En definitiva, como señala el Alto órgano consultivo, «la idea rectora de la regulación es asegurar el correcto funcionamiento del mercado en condiciones de igualdad y transparencia, asegurando que la intervención de los poderes públicos -cualquier que sea la fórmula empleada- no distorsione el libre juego de los agentes económicos».

Estos son los principios a los que responde la 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, que además de proceder a la transposición de las citadas Directivas, la misma también persigue, en términos de su Exposición de Motivos «diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos». Asimismo, se persigue que la contratación pública coadyuve al fomento del crecimiento económico, la creación de

[653] Dictamen del Consejo de Estado nº 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, referente al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. En este dictamen, el Consejo de Estado, además de destacar ese nuevo sistema contractual, se muestra muy crítico con la estructura de la ley, centrada en el sujeto contratante y no en las fases de la contratación, regulando por un lado los contratos de las Administraciones Públicas en sus diferentes fases (preparación, selección del contratista, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción) y por otro las especialidades de los contratos de los demás entes del sector público, señalando que «el anteproyecto presenta una estructura artificiosa y compleja cuyo manejo y comprensión resulta ardua para el avezado en las materias de contratación pública y extraordinariamente difícil para quien no lo está, en detrimento incluso, en ocasiones, de la seguridad jurídica».

empleo sostenible y la consecución de objetivos sociales, medioambientales y de innovación, en el marco de la estrategia «Europa 2020»[654].

Por otro lado, la nueva normativa refleja una clara preocupación en la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses. En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude[655] señalaba que «el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea». El Informe Anticorrupción de la Unión Europea 2014[656] insiste en la necesidad de una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad de la Unión, cuyo coste, en España, se cifra en 13.000 millones, considerándose que las prácticas más extendidas eran los pliegos a medida para determinadas empresas (80%) y el establecimiento de criterios de selección y evaluación poco claros (72%)[657].

---

[654] En cuanto a los objetivos perseguidos por la nueva regulación, se pueden sistematizar de la siguiente manera:
1.- Lograr una mayor transparencia en la contratación pública:
- respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad.
- defensa de la competencia.
2.- Conseguir una mejor relación calidad-precio:
- inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.
- promoción de las PYMES.
- eficiencia del gasto público.
- endurecimiento de las disposiciones sobre las denominadas ofertas "anormalmente bajas".
- simplificación de trámites, reduciendo las cargas administrativas de todos los operadores económicos en el marco de la estrategia de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA).
De este modo, prevé una modernización de los procedimientos y una reducción del gasto público para la obtención de prestaciones equivalentes con los dispositivos actuales.

[655] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2010-0155_ES.html (Consultado el 25 de noviembre de 2021).

[656] Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE de 3 de febrero de 2014 COM/2014/038 final
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52014DC0038 (Consultado el 25 de noviembre de 2021).

[657] A este respecto, se impone a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación.
Asimismo, procede a una nueva regulación aún más rigurosa de las prohibiciones de contratar, pero admitiendo en determinados supuestos su no aplicación en los casos en que se hayan adoptado por la empresa las necesarias «medidas de autocorrección». Así, por ejemplo, se han incluido entre las prohibiciones de contratar el haber sido condenado mediante sentencia firme por delitos constitución o

Por consiguiente, siguiendo el estudio realizado por GIMENO FELIÚ[658], pueden destacarse como ejes vertebradores del modelo europeo de compra pública los siguientes:

a) La eficiencia en la contratación pública.

Principio reconocido en el artículo 31.2 de la Constitución[659] y que inspira toda la normativa presupuestaria, tiene por función intrínseca determinar cuando un gasto es no sólo eficaz sino eficiente, desde una perspectiva de rentabilidad, lo que condiciona las opciones de gestión administrativa y permite su fiscalización, tanto por los órganos de control internos como por la jurisdicción competente. En este sentido, el considerando segundo de la Directiva 2014/24/UE resalta la necesidad de garantizar «un uso más eficiente de los fondos públicos» y de «incrementar la eficiencia del gasto público». No obstante, como destaca GIMENO FELIÚ[660], el principio de eficiencia «debe ser visualizado no desde una monolítica perspectiva económica (o estrictamente presupuestaria) sino que deberá valorarse atendiendo a su conexión ineludible con el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Esto explica "per se" el marcado carácter horizontal o transversal de la normativa de la contratación pública».

b) La necesidad de transparencia efectiva que favorezca la concurrencia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido destacando la trascendencia del principio de transparencia en cuanto principio vinculado al de igualdad de trato de los licitadores, por lo que no puede entenderse como un mero principio formal sino dirigido

integración de una organización o grupo criminal, financiación ilegal de los partidos políticos, corrupción en los negocios, prevaricación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo y la protección del patrimonio histórico.

[658] GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 16 a 31.

[659] Artículo 31.2 de la Constitución española: «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía»

[660] GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo op. cit. pág.* 18.

a generar competencia o concurrencia empresarial, de modo que mediante la obligación de transparencia se garantiza una publicidad adecuada y efectiva que permita abrir a la competencia el contrato licitado mediante la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

En este sentido, en la sentencia de 16 de septiembre de 2013 se expresa claramente:

«66

En concreto, el principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998 , Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008 , Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67

Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani , citada en el apartado

64 *supra* , apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 *supra* , apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta , citada en el apartado 66 *supra* , apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen , citada en el apartado 66 *supra* , apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 *supra* , apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki , citada en el apartado 66 supra , apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».

c) El principio de integridad en los contratos públicos.

Concluye el profesor GIMENO FELIU[661] este estudio sobre los principios de la contratación pública citando el principio de integridad, no como mera norma ética sino como auténtico principio jurídico, ante la realidad fáctica de los numerosos casos de corrupción y de práctica clientelares, de las que derivan evidentes ineficiencias económicas y frente a los cuales «una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos

[661] GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo op. cit. pág.* 27.

públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada».

II.- LOS PRINCIPIOS ESPECÍFICOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE DEFENSA.

II.1. Principio de soberanía.

La defensa nacional, como componente fundamental de la seguridad nacional, es una función primaria del Estado, que forma parte inseparable de uno de los elementos que determinan su existencia, la soberanía, y que constituye su fin esencial y primordial, en cuanto dirigido a garantizar la supervivencia del propio Estado.

De este modo, en ejercicio de dicho poder soberano, el Estado debe dotarse de las capacidades militares que considere necesarias para su salvaguardia, atendiendo a los condicionantes de distinto tipo (políticos, económicos, estratégicos, militares, etc.) que concurran, y que deben estar orientados a garantizar su defensa efectiva. Y dicha actuación debe realizarse en exclusiva por el Estado, actuando con plena independencia y sin estar sometido a otra instancia superior ni exterior[662].

Por consiguiente, en uso de sus facultades soberanas, corresponde a cada Estado identificar cuáles son sus necesidades esenciales en materia de defensa nacional y los criterios para hacerles frente, o, en terminología de la Unión Europea, le corresponde identificar y proteger los «intereses esenciales de su seguridad».

[662] Como señala RODRIGUEZ ZAPATA, siguiendo a MORTATI, la soberanía presenta dos atributos o dimensiones esenciales: externa e interna. En cuanto a la externa, vendría caracterizada por la independencia: «La independencia, como característica de la soberanía del Estado, significa lo siguiente: a) Que el Estado surge de un proceso espontáneo de autocreación. Es lo que se denomina «originariedad del ordenamiento del Estado». Esa característica lo distingue de los demás ordenamientos que existen dentro del Estado (v. gr., ordenamiento local, autonómico, etc.) que se llaman ordenamientos derivados. B) Que al Estado le corresponde determinar libremente cuáles son sus fines y su esfera de acción. En otras palabras, le corresponde la competencia de determinar sus competencias con libertad o «la competencia de la competencia» (*Kompetenz Kompetenz).* C) Que el Estado goza de «autogarantía», es decir, que sus ordenamientos y competencias son defendidos por sí mismo, y no por otra instancia superior ni exterior». RODRÍGUEZ-ZAPATA, JORGE, *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 76 y 77.

Para ello, debe garantizarse que los bienes que se ponen a disposición de las Fuerzas Armadas para el ejercicio de las altas funciones encomendadas por el artículo 8 de la Constitución permiten una defensa efectiva conforme a los principios que se indican a continuación.

II.1.A. Principio de ventaja operacional.

El concepto de ventaja operacional hace referencia a la posición de superioridad sobre nuestros potenciales enemigos que debe buscarse y conservarse en situaciones de enfrentamiento y también en la protección de personas e instalaciones. Despliega sus efectos, por tanto, en el nivel operacional[663], y de acuerdo con lo previsto en la Doctrina para el empleo de las Fuerzas Armadas[664], se desarrolla a través de las siguientes funciones conjuntas[665]:

a) Mando y control, que comprende las actividades relacionadas con el ejercicio de la autoridad y la dirección de las fuerzas asignadas para el cumplimiento de la misión para asegurar que las operaciones se llevan a cabo de acuerdo a las directrices del comandante.

b) Inteligencia, que está formada por una serie de actividades que permiten tener, de forma continua, coordinada y oportuna, una visión integral, apropiada y actualizada del entorno operativo con la finalidad de proporcionar una permanente

[663] Con carácter general las operaciones militares se desarrollan en tres niveles: el nivel estratégico, el nivel operacional y el nivel táctico. El nivel estratégico militar es el nivel superior de planeamiento y conducción de las actividades operativas de las FAS, tanto para las operaciones militares, como para la contribución militar a actividades de otros instrumentos de poder del Estado, ya sea en el ámbito nacional o en el multinacional. En este nivel se concibe y aplica la estrategia militar y se asesora al presidente y al ministro de Defensa en la dirección estratégica de las operaciones. El nivel operacional es en el que, basándose en las directrices del nivel estratégico militar, se planean, conducen y sostienen las campañas y las operaciones militares, para alcanzar los objetivos operacionales, que contribuyen a conseguir los estratégicos, dentro de una zona de operaciones. Es el nexo de unión entre el nivel estratégico y el empleo táctico de las fuerzas. Es en el nivel táctico donde se ejecutan las operaciones mediante el desarrollo de acciones, enfrentamientos, combates y batallas.
PDC-01 (A) Doctrina para el empleo de las FAS, Ministerio de Defensa, Madrid, 2018.
https://www.defensa.gob.es/ceseden/en/Galerias/ccdc/documentos/02_PDC-01_xAx_Doctrina_empleo_FAS.pdf (Consultado el 26 de noviembre de 2021).
Íbidem, págs. 127 y ss.

[665] Se denomina función conjunta al agrupamiento de capacidades y actividades relacionadas entre sí que permiten al comandante integrarlas, sincronizarlas y dirigirlas durante el planeamiento y la ejecución de operaciones.
Íbidem, pág. 127.

posición de ventaja en la toma de decisiones, a través del conocimiento. Incluye la capacidad conjunta de Inteligencia, Vigilancia y Reconocimiento (JISR) y la contrainteligencia (CI).

c) Maniobra, que es el conjunto de actividades mediante las cuales se dispone de la capacidad de combate en el momento y lugar oportunos para prevenir, influir, dislocar o interrumpir las operaciones del adversario, para romper su cohesión, para impedir su eficacia operativa en todos los ámbitos de operación y para obtener con ello un efecto decisivo. Su finalidad es obtener y mantener una posición de ventaja sobre el enemigo desde las que aplicar, real o potencialmente, la potencia de combate.

d) Fuegos, que se define como el conjunto de actividades que emplean sistemas de armas con capacidades letales y no letales para reducir directamente la capacidad de combate del adversario. En el nivel operacional, esta función incluye los apoyos de fuego, la defensa contra amenazas aéreas, las acciones de interdicción, los ataques electromagnéticos y cibernéticos, armas no letales y el estudio de efectos.

e) Información, que comprende aquellas actividades cuya finalidad principal se orienta a la gestión, denegación y uso de la información, así como a la integración deliberada de estas actividades con las del resto de funciones conjuntas, para promover percepciones, actitudes y comportamientos favorables a las operaciones propias de determinadas audiencias e influir en la toma de decisiones humanas o automatizadas, con la finalidad de promover decisiones favorables a las operaciones propias.

f) Cooperación Cívico-Militar (*Civil Military Cooperation*-CIMIC), que comprende un conjunto de capacidades que se utilizan en apoyo a la consecución de los objetivos de la operación, permitiendo al mando participar de forma efectiva en el amplio espectro de las interacciones cívico-militares con los diferentes actores civiles. Su finalidad es conseguir las mayores ventajas morales, materiales, ambientales y tácticas posibles para el desarrollo de las actividades civiles y militares. El propósito a largo plazo de CIMIC es crear y mantener las condiciones necesarias que soporten la solución final de la crisis, para lo que es

necesario contar tanto con los medios militares como no militares de los que disponga el Mando Operacional.

g) Protección de la Fuerza, que engloba aquellas actividades que tienen como objeto minimizar la vulnerabilidad del personal, equipo, material, instalaciones, información, operaciones y actividades de la Fuerza y de los elementos no militares que apoyan, acompañan o están bajo responsabilidad de la Fuerza, frente a las acciones adversarias, propias, y frente a los riesgos sanitarios, naturales, tecnológicos y accidentes, con la finalidad de preservar la libertad de acción del comandante y garantizar la operatividad de la Fuerza. Comprende actividades de seguridad, contrainteligencia, actividades de ingenieros, defensa pasiva, recuperación de personal, protección sanitaria y defensa nuclear, biológica, química y radiológica (NBQR). La seguridad, incluye actividades de protección de las personas (combatientes o no), de la información, de las infraestructuras, de las instalaciones, de los medios y de la organización. Comprende actividades tan diversas como la seguridad y protección en el ciberespacio, las acciones defensivas de guerra electrónica, los procedimientos de identificación en combate y la lucha contra artefactos explosivos improvisados (C-IED), la seguridad vial, contraincendios, entre otras. La defensa pasiva incluye, entre otras, medidas de protección física, camuflaje, decepción y dispersión para dificultar los ataques del adversario y reducir los efectos sobre la fuerza. La recuperación de personal es el empleo de esfuerzos militares, diplomáticos y civiles para extraer y reintegrar personal, propio o aliado, que se encuentre aislado. La defensa nuclear, biológica, química y radiológica (NBQR) centra sus esfuerzos en evitar los riesgos NBQR y de materiales industriales tóxicos, proteger al personal y a las unidades, descontaminarlos y restaurar su capacidad operativa.

h) Apoyo Logístico, que comprende las actividades centradas en el despliegue de las fuerzas, su sostenimiento en operaciones y su repliegue, con la finalidad de que la fuerza disponga de la capacidad operativa necesaria para alcanzar y mantener el ritmo deseado de las operaciones hasta el cumplimiento de la misión. Agrupa el planeamiento y conducción de las actividades de abastecimiento, mantenimiento, movimiento y transporte, obras e infraestructura, personal, sanidad y administración económica.

Como puede observarse, son múltiples las funciones que se desarrollan en el ámbito operativo, y la deseada posición de ventaja va a depender del adecuado desarrollo de las capacidades militares, en las que quedan comprendidas no solo los materiales que puedan utilizar las Fuerzas Armadas, sino también otros aspectos, incluido el adecuado nivel de preparación y adiestramiento del personal militar en el empleo de dichos materiales, una doctrina militar acorde a dichas capacidades, una correcta planificación e, incluso, un adecuado asesoramiento jurídico[666]. Estas circunstancias se destacan en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, por el que se determinan las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional, que después de definir la ventaja operacional en los términos anteriormente indicados, añade que «Esta ventaja se basa en factores como la inteligencia, formación o doctrina, pero está fuertemente vinculada a los sistemas y tecnologías».

Y es que la necesidad de contar con los mejores elementos materiales para hacer frente al adversario ha sido una constante en la historia[667], en la que se ha demostrado la importancia que tiene la innovación tecnológica en el ámbito militar, siendo el ejemplo paradigmático el desarrollo del radar para la victoria de los aliados en la II Guerra Mundial.

De este modo, la innovación tecnológica se configura como uno de los elementos clave para lograr la ventaja operacional de las Fuerzas Armadas, en tanto que permite obtener una superioridad en el enfrentamiento al disponer de mejores sistemas de armas así como de una mejor capacidad de prevención y respuesta frente al enemigo, facilitando la toma de decisiones.

---

[666] Sobre la posibilidad de utilizar el Derecho como un elemento más del que las Fuerzas Armadas pueden valerse para la consecución de los objetivos que tienen encomendados (*lawfare)* y la importancia de un adecuado asesoramiento jurídico para obtener una ventaja operacional, véase el interesante trabajo de SUBERVIOLA GILABERT, J. R., «Lawfare. El uso del derecho como arma» en *Revista Española de Derecho Militar*, nº106, julio-diciembre de 2016, Ministerio de Defensa, 2017, págs. 189 a 213.

[667] "El Emperador... debe usar en tiempo de guerra de armas et de todas aquellas cosas de que se pueda ayudar contra sus enemigos por mar et por tierra..." Alfonso X. Ley IV de "Las Siete Partidas", siglo XIII. Citado en doctrina para el empleo de las FAS.
https://www.defensa.gob.es/ceseden/en/Galerias/ccdc/documentos/02_PDC-01_xAx_Doctrina_empleo_FAS.pdf

Asimismo, en los últimos años ha adquirido especial relevancia para la obtención de una ventaja operacional el desarrollo de una Fuerza Conjunta[668], al permitir llevar a cabo operaciones conjuntas en las que intervienen los distintos elementos integrantes de las Fuerzas Armadas, lo que requiere la adecuada interacción e interdependencia, así como la garantía de la interoperabilidad.

Por consiguiente, la necesidad de garantizar la ventaja operacional, obteniendo una posición de superioridad frente al adversario, requiere la ejecución de desarrollos tecnológicos superiores y la obtención de productos interoperables, lo que en determinados supuestos, especialmente en aquellos que se consideren más importantes para gozar de dicha ventaja, justificarán el desarrollo de productos específicos, dotando o manteniendo en la industria nacional las capacidades tecnológicas necesarias.

II.1.B. Principio de libertad de acción.

Estrechamente relacionado con el anterior se encuentra el principio de libertad de acción, que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2015 define como «la facultad para

[668] El concepto de Fuerza Conjunta, recogido actualmente en el artículo 8 del Real Decreto 521/2020, de 19 de mayo, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas, se desarrolla en la Doctrina para el empleo de las FAS, págs. 56 a 59:

> 203. La Fuerza Conjunta (FC) es el instrumento que materializa la actuación de las Fuerzas Armadas mediante el empleo integrado de las capacidades militares en operaciones y, llegado el caso, combatir y vencer.
>
> 204. La FC está dispuesta a ser empleada en cualquier momento y lugar, de acuerdo a los intereses nacionales, manteniendo la capacidad de autonomía nacional, acción conjunta y disposición para actuar con otros instrumentos del Estado. Se compone de todos los elementos integrantes de la Fuerza del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, además de los componentes de los mandos subordinados al JEMAD que se determinen.
>
> 206. Las características que la definen son:
>
> a) Disponibilidad operativa. Capaz de actuar en los plazos establecidos con las condiciones marcadas.
>
> b) Eficacia. Dotada de las capacidades necesarias para hacer frente a los riesgos y amenazas que afecten a la seguridad e intereses nacionales, así como aquellos otros compartidos con los aliados.
>
> c) Calidad. Dotada de personal cualificado, equipado y adiestrado con un armamento y equipo tecnológicamente avanzados.
>
> d) Versatilidad. Capaz de actuar en cualquiera de los entornos operativos y de producir la sinergia necesaria mediante la acción conjunta, integrada y, en su caso, combinada.
>
> e) Eficiencia. Capaz de desarrollar sus cometidos mediante la entidad y capacidades estrictamente necesarias para lograr los efectos deseados.
>
> f) Proyectable. Dispuesta para actuar fuera del territorio nacional, de manera independiente o junto con socios y aliados en el marco de operaciones multinacionales.
>
> g) Resiliencia. Capaz de adaptarse a cambios bruscos en la situación operativa, sobreponerse a situaciones desfavorables y mantener sus capacidad de actuación en ambientes degradados.

decidir el empleo de las Fuerzas Armadas y de sus capacidades, para actuar de acuerdo a nuestros propios intereses, sin sujeción a otros estados o entidades, en el marco del ordenamiento jurídico español y la legalidad internacional».

De este modo, siendo la defensa nacional la función esencial de salvaguardia del Estado, el principio de libertad de acción interviene como garante de la misma, en cuanto que permite actuar sin depender de otros, ya que esa dependencia podría frustrar una defensa eficaz. Por esta razón, en el estudio realizado por RUIZ BENÍTEZ[669] sobre los principios que inspiran la doctrinas militares de los principales países, la libertad de acción es una constante en todos ellos.

Asimismo, el principio de libertad de acción ha sido una constante en la doctrina militar española[670] y la vigente doctrina militar de las FAS lo recoge como uno de los principios

[669] RUIZ BENITEZ, A., «¿Está realmente cambiando la naturaleza de los conflictos?: la vigencia de los principios del arte de la guerra en el horizonte 2035» en *Revista Ejército*, nº. 955 (nov. 2020), págs. 12 a 19:
«Cuando se compara el planteamiento actual sobre este asunto de las doctrinas de diferentes países de referencia se observa lo siguiente:
• La doctrina estadounidense propugna como principios: la libertad de acción, la concentración de esfuerzos, la movilidad estratégica, la sorpresa, la persistencia del objetivo, la economía de medios, la unidad de mando, la iniciativa, la ofensiva y la simplicidad.
• Por parte del Reino Unido: la libertad de acción, la concentración de esfuerzos, la movilidad estratégica, la sorpresa, la persistencia del objetivo, el apoyo moral, la administración, la economía de medios, la unidad de mando, la iniciativa y la ofensiva.
• Por parte francesa: la libertad de acción, la concentración de esfuerzos, la economía de medios y la incertidumbre. El estudio de estos ejemplos permite establecer la conclusión de que, en el ámbito de los países occidentales, existen notables convergencias en cuanto a determinados principios, tales como la libertad de acción, la sorpresa y la concentración de esfuerzos, que se podrían establecer como fundamentales.
• La doctrina rusa establece como principios: la libertad de acción, la concentración de esfuerzos, la sorpresa, la persistencia del objetivo, el apoyo moral, la economía de medios, la unidad de mando, la iniciativa, la ofensiva y la aniquilación del adversario.
• La doctrina china: la libertad de acción, la concentración de esfuerzos, la sorpresa, la persistencia del objetivo, el apoyo moral, la unidad de mando, la iniciativa, la ofensiva y la simplicidad.
• La doctrina israelí: la libertad de acción, la concentración de esfuerzos, la sorpresa, la persistencia del objetivo, el apoyo moral, la administración, la economía de medios, la iniciativa, la ofensiva y la aniquilación».

[670] RUIZ BENITEZ, A, «¿Está realmente cambiando… op. cit.:
«La doctrina española se basa en la escuela jominiana, lo que se pone de manifiesto cuando se analiza su evolución. Así, en la Doctrina para el empleo táctico de las Armas y los Servicios, del año 1924, del Estado Mayor Central del Ejército, se establecían como fundamentales los principios de voluntad de vencer, acción de conjunto y sorpresa, y se resaltaban también otros permanentes e inmutables, tales como la libertad de acción, la conservación del contacto, el aprovechamiento del éxito y la economía de fuerzas, cuyo valor se derivaba de su relación y armonía con los fundamentales. En la doctrina provisional de 1958 se mantuvieron sin variación los conceptos anteriores. En la doctrina de 1980 se identificaban como principios fundamentales: la voluntad de vencer, la libertad de acción y la capacidad de ejecución, y se propugnaban como principios complementarios: la seguridad, la sorpresa, la economía de medios, la acción de conjunto, el aprovechamiento del éxito y la flexibilidad, además de hacerse hincapié en que estos principios, de carácter operativo, se complementaban con los fundamentales, variando su grado de

fundamentales del arte militar, junto con la voluntad de vencer y la capacidad de ejecución[671].

Si el principio de ventaja operativa requiere disponer de equipos, sistemas y servicios interoperables dotados de una tecnología superior a la del adversario, el principio de libertad de acción requiere que el Estado sea propietario o, al menos,

---

aplicación de acuerdo con las circunstancias. Finalmente, se aludía a los procedimientos estableciendo que «los que se utilizan en el combate evolucionan al compás de los perfeccionamientos del armamento, de los cambios de situación y de la clase de lucha». En la publicación doctrinal «Empleo de la Fuerza Terrestre», en su versión de 1998, se reseñaba que «los principios de la guerra constituyen la base formal permanente de la ciencia y el arte militares. Sin ellos, la base científica de la conducción de las operaciones militares carecería de solidez y el arte militar no podría presentar las manifestaciones geniales de los grandes hechos que enseña la historia. Los principios sirven como punto de apoyo a las teorías y las doctrinas mediante su ponderación y adaptación según el ambiente económico-social, el nivel de desarrollo tecnológico de los medios y el criterio político establecido para la realización de la guerra en cada época». En la edición de la Doctrina para el empleo de las Fuerzas Terrestres de 2003 se establecía, en cuanto a los procedimientos, que «son los métodos para ejecutar las misiones asignadas. La posibilidad de empleo de armas de diferente letalidad, de medios con distinto nivel de desarrollo tecnológico y de las diversas opciones tácticas utilizables por las fuerzas militares da lugar a una gama de posibles procedimientos que pudieran ser empleados en un conflicto bélico». Finalmente, en la publicación doctrinal Empleo de las Fuerzas Terrestres de 2011 se preconizan como principios fundamentales del arte militar: la voluntad de vencer, la libertad de acción y la capacidad de ejecución, pero se establecen los denominados principios operativos, que se definen como «los conceptos específicos que rigen la actuación de las fuerzas terrestres en las operaciones de todo el espectro del conflicto. Todos están impregnados por los principios fundamentales y pertenecen al plano de la búsqueda real de soluciones», y se establecen como principios operativos: objetivo, legitimidad, flexibilidad, sorpresa, seguridad, sencillez, iniciativa, unidad de esfuerzo, economía de medios y continuidad. Como puede apreciarse, en el caso español se ha mantenido un bloque persistente de principios fundamentales, considerados como inmutables, y otros complementarios o procedimentales, sujetos, estos sí, a la evolución de los cambios del entorno, la situación y los medios disponibles».

[671] Doctrina para el empleo de las FAS, pág. 74:

> 2.3. PRINCIPIOS DOCTRINALES
>
> 2.3.1. Principios del arte militar
>
> 261. Conviene no perder de vista en las operaciones las lecciones aprendidas de la historia militar que, en forma de conceptos básicos y generales, sirven de respaldo a las doctrinas para su ponderación y adaptación a cada entorno operativo.
>
> 262. Los principios fundamentales del arte militar, de aplicación en todo tipo de operaciones son: la voluntad de vencer, la libertad de acción y la capacidad de ejecución.
>
> 263. La voluntad de vencer debe entenderse como el firme propósito del mando y de las tropas de imponerse al adversario y cumplir la misión en cualquier situación por desfavorable que esta sea. Implica fe en el triunfo, tenacidad para alcanzarlo y actividad insuperable en la ejecución. Se basa en los valores morales que constituyen el primordial exponente de la valía de una fuerza militar.
>
> 264. La libertad de acción es la posibilidad de decidir, preparar y ejecutar los planes a pesar de la voluntad del adversario. El mando procurará conservarla a todo trance y, si la pierde, tratará de recuperarla lo antes posible. Requiere capacidad de conocer al adversario, el entorno y los medios propios. El arte militar consiste fundamentalmente en la lucha por alcanzarla.
>
> 265. La capacidad de ejecución es la facultad de saber determinar y adecuar con eficiencia los medios y su forma de empleo a las misiones asignadas, estableciendo los planes necesarios para el desarrollo de las operaciones, ejecutándolos de la forma prevista y modificándolos en función de los cambios que la situación aconseje.

disponga de industrias nacionales que sean propietarias de la tecnología, para poder utilizarla sin limitaciones externas.

En este sentido, en muchas de las adquisiciones de sistemas de armas y material de guerra que se realizan en el mercado internacional, los países propietarios de la tecnología suelen imponer importantes restricciones a la disponibilidad de la misma, limitando su posterior enajenación a terceros países, así como a su empleo en determinadas circunstancias. Así mismo, el no ser propietario de la tecnología y no disponer de la capacidad para el mantenimiento o actualización de la tecnología, dependiendo de terceros para esta importante función, limita notoriamente la efectividad de la defensa, lo que de nuevo justificaría, en los supuestos que se estimen más relevantes, mantener dichas capacidades en la industria nacional y a la libre disposición del Estado y de sus Fuerzas Armadas.

Un ejemplo de la importancia de la libertad de acción o no dependencia de terceros fue el desarrollo de capacidades propias por Estados Unidos impulsando las capacidades desarrolladas durante la II Guerra Mundial, lo que le permitió no depender tecnológicamente de Europa, tal y destaca GONZÁLEZ MENÉ[672]:

> «Durante la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos de Norteamérica, presionados por la necesidad de la victoria, habían empujado la frontera del conocimiento mucho más allá de los límites anteriores al conflicto. Ciencia y tecnología coadyuvaron de forma decisiva a la victoria aliada. Con la paz, tan duramente conseguida, se planteó a la comunidad científica el reto de aprovechar ese conocimiento en beneficio de la nación. Objetivos: mantener la superioridad y difundir la aplicación de la ciencia y la tecnología, apoyar la investigación de las organizaciones públicas y privadas y desarrollar el potencial científico de la juventud estadounidense. Vannevar Bush fue el encargado de responder en un célebre informe que conformó la política científica y la innovación tecnológica en las décadas siguientes. Las lecciones aprendidas al coste de una guerra estaban claras: la seguridad nacional depende de la tecnología de defensa que debe ser potenciada en tiempo de paz mediante una estrecha colaboración entre la

[672] GONZÁLEZ MENÉ F. «La componente industrial» en *Documento de Seguridad y Defensa 56 Enfoque multinacional al desarrollo de capacidades de Defensa. La Smart defence de la OTAN frente al Pooling Sharing de la UE*, Ministerio de Defensa, 2013, págs. 94 y 95.

> investigación civil y los Ejércitos; la investigación militar es un interés nacional y debe estar apoyada directamente por el Gobierno (Congreso); las consecuencias de una política activa de investigación básica y desarrollo industrial conducen al pleno empleo, la mejora en creatividad y productividad de la industria y a disponer de un amplio conjunto de hombres y mujeres formados en ciencia y tecnología que impulsarían el desarrollo en todos los sectores industriales. Una consecuencia añadida sería la no dependencia de la tecnología europea.
>
> No cabe duda de que los objetivos marcados los han cubierto en buena medida; la sociedad norteamericana tiene embebida la cultura de la innovación y una intensa permeabilidad entre los sectores industriales civiles y militares. Su nivel tecnológico, impulsado por los desarrollos militares y espaciales, es apabullante y según las últimas noticias la no dependencia de Europa puede considerarse ampliamente conseguida».

De la clara necesidad de garantizar la libertad de acción resulta que, paralelamente a las necesidades propias de cada país, el principio de no dependencia, con diversos alcances, se está impulsando igualmente por las organizaciones internacionales de las que España forma parte. En este sentido, la potenciación de la no dependencia en el ámbito de la Unión Europea se refleja como uno de los criterios de adjudicación del Fondo Europeo de Defensa[673].

Por consiguiente, en el ámbito contractual, el principio de libertad de acción implica la necesidad de garantizar el desarrollo y la preservación de aquellas capacidades tecnológicas propias de carácter estratégico y deriva directamente del principio de soberanía, en cuanto que aspira a evitar la dependencia de terceros países. De este modo, la libertad de acción puede implicar la necesidad de adjudicar los contratos a la industria nacional con el objeto de que esté industrial y tecnológicamente capacitada para modificar, actualizar, y sostener libremente los sistemas y materiales necesarios.

[673] Artículo 12.d) del Reglamento (UE) 2021/697 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2021 por el que se establece el Fondo Europeo de Defensa y por el que se deroga el Reglamento (UE) 2018/1092: «su contribución a la autonomía de la base tecnológica e industrial de la defensa europea, por ejemplo aumentando la no dependencia con respecto a las fuentes externas a la Unión y reforzando la seguridad del suministro, y a los intereses de la Unión en materia de seguridad y defensa en consonancia con las prioridades a que se refiere el artículo 3».

II.1.C. Principio de autonomía estratégica.

Asimismo, como una conjunción de los principios anteriores, surge el principio de autonomía estratégica. El concepto de autonomía estratégica se vincula a las capacidades militares indispensables para lleva a cabo acciones autónomas por un actor estratégico y cuenta con tres componentes: político, operativo e industrial, que pueden combinarse en distintas proporciones, lo que genera, a su vez, distintas interpretaciones de la autonomía estratégica. Como señala PONTIJAS CALDERÓN[674], por «autonomía operacional» deberíamos entender la capacidad de planear y conducir, independientemente de otros actores, operaciones y misiones civiles y militares. Esto precisa del adecuado marco institucional político y militar, así como de las capacidades que sean necesarias, tanto militares como civiles. Por su parte, por «autonomía industrial» entenderíamos la capacidad de desarrollar (autonomía tecnología) y construir las capacidades civiles y militares que requiera la autonomía operacional.

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, por el que se determinan las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional, partiendo de los objetivos fijados por la Estrategia de Seguridad Nacional y la Directiva de Defensa Nacional, vincula la autonomía estratégica a la necesidad de proveer las «capacidades militares que permitan el cumplimiento de las misiones asignadas y un nivel de disuasión creíble», especialmente para las amenazas no compartidas, atendiendo a los principios de «ventaja operacional», que es la posición de superioridad sobre nuestros potenciales enemigos y de «libertad de acción» que es la facultad para decidir el empleo de las Fuerzas Armadas y de sus capacidades, para actuar de acuerdo a nuestros propios intereses, sin sujeción a otros estados o entidades, y a la «seguridad del suministro».

La consecución de la autonomía estratégica es una pretensión continua de los países[675] y, en los últimos años, se ha convertido en un objetivo pretendido dentro de la

[674] PONTIJAS CALDERÓN, J. L., «El ejército europeo y la autonomía estratégica de la Unión Europea» *Documento Análisis 08/2019 6 de marzo de 2019*, IEEE, pág.9. https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2019/DIEEEA08_2019JOSPON-EjercitoEuropeo.pdf (Consultado el 29 de noviembre de 2021).

[675] En la entrevista realizada por la Revista Española de Defensa en el año 1999 al General Jean Pierre Kelche, Jefe del Estado Mayor de la Defensa de Francia, con ocasión de la profesionalización de los ejércitos, el máximo responsable de las Fuerzas Armadas galas subrayaba que el objetivo de las reformas era asegurar la autonomía estratégica de Francia. «La profesionalización es un cambio de cultura para los Ejércitos», *Revista Española de defensa*., nº 132, (feb. 1999), págs. 48 y 49.

propia Unión Europea. En este sentido, si bien en al año 2013 se empieza a emplear la expresión por el Consejo en relación con la industria de defensa[676], su uso se generaliza a partir de la presentación de la Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea[677], que como ya avanza en el prólogo la entonces Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, «alimenta la ambición de una autonomía estratégica para la Unión Europea». No obstante, la propia Estrategia Global, pese a su empleo reiterado[678], no define el concepto de autonomía estratégica, siendo la definición más reciente, tal y como analiza el actual Alto Representante JOSEP

https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/r/e/red_132.pdf (Consultado el 27 de noviembre de 2021).

Otro ejemplo más reciente, como consecuencia de los movimientos en la Unión Europea, es la búsqueda de Turquía de una mayor autonomía estratégica: YAPAR, H., «De la Profundidad Estratégica a la patria azul y más allá. Comprendiendo la deriva de Turquía hacia una mayor autonomía estratégica», *Documento de Opinión 40/2021,* 12 de abril de 2021.

https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2021/DIEEEO40_2021_HAKYAP_Turquia.pdf (Consultado el 27 de noviembre de 2021).

[676]COZAR MURILLO, B., «A propósito de la "autonomía estratégica": un concepto pendiente de definir»**,** *Ejércitos: revista digital sobre armamento, Defensa y Fuerzas Armadas*. 09/05/2021 https://www.revistaejercitos.com/2021/05/09/a-proposito-de-la-autonomia-estrategica/ (Consultado el 27 de noviembre de 2021).

[677] Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea https://eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/eugs_es_.pdf (Consultado el 27 de noviembre de 2021).

[678] En el apartado dedicado a «La seguridad de nuestra Unión» señala que «Un nivel adecuado de ambición y autonomía estratégica es importante para la capacidad de Europa de fomentar la paz y la seguridad dentro y fuera de sus fronteras. Por ello, aumentaremos nuestros esfuerzos en materia de defensa, cibernética, lucha contra el terrorismo, energía y comunicaciones estratégicas»; en el de «Seguridad y Defensa» añade que «Como europeos, debemos asumir una mayor responsabilidad en nuestra seguridad. Frente a las amenazas externas, debemos estar preparados y capacitados para ejercer disuasión, dar respuesta y protegernos. Mientras que la OTAN existe para defender a sus miembros – la mayoría de los cuales son europeos — de un ataque exterior, los europeos deben estar mejor equipados, formados y organizados para contribuir decisivamente a esos esfuerzos colectivos, así como para actuar de manera autónoma en el caso y en el momento necesario. Un nivel adecuado de ambición y autonomía estratégica es importante para la capacidad de Europa de fomentar la paz y garantizar la seguridad dentro y fuera de sus fronteras»; y en el de «Una Unión creíble» que «Una industria de defensa europea sostenible, innovadora y competitiva es esencial para la autonomía estratégica de Europa y para una PCSD creíble. Puede también fomentar el crecimiento y el empleo. Una defensa europea sólida con base tecnológica e industrial precisa de un mercado interior equitativo, funcional y transparente, una seguridad de suministro y un diálogo estructurado con las industrias de defensa pertinentes. Asimismo, la garantía de la participación de las pequeñas y medianas empresas (pymes) en el sector de la defensa puede mejorar la innovación y la inversión en las tecnologías militares del mañana».

Destaca PONTIJAS CALDERÓN que el concepto de «autonomía estratégica» de la UE se extiende a cuatro campos fundamentales: - Intereses comunes de los europeos - Promoción de sus principios y valores - Paz y seguridad dentro y fuera de la Unión - Una industria de defensa europea Estos cuatro campos coinciden con las tres dimensiones que debería abarcar cualquier autonomía estratégica: operacional (civil y militar), económica (industrial) y política (diplomática). PONTIJAS CALDERÓN, J. L., «El ejército europeo…op. cit. pág.9.

https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2019/DIEEEA08_2019JOSPON-EjercitoEuropeo.pdf (Consultado el 29 de noviembre de 2021).

BORREL[679], la que se encuentra en las Conclusiones del Consejo de noviembre de 2016: «capacidad para actuar de manera autónoma cuando y donde sea necesario y, en la medida de lo posible, con los países asociados». Se trata de un concepto que el Consejo ha vuelto a utilizar en 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 y últimamente, incluso en el Consejo Europeo de octubre de 2020, en su sentido más amplio. En este sentido, en las Conclusiones del Consejo Europeo de 1 y 2 de octubre de 2020 se afirma que «un objetivo clave de la Unión es alcanzar una autonomía estratégica al tiempo que se mantiene una economía abierta»[680]. Recientemente, la gestión de la crisis en Afganistán ha planteado de nuevo la necesidad de profundizar en dicha autonomía estratégica, por la que apuesta decididamente el Alto Representante BORRELL[681].

En cuanto a la amplitud del concepto, destaca MORA BENAVENTE[682] las diversas posturas adoptadas por los Estados miembros sobre cómo debe entenderse la autonomía estratégica que debe tener la Unión. Por un lado, un grupo de países ha optado por una

---

[679] BORRELL, J. «Por qué es importante la autonomía estratégica europea», Texto originalmente publicado el 3/12/2020 en el Blog del AR/VP, Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE). https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/90260/por-qu%C3%A9-es-importante-la-autonom%C3%ADa-estrat%C3%A9gica-europea_es (Consultado el 27 de noviembre de 2021).

[680] Conclusiones del Consejo Europeo de 1 y 2 de octubre de 2020, p.1. https://www.consilium.europa.eu/media/45932/021020-euco-final-conclusions-es.pdf (Consultado el 28 de noviembre de 2021).

[681] https://www.20minutos.es/noticia/4798843/0/borrell-pide-una-fuerza-militar-de-ue-para-lograr-autonomia-estrategica-tras-el-caos-en-el-aeropuerto-de-afganistan/?autoref=true (Consultado el 28 de noviembre de 2021).

Previamente, tras el Consejo Europeo de diciembre de 2020, BORRELL ya había incidido en la necesidad de avanzar hacia la autonomía estratégica de la Unión, tal y como se recoge en un artículo publicado por el Real Instituto Elcano. En el mismo concluye que «La autonomía estratégica no es una varita mágica, sino un proceso a largo plazo para que los europeos asuman cada vez más sus propias responsabilidades. Para defender nuestros intereses y valores en un mundo cada vez más hostil, que nos obliga a confiar en nosotros para garantizar nuestro futuro». Asimismo, destaca que los intereses de la autonomía estratégica no se limitan a la seguridad y la defensa, sino que están presentes en una amplia gama de sectores, como el comercio, las finanzas y las inversiones a política e incluso cita la crisis de la COVID-19 que ha puesto de manifiesto cómo la salud podía convertirse en una cuestión geopolítica: «En sí mismos, ni las mascarillas, ni los reactivos, ni los antibióticos son productos estratégicos. Sin embargo, cuando son producidos por un número muy reducido de países que son rivales estratégicos potenciales, se convierten en productos estratégicos».

BORRELL, J, «Por qué es importante… op. cit.

Sobre esta necesidad profundizan ARTEAGA F., GARCÍA, R., MOLINA I., ORTEGA R., OTERO_IGLESIAS, M., POWELL, C. y STEINBERG, F. en «Autonomía estratégica europea e intereses de España», *ARI 89/2021* de 2 de noviembre de 2021, Real Instituto Elcano.

http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/a799f05a-dce3-41b7-8606-8f9fefd0782d/ARI89-2021-Arteaga-Garcia-Molina-Ortega-Otero-Powell-Steinberg-Autonomia-estrategica-europea-e-intereses-de-Espana.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a799f05a-dce3-41b7-8606-8f9fefd0782d (Consultado el 28 de noviembre de 2021).

[682] MORA BENAVENTE, E. «Introducción» en *Cuadernos de estrategia 184: Una estrategia global de la Unión Europea para tiempos difíciles*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2017, págs. 18 y 19.

interpretación restrictiva, limitada a las capacidades militares, de modo que «una Unión Europea estratégicamente autónoma sería aquella en la que el conjunto de sus Estados miembros posee las capacidades, y la base industrial y tecnológica de defensa, que garantiza que la Unión no estará nunca sujeta a restricciones de suministro que pudiera decidir un tercer Estado siguiendo sus intereses estratégicos». Por el contrario, otro grupo de países, entre los que se encontraría España, interpreta el concepto en términos de capacidad de acción, por lo que «una Unión estratégicamente autónoma sería así capaz de actuar por sí misma en los tres objetivos definidos por el nivel de ambición, con independencia de la actitud que adopten la OTAN o los Estados Unidos. Una capacidad de actuación de este tipo engloba por tanto las capacidades militares y la base industrial a la que se refiere la interpretación anterior. Pero va más allá al requerir arreglos institucionales, una capacidad permanente de planeamiento y conducción de operaciones, por ejemplo, y compromisos políticos que no están presentes en la primera interpretación».

Para concluir, la reciente ESN 2021 ha incluido el principio de «autonomía estratégica europea», que entiende como «un mayor peso geopolítico de la Unión Europea en la esfera mundial» y que «trasciende el ámbito de la defensa», estableciendo las siguientes líneas de acción[683]:

> L.A. 29. Promover un liderazgo decidido en la formulación y el desarrollo de la Política Común de Seguridad y Defensa, en línea con las conclusiones que se obtengan del proceso de revisión de la seguridad europea.
>
> L.A. 30. Contribuir a reforzar las capacidades estratégicas autónomas de la Unión Europea, incluida la construcción de la Europa de la Defensa y el desarrollo de capacidades industriales y tecnológicas europeas.

II.1.D. Principio de disuasión.

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 2015 hace referencia, en diversas ocasiones, al principio de disuasión, destacando la necesidad de dotarse de las

[683]Estrategia de Seguridad Nacional 2021 «Un proyecto compartido», Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, Madrid, 2021, p.99.

capacidades necesarias que permitan «un nivel de disuasión creíble», que estas capacidades sean «realmente […] disuasivas», debiendo dotarse de las capacidades «que aseguren la disuasión de las amenazas no compartidas».

El concepto actual[684] de disuasión[685] se desarrolla en la Guerra Fría, en el marco de la disuasión nuclear entre las dos superpotencias enfrentadas y la escalada a la que dio lugar, si bien es plenamente aplicable en el campo del armamento convencional. Dentro de las distintas definiciones existentes de disuasión, podemos citar la de GERSON, quien considera la disuasión como «la amenaza del uso de la fuerza dirigida a convencer a un potencial agresor de que no emprenda una acción determinada, puesto que los costes de ello serían inaceptablemente altos o que la probabilidad de éxito de esa acción sería extremadamente baja»[686]. Esta definición englobaría los dos modelos de disuasión, tanto la disuasión por negación, entendida como la amenaza de negar al adversario la capacidad de alcanzar mediante la violencia sus objetivos militares y político y la disuasión por castigo, que sería la amenaza de imponer costos inaceptables en respuesta a acciones no deseadas, apareciendo de este modo un concepto fundamental, singularmente en el ámbito de la disuasión nuclear: el daño inaceptable.

Como señala FRÍAS la «disuasión por negación» es el modelo más aplicable a la disuasión alcanzada por medios convencionales y en ella es determinante la comparación entre las capacidades ofensivas de un posible agresor y las defensivas del potencial agredido. En este punto, «la fuerza militar en el marco de la disuasión tendría un empleo potencial. Su sola existencia (independientemente de su empleo real) ejerce una labor disuasoria, pues, en sí misma, constituye un mensaje, aunque sólo una parte de él. Así, si el adversario no percibe una voluntad real de emplear la fuerza militar, la sola existencia de esta puede carecer de capacidad disuasoria».

De este modo, además de una fuerza militar debidamente equipada, se requiere la voluntad política de emplearla en caso de ser necesario, y que dicho mensaje sea percibido por el adversario. Por consiguiente, no basta con disponer de las capacidades militares sino que debe transmitirse la firme convicción de emplearlas, dependiendo el nivel de

[684] Históricamente, el mismo se recoge en el aforismo latino *si vis pacem, para bellum.*

[685] Un análisis detallado del concepto de disuasión se encuentra en FRíAS SÁNCHEZ, C.J., «La disuasión convencional», *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos* nº 8, diciembre de 2016, págs. 103 a 125.

[686] GERSON, M. «Conventional Deterrence in the Second Nuclear Age», *Revista Parameters*, del U.S. Army War College, número de otoño de 2009, págs. 32 a 48, en concreto pág. 34

disuasión de esta voluntad política. Pero del mismo modo, aun existiendo dicho elemento volitivo de carácter político, si se carece de capacidades adecuadas, no se podrá alcanzar el grado de disuasión deseado, lo que tiene especial relevancia en el caso de España, en el que tratándose de una disuasión convencional al no disponer de armas nucleares, su eficacia va a depender de su comparación con las capacidades de los demás. De este modo, un nivel adecuado de disuasión requiere disponer de las capacidades militares adecuadas.

Asimismo, debe tenerse en cuenta para ese nivel de disuasión la existencia en España de amenazas no compartidas, es decir, de amenazas que no quedarían cubiertas, en principio, por el paraguas de la OTAN o de la Unión Europea, y a las que España debe hacer frente de manera independiente. De ahí que, como señala FRÍAS, al problema europeo derivado de la disminución progresiva del compromiso defensivo norteamericano con Europa, «en el caso español, la amenaza no compartida obliga a definir en nuestra normativa de seguridad y defensa (pública o reservada), cuáles son nuestros intereses, qué conductas se pretenden disuadir, qué modelo de disuasión se pretende ejecutar, y diseñar, desplegar, adiestrar y equipar las fuerzas necesarias para ponerlo en ejecución con credibilidad y a comunicar estos extremos a nuestros posibles adversarios. Sin esta labor, la disuasión queda reducida a la indeterminada disuasión general, que, salvo que se disponga de unas capacidades militares fuera de nuestro alcance, es la forma menos eficaz de aplicar este concepto, y, por eso mismo, difícilmente puede garantizar la paz»[687].

De lo expuesto se deriva una nueva singularidad en el ámbito de la contratación administrativa del material de defensa, unida a las de prevención y planificación propias de este ámbito, en la medida en que el mismo no se adquiere directamente para ser empleado en operaciones militares frente al adversario, sino que el mismo tiene una incidencia notable en evitar el conflicto por medio de la disuasión, de modo que la finalidad del servicio público de defensa, dirigido a garantizar la soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, debe ser interpretada de una manera amplia, incluyendo la adquisición del armamento y material necesarios para ejercer una disuasión efectiva[688].

[687] FRíAS SÁNCHEZ, C.J., «La disuasión… op. cit.

[688] Así se recoge en la vigente ESN 2021 que incide en la importancia de la disuasión *creíble* y establece como primera línea de acción la de «Asegurar las capacidades militares necesarias para proporcionar una

II.1.E. Principio de realidad.

Tal y como se ha vendido desarrollando, la contratación administrativa en el ámbito de la defensa está inspirada por una serie de principios que derivan de la necesidad de garantizar la soberanía nacional, desdoblándose este principio político de soberanía en una serie de principios técnicos como son el de autonomía estratégica, ventaja operacional, libertad de acción o disuasión, para cuya consecución es imprescindible contar con una base industrial y tecnológica eficiente y competitiva que desarrolle las capacidades militares consideradas esenciales para nuestras Fuerzas Armadas.

Pero estos principios, que responden a cuestiones de carácter estratégico y operativo, no pueden desligarse de los principios económicos o presupuestarios tendentes a garantizar la viabilidad de las finanzas públicas, en la medida en que su consecución no puede implicar la quiebra de las arcas públicas ni el incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Por ello, sin perjuicio de que el presupuesto del Estado deba responder de manera realista a las necesidades en este ámbito, debe respetarse lo que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2015 denomina como «principio finalista» de modo que pueda dotarse a las Fuerzas Armadas de las mejores capacidades disponibles en el mercado y que puedan ser abordables financieramente o, como lo define GARCÍA MONTAÑO[689], un «principio de realidad» basado en criterios posibilistas que tengan en cuenta la realidad del entorno financiero e industrial «ahuyentando de esta forma cualquier tentación de intentar garantizar la soberanía nacional mediante la adquisición de todo un abanico de capacidades industriales o, en términos operativos, de capacidades militares, incompatible en su obtención y sostenimiento con la realidad presupuestaria y financiera del Estado».

disuasión creíble y una respuesta eficaz en todo el espectro de la crisis o conflicto, garantizando su sostenibilidad en el tiempo bajo un marco presupuestario, suficiente y estable».

[689] GARCÍA MONTAÑO, J.M. "La política industrial de defensa" en *Cuadernos de Estrategia 175 Industria Española de Defensa: Riqueza, tecnología y seguridad*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2015, págs.. 113 y 114.

II.2.- Principio de necesidad.

En el Capítulo I, al hacer referencia al régimen jurídico de las requisas militares, ya se destacaba cómo el mismo está basado en la existencia de un estado de necesidad y, en este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA[690] define las requisas como expropiaciones en estado de necesidad y, como tales, dispensadas del procedimiento ordinario, que por formal y solemne no permite atender las necesidades imperiosas que tratan de atenderse, y que pueden ser requisas civiles (la situación de necesidad es aquí una calamidad pública o un grave trastorno del orden: art. 120 LEF), o militares (la situación de estado de necesidad es la guerra o una movilización total o parcial que la dé por probable: art. 101 LEF). Y el sacrificio del bien inferior por el superior, que es propio de la dogmática del estado de necesidad, justifica aquí sacrificar el procedimiento expropiatorio formal y, dentro de él, la regla del previo pago, de modo que la Administración se apodera de los bienes precisos para atender la apremiante situación de necesidad, por simple coacción directa frecuentemente, o por el procedimiento sumario de la entrega de un recibo, de modo que el pago queda remitido a un momento posterior al de la efectividad del despojo. La regla *ad impossibilia nemo tenetur*, y la dogmática del estado de necesidad, justifican aquí la quiebra de la regla común e impide hablar de inconstitucionalidad de la solución.

De este modo, dada la finalidad de la Defensa Nacional de garantizar la supervivencia del propio Estado, el régimen jurídico aplicable en los distintos ámbitos vinculados a la misma se encuentra notoriamente influido por el principio de necesidad, lo que implica siempre una excepción del Derecho común u ordinario.

En este sentido, a principios del siglo pasado, SALCEDO y RUIZ[691] manifestaba lo siguiente:

> "No hay que insistir más. La necesidad social, la obligación, por decirlo así, que tiene el Estado de vivir, y, por tanto, de defenderse, defendiendo a sus ciudadanos contra los enemigos de fuera y los perturbadores de adentro, es el principio fundamental del Derecho Militar; principio que, si bien difundido por todo el

[690] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, Civitas Ediciones, Madrid, 2000, pags. 280 y 281.

[691] SALCEDO Y RUIZ, Ángel, Sustantividad y fundamento del derecho militar, Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, con contestación a cargo de UGARTE y PAGÉS, Javier, RACMP, Madrid, 1913, p.39, citado por COTINO HUESO, L. *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*..op. cit, pág. 432.

Derecho Público, no se concreta sino en este orden especial de normas jurídicas, las cuales informadas por él, constituyen un conjunto homogéneo, ya que aunque extendidas y como dispersas por el campo de casi todas las ramas del Derecho, conservan dentro de cada una su carácter propio y su fisionomía especial, siendo armónicas entre sí y con la base que la sustenta, se crean así, innumerables reglas o normas, leyes y códigos, establece, no una especialidad o excepción, sino todo un Derecho, cuya substantividad es incuestionable".

Partiendo de lo anterior y siguiendo a COTINO HUESO[692], puede hablarse de un genérico *derecho de la defensa*, entendido como «un término descriptivo de todo un conjunto de normas inspiradas por el principio de necesidad, que recaen sobre el vasto fenómeno de la defensa»[693] y del cual formaría parte el *Derecho militar*, en cuanto regulación específica de las Fuerzas Armadas, entendido como la sistematización de todo un conjunto de excepciones que se daban en todas las ramas del Derecho.[694]

Por consiguiente, todo el Derecho de la defensa, incluido el Derecho militar, responde a una finalidad muy concreta: la necesidad de garantizar la adecuada defensa del Estado y la supervivencia del mismo. Por ello, todo el ordenamiento jurídico aplicable responde al principio de necesidad, lo que supone establecer las excepciones y regulaciones específicas necesarias que se apartan de los principios ordinarios de la legislación común. E incluso, si las circunstancias lo requieren, como puede ser en el caso del conflicto armado o una alteración grave del orden público interno, como una rebelión, adoptar todas las medidas precisas para poner fin a esa situación. Pero sin que sea precisa la concurrencia de dichas circunstancias para la aplicación del principio de necesidad, ya que la adecuada preparación del Estado para su propia defensa requiere la adopción de

[692] COTINO HUESO, L. *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*..op. cit, págs. 422 a 434.

[693] Como señala el profesor COTINO HUESO «este Derecho incluye todo tipo de particularidades que se dan en las distintas ramas del Derecho cuando se alude al fenómeno de la defensa y que guardan entre sí cierta homogeneidad ("armonía") en tanto que se basa fundamentalmente en unos principios inspiradores comunes. Y tales particularidades -los efectos de la necesidad- se darán, principalmente en las diversas ramas del derecho público, aunque también, residualmente en el marco del Derecho privado […] Así tanto en el ámbito del Derecho internacional, administrativo, penal, procesal, y en particular el Derecho militar, se pueden advertir no pocas singularidades en relación con la ordenación común u ordinaria". *Íbidem,* pág. 422

[694] *Íbidem, pág.* 431: Cita COTINO HUESO a LORENZ VON STEIN, primer jurista de renombre que en el s.XIX se dedicó a la materia para quien el Derecho Militar «no forma ya como en los siglos precedentes un cuerpo jurídico independiente del Derecho en vigor, sino que se convierte en una exposición sistemática de las modificaciones del Derecho civil, del Derecho penal y del Derecho público impuestas por la naturaleza y por el fin político del Ejército»

medidas previas que faciliten esa defensa eficaz en el momento en que sea necesario, tal y como adecuadamente plantea COTINO HUESO[695]:

> "Y es la eficacia la que exige que la fuerza militar no se constituya únicamente cuando se da un peligro cierto e inminente, que es, como se vio, el presupuesto fáctico del principio de necesidad. Ante la posibilidad de potenciales amenazas a la seguridad del Estado constitucional es precisa la existencia, preparación y continuo adiestramiento de una fuerza militar que pueda llevar a cabo las misiones que tiene encomendadas. En consecuencia, en el ámbito militar los efectos del principio de necesidad se manifestarán sin necesidad de una inminencia de peligro, si bien, la inminencia de dicho peligro, o la misma situación de peligro intensificarán los efectos de la necesidad".

En este mismo sentido y desde la perspectiva del recurso material, ya se ha analizado detenidamente en el Capítulo III la importancia que adquiere el planeamiento estratégico, que vendrá determinado por la percepción de los riesgos y que deberá tener en cuenta el contexto político y social, nacional e internacional, material y formal que condiciona el empleo de los recursos militares. Dicho planeamiento requiere como elemento central la obtención, en tiempo de paz, de los recursos necesarios en tiempo de guerra, tal y como destacan ARTEAGA y FOJÓN[696]:

> "El planeamiento estratégico facilita el marco lógico en el que se integran las acciones de los Estados relacionadas con el uso de todos los medios del potencial nacional o el de una coalición de Estados. La política fija los fines de la estrategia y le asigna los medios necesarios, pero se necesita un proceso de planeamiento para evaluar el problema de defensa, definir los objetivos estratégicos y ejecutar la estrategia a seguir. La política de defensa, a diferencia del resto de las políticas que integran la política general de un Estado, y que comparten la misma secuencia de objetivos políticos y estrategias económicas, diplomáticas u otras para relacionar medios y fines, ha dispuesto de un proceso de planeamiento específico para atender a la defensa nacional debido a su complejidad y trascendencia. También a diferencia de otros campos de la acción política, la disponibilidad de los recursos en tiempo de guerra, dependía de una planificación acertada en

[695] *Íbidem,* pág. 434.
[696] ARTEAGA MARTÍN, F. y FOJÓN LAGOA, E.: *El planeamiento de la política de defensa y seguridad en España,* IUGM, Madrid, 2007 págs. 19 y 20.

tiempo de paz, ya que muchos de los recursos, particularmente los militares, precisaban ser previstos y obtenidos con mucha antelación en el tiempo. Por lo tanto, el planeamiento estratégico facilitaba las instrucciones políticas y la obtención de los recursos para el uso de la fuerza relacionados con la defensa nacional".

Por tanto, la aplicación del principio de necesidad sin la existencia de un conflicto o ataque al Estado, que justifica la existencia de restricciones y limitaciones a determinados derechos[697], debe justificar, asimismo, la existencia de excepciones actuales a las reglas generales de la contratación administrativa, en cuanto que se trata de adquirir bienes y servicios directamente relacionados con la defensa nacional y al objeto de garantizar de forma adecuada, eficaz y soberana, la defensa del Estado en el caso de que sea necesaria. Un ejemplo de estas excepciones sería el artículo 346 del TFUE, ya analizado en el Capítulo IV, que por razones de soberanía y protección de los intereses esenciales de la seguridad de los Estados miembros, permite a los mismos excluir la aplicación del Derecho comunitario, excepción que debe desplegar sus efectos naturales, dada la complejidad en la obtención de dichos medios y la necesidad de una adecuada planificación y prevención, sin necesidad de que exista una situación inminente que ponga en riesgo esos intereses esenciales[698].

Todo ello sin perjuicio de que la intensidad de las medidas de excepción se potencie como consecuencia de la materialización del riesgo, como ha puesto de manifiesto la reciente pandemia del Covid-19, ante la que los Estados se han visto obligados a adoptar medidas excepcionales tendentes a la adquisición de los materiales y las vacunas necesarias para hacer frente a la misma en un mercado afectado por la falta de suministros y de competencia efectiva, acudiendo frecuentemente a las adquisiciones directas o a la generalización de la contratación de emergencia, que es el ejemplo típico de aplicación del principio de necesidad en el ámbito de la contratación administrativa, flexibilizando al máximo su aplicación y previendo la asunción directa por el Estado del riesgo de quebranto que pudiera derivarse de la admisión del pago por adelantado. [699]

[697] Tal y como se analiza detalladamente en el Capítulo I.

[698] A diferencia, por ejemplo, del artículo 347 del TFUE, previsto para los supuestos en los que existe un caso de graves disturbios internos que alteren el orden público, en caso de guerra o de grave tensión internacional que constituya una amenaza de guerra.

[699] El régimen general de la contratación de emergencia se contiene en el artículo 120 de la 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 2019 :

> «Artículo 120. Tramitación de emergencia.
>
> 1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:
>
> a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria.
>
> b) Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días.
>
> c) El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.
>
> d) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se observará lo dispuesto en esta Ley sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación.
>
> En el supuesto de que el libramiento de los fondos necesarios se hubiera realizado a justificar, transcurrido el plazo establecido en la letra c) anterior, se rendirá la cuenta justificativa del mismo, con reintegro de los fondos no invertidos.
>
> 2. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley».

De este modo, la contratación de emergencia se configura como una excepción al carácter esencialmente formalista de la contratación administrativa y permite exceptuar, en supuestos excepcionales, el principio de concurrencia y de igualdad de licitadores, siendo un claro ejemplo en el que la satisfacción inmediata del interés público, como consecuencia de esas situaciones extraordinarias, prevalece frente a los principios de la contratación administrativa. No obstante, como tal excepción ha de ser objeto de interpretación restrictiva, tal y como se recoge en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 102/2017:

«para que proceda la tramitación de emergencia es necesario:

- que concurra alguno de los supuestos que taxativamente establece la ley, sin que sea suficiente cualquier otra circunstancia que dé lugar a una situación de urgencia;
- que no sea suficiente para resolver la situación la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia;
- que la emergencia sea apreciada por el órgano de contratación; y
- que la tramitación se limite a lo estrictamente indispensable en el ámbito objetivo y temporal para prevenir o remediar los daños derivados de esa situación.

A los anteriores requisitos este Tribunal ha de añadir uno más: que la causa de la emergencia no sea imputable al propio órgano de contratación, es decir, que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente».

Como consecuencia de la pandemia del Covid-19, el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, estableció la tramitación de emergencia para la contratación de todo tipo de bienes o servicios que precise la Administración General del Estado para la ejecución de cualesquiera medidas para hacer frente al COVID-19, previsión que posteriormente, en virtud de la modificación realizada por el Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, se extendió a todas las entidades del sector público.

Las singularidades del régimen jurídico de la contratación de emergencia durante la pandemia derivan no de la previsión de poder acudir a la misma, que ya está prevista con carácter general en la normativa

Por otro lado, otra singularidad que presenta la aplicación del principio de necesidad en la actividad contractual vinculada a la defensa es la elevación a la categoría de delito del incumplimiento contractual en situación de conflicto armado o estado de sitio cuando se vean afectados los intereses de la defensa nacional, que podrá ser sancionado con pena de uno a ocho años de prisión.[700] Como acertadamente señala POZO VILCHES, el bien jurídico protegido no es ni la hacienda militar ni el patrimonio militar, sino «la capacidad militar del Estado en momentos críticos para la paz y la estabilidad de la nación».[701]

Pero la aplicación del principio de necesidad y la salvaguarda del Estado, que permite modular y excepcionar la normativa ordinaria, no está exenta de límites, sino que

contractual sin necesidad de una previsión legal adicional, sino de las modulaciones que se introducen en relación con la ejecución del contrato, como son la posibilidad de reducir o eximir de garantías en el caso de que deban realizarse abonos a cuenta o la modificación del régimen de contratación en el extranjero, habilitando el pago total del precio de manera anticipada, estableciendo expresamente y frente al régimen general de garantías por parte del contratista que "el riesgo de quebranto que pudiera derivarse de estas operaciones será asumido por el Presupuesto del Estado".
Este régimen se ha mantenido durante el tiempo que se ha considerado necesario, hasta la derogación del citado precepto por Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

[700] Tal y como se recoge en el artículo 84 del vigente Código Penal Militar: «El particular o empresario que, en situación de conflicto armado o estado de sitio, habiendo contratado con la Administración Militar, incumpliere en su integridad las obligaciones contraídas o las cumpliere en condiciones defectuosas que desvirtúen o impidan la finalidad del contrato, cuando resulten afectados los intereses de la Defensa nacional, será castigado con la pena de uno a ocho años de prisión. Asimismo podrán imponerse las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal».

[701] POZO VILCHES, J., «El delito de incumplimiento contractual del Código Penal Militar», *Diario LA LEY*, nº 9718, de 19 de octubre de 2020.

deberán respetarse en todo caso los cauces establecidos en el texto constitucional[702], así como las exigencias de la normativa internacional[703].

En relación con los presupuestos y límites a los que debe estar sujeto, en todo caso, el estado de necesidad, ÁLVAREZ[704] diferencia entre los relativos a la efectiva existencia de una verdadera «situación de necesidad» (es decir, de un peligro para un fin comunitario esencial); y otros, referidos al propio contenido de la medida de necesidad. Siendo necesario, para la adecuada verificación de la necesidad de la medida y de los efectos de la misma, la existencia de mecanismos de control con participación de todos

[702] Aunque, atendiendo a la gravedad de las circunstancias, deban interpretarse de una manera flexible que permita la consecución última de esa función de salvaguarda. En este sentido, COTINO HUESO pone como ejemplo la actuación del Rey Juan Carlos I durante el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981: "Sin embargo, a mi juicio se trató del ejercicio de unas competencias no atribuidas constitucional ni legalmente pero no por ello un actuación inconstitucional del monarca. El Derecho no siempre aprehende todas las situaciones que pueden darse en la realidad, y esto es lo que sucedió en el caso del felizmente frustrado golpe de Estado de 1981. Y todo hay que decir que resulta muy extraño que las normas recojan una situación de excepcionalidad de este tipo, aunque se dan algunos supuestos cercanos en las constituciones europeas. Dado que los poderes competentes no eran capaces de adoptar las decisiones oportunas y a falta de una previsión expresa sobre el particular en la Constitución y las leyes, lo que rigió fue el principio de necesidad. El Rey asumió la dirección efectiva de las FAS, facultad que no le correspondía. No obstante, ello no supone que se tratase de una actuación inconstitucional, puesto el principio de necesidad apuntaba al monarca como el más legitimado para ejercer un mando efectivo de las FAS, en razón del artículo 62.h) CE. Esta constitucionalidad se confirma por el contenido efectivo de la función asumida por el monarca aquél histórico día, dado que la ejerció en el sentido exigido por la Constitución. La sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 1983, condenó a los militares implicados por desconocer las órdenes directas del Rey, realizadas éstas sin ningún tipo de refrendo. El Tribunal no puso en momento alguno en duda la admisibilidad constitucional de estas órdenes…." COTINO HUESO, L. *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*..op. cit, págs. 197 y 198.

[703] Dentro de estas normas internacionales, que conforman el Derecho Internacional Humanitario, se encontrarían el Reglamento de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; el Primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el Segundo Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; el Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I); y el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). Asimismo, pueden citarse otros tratados internacionales relativos a la producción, el empleo y el almacenamiento de determinadas armas, en la medida en que regulan la conducción de las hostilidades armadas e imponen limitaciones sobre el uso de determinadas armas, y a los que se ha hecho referencia en el Capítulo II: la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción; la Convención sobre Municiones en Racimo; la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción; la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción; la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados; y el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares.

[704] ÁLVAREZ GARCÍA, V. J., *El concepto de necesidad en derecho público*, Cívitas, Madrid, 1996.

los poderes del Estado: órganos políticos como el Parlamento, el mismo Gobierno y Administración, así como el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

En cuanto al primero de los presupuestos, y al objeto de apreciar la existencia de una auténtica situación de necesidad, el citado autor la diferencia de las situaciones de mera conveniencia señalando que «no habrá necesidad cuando la actuación de los Poderes Públicos persiga, no la realización de un fin esencial de la sociedad, sino la de un fin secundario de naturaleza no obligatoria». En este último supuesto, el móvil de actuación de los Poderes Públicos no es pues la necesidad, sino «razones de conveniencia, oportunidad e interés o propósitos estrictos de grupo político».

Asimismo, destaca como otro de los requisitos básicos para apreciar dicha situación de necesidad que el peligro o la amenaza del mismo debe ser real y efectiva, de lo contrario se trataría de un «auténtico fraude a la necesidad».

En cuanto al control del contenido de la medida específica adoptada como consecuencia de la previa existencia de esa situación de necesidad, el mismo vendrá determinado por el concepto de proporcionalidad entendido, como en nuestra doctrina y jurisprudencia, en un sentido amplio, integrado por tres principios jurídicos el de adecuación o idoneidad de la medida necesaria, el de la intervención menos lesiva y, en último lugar, el de proporcionalidad en sentido estricto[705].

De este modo, como señala ÁLVAREZ, la necesidad es variable porque sus componentes (peligro y finalidad) son esencialmente variables y, por tanto, sus efectos también tienen que serlo. Por ello, "El específico efecto derogatorio del Derecho positivo existente y el alcance del efecto adaptador/creador de Derecho derivado del principio de necesidad serán función directa de las específicas determinaciones fácticas y jurídicas

[705] En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero:
"En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo, F. 5; 55/1996, de 28 de marzo, FF. 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre, F. 4.e; 37/1998, de 17 de febrero, F. 8; 186/2000, de 10 de julio, F. 6).

presentes en el supuesto concreto. La extensión de estos efectos no es, ni puede ser, absolutamente ilimitada, sino que como mínimo debe ser proporcionada a la situación fáctica (a su gravedad y a su mayor o menor inminencia) y al objetivo a realizar o al fin a proteger. […] Y la valoración de la necesidad, su adecuación a la finalidad y su proporcionalidad debe quedar "sometido a una férrea fiscalización de órganos de control, ya sean políticos, ya administrativos o ya jurisdiccionales"».

Por lo tanto, la «necesidad» se configura como un concepto jurídico y fiscalizable en tanto que debe controlarse tanto la existencia de una necesidad cuanto ponerse de manifiesto y admitirse la finalidad o finalidades perseguidas con los efectos de la misma.

En este caso, en los supuestos más graves, cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes, deberá respetarse la regulación de las situaciones de excepcionalidad que se contienen en nuestra Constitución de 1978, que regula en el artículo 116 los aspectos básicos de los estados de alarma, excepción y sitio, remitiendo para su desarrollo a una ley orgánica[706], correspondiendo el control de constitucionalidad de la declaración de dichos estados, en cuanto actos con fuerza de ley que determinan la

[706] Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

legalidad excepcional que desplaza a la legalidad ordinaria en vigor[707], al Tribunal Constitucional[708].

[707] Así lo reconoció el Tribunal Constitucional incluso con los reales decretos por los que se declara o prorroga el estado de alarma, único de los tres estados que ha sido declarado tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, tal y como resulta de su Sentencia núm. 83/2016 de 28 abril (FJ. 10):«La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado, esto es, la concurrencia de alguna o algunas de las situaciones o "alteraciones graves de la normalidad" previstas en la LOEAES (art. 4) que pueden dar lugar a la proclamación del estado de emergencia, ni se limita tampoco a la mera la declaración de éste. La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la LOEAES, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado. Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar. Esta incidencia sobre la legislación vigente antes de la declaración del estado de alarma, incluidas las normas con rango de ley que pudieran verse afectadas, encuentra cobertura en el propio texto constitucional (art. 116.2 CE) y en la LOEAES (art. 6), que imponen como contenido necesario del decreto en el que se formaliza la decisión gubernamental de la declaración la determinación de "los efectos del estado de alarma", efectos que pueden implicar, como se dijo en el ATC 7/2012, " […] excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria […]" (FJ 4). Esto es, la propia Constitución y la ley reclamada por el art. 116.1 CE para desarrollar sus previsiones habilitan los efectos jurídicos que sobre la legislación en vigor antes de la declaración, incluidas las normas con rango de ley, tiene o puede tener la decisión gubernamental que, revistiendo la forma de decreto del Consejo de Ministros, proclama el estado de alarma. Así pues, aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma.
Por idénticas razones, no puede ser distinta la conclusión en relación con el rango o valor del decreto por el que se prorroga el estado de alarma. No obstante, en este caso, ha de resaltarse, además, la peculiaridad de que el decreto de prórroga constituye una formalización ad extra de la previa autorización del Congreso de los Diputados, esto es, su contenido es el autorizado por la Cámara, a quien corresponde autorizar la prórroga del estado de alarma y fijar su alcance, condiciones y términos, bien haciendo suyos los propuestos por el Gobierno en la solicitud de prórroga, bien estableciéndolos directamente. Al predicarse del acto de autorización parlamentaria, como ya se ha dejado constancia, la condición de decisión con rango o valor de ley (ATC 7/2012, FJ 4), idéntica condición ha de postularse, pese a la forma que reviste, de la decisión gubernamental de prórroga, que meramente se limita a formalizar y exteriorizar el acto parlamentario de autorización».

[708] Recientemente, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de determinados aspectos de la declaración del estado de alarma declarados para hacer frente a la pandemia del Covid-19. En su sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional, en una votación muy ajustada (seis votos a cinco), declaró la inconstitucionalidad de determinadas medidas adoptadas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19 (primer estado de alarma). En esta sentencia, si bien el Tribunal considera que las medidas excepcionales adoptadas para hacer frente a la gravedad y extensión de la pandemia sanitaria ocasionada por el COVID-19 eran medidas necesarias, idóneas y

II. 3. Principio de seguridad del suministro.

Otro de los principios básicos en el ámbito de las capacidades estratégicas[709] para la defensa nacional, es el derivado de la necesidad de garantizar la continuidad del suministro, al objeto de evitar situaciones de desabastecimiento, así como la agilidad del mismo, especialmente cuando sea necesario para salvaguardar una respuesta operacional, lo que conlleva que los países prefieran habitualmente que el suministrador esté radicado en su propio territorio o que la Administración asuma total o parcialmente la titularidad de las empresas dedicadas a su producción[710].

proporcionadas, cuestiona el instrumento jurídico utilizado para ello, al considerar que determinadas medidas implicaban una verdadera suspensión de los derechos fundamentales a circular libremente por todo el territorio nacional, a elegir libremente residencia (art. 19 CE) y del derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 21.1 CE) que exceden el alcance del estado de alarma, al estar solo prevista la suspensión de derechos en los supuestos de los estados de excepción y sitio (artículo 55.1. CE).
Posteriormente, en la Sentencia 183/2021 de 27 de octubre, el Pleno (por seis votos a cuatro), declaró la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (segundo estado de alarma) al establecer una duración del mismo de seis meses de manera no razonable o infundada, así como por la designación de las Comunidades Autónomas como autoridades competentes delegadas lo que contraviene lo dispuesto en la ley orgánica.

[709] De nuevo, la pandemia del Covid-19 ha servido de ejemplo de la importancia que tiene contar con un suministro adecuado. Como señala JOSEP BORRELL, Alto Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y Vicepresidente de la Comisión Europea, «En sí mismos, ni las mascarillas, ni los reactivos, ni los antibióticos son productos estratégicos. Sin embargo, cuando son producidos por un número muy reducido de países que son rivales estratégicos potenciales, se convierten en productos estratégicos».
BORREL, JOSEP, «Por qué es importante la autonomía estratégica europea», *Real Instituto Elcano*, 23 de diciembre de 2020, http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/5a3a48ee-c1fe-4230-bb5f-ae61bfcb3837/Borrell-Por-que-es-importante-la-autonomia-estrategica-europea.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5a3a48ee-c1fe-4230-bb5f-ae61bfcb3837 (Consultado el 4 de diciembre de 2021).

[710] No obstante, como señala MARTÍ SEMPERE, la garantía de este principio puede ser fuente de ineficencias que deben ser asumidas por el Estado: «La seguridad de suministro puede ser también una importante fuente de ineficiencias, cuando es necesario crear y mantener infraestructuras con un grado de ocupación bajo, que solo se activan frente a situaciones de emergencia que precisan de un suministro masivo, como por ejemplo talleres de producción, oficinas de diseño para modificar o adaptar productos en operación, o talleres de mantenimiento. La propiedad estatal de estas empresas tiene como objeto suplir algunas de las limitaciones que tienen los contratos incompletos de defensa y el comportamiento oportunista que hemos comentado. El poder que tiene la Administración en el consejo de administración permite arbitrar de forma económica la resolución de estas contingencias en un contrato a favor del Estado y en última instancia de la sociedad. No obstante, la propiedad pública puede ser un factor distorsionador cuando limita la competencia. Al ser la em - presa estatal la preferida en contratos de desarrollo y suministro frente a empresas rivales privadas o extranjeras, no tiene el riesgo de suspensión de pagos. Ambas características pueden favorecer que la empresa tenga más por objetivo el suministro del producto con las condiciones de calidad requeridas por las Fuerzas Armadas que mantener una adecuada disciplina en costes que le permita ser competitiva en el mercado».
MARTÍ SEMPERE, C., La industria de defensa. Principales características y eficiencia de un sector estratégico. *Economía industrial*, Nº 388, 2013 (Ejemplar dedicado a: PYME y emprendimiento innovador), pág. 177.

Los requisitos en materia de seguridad del suministro son aquellos que tienen como fin asegurar, durante todo el ciclo de vida, la ejecución de los contratos en cuanto a los requisitos técnicos, operativos y de calidad, el cumplimiento de los plazos y de las cantidades y el ritmo de las entregas fijadas, así como la disponibilidad del apoyo logístico necesario para la operación de los equipos, infraestructura y servicios, con especial incidencia en la conservación de la capacidad de mantenimiento y reparación[711].

La necesidad de garantizar la continuidad del suministro debe permitir al órgano de contratación exigir al adjudicatario la disponibilidad, durante todo el ciclo de vida, de todos los medios necesarios para la producción de piezas de repuesto, manteniendo un stock de seguridad adecuado[712], así como la creación o el mantenimiento de la capacidad necesaria para hacer frente a cualquier posible aumento de las necesidades como consecuencia de una situación de crisis.

Precisamente, la seguridad del abastecimiento se configura en la Directiva 2009/81/CE[713] como una de las singularidades de la contratación en el ámbito de la defensa[714], para lo cual se articulan medidas específicas tendentes a su garantía, al tiempo que se conmina a los Estados miembros a adoptar medidas concretas para mejorar la seguridad del suministro.

---

[711] La importancia de la continuidad del suministro ya fue puesta de manifiesto por SUN TZU:

«Por eso:
Un ejército sin pertrechos está perdido.
Sin vituallas está perdido.
Sin suministros está perdido».

SUN TZU, El arte de la guerra, EDAF, Madrid, 2005, p.192.

[712] En determinadas circunstancias, puede ser también necesario exigir al adjudicatario la adquisición de un «stock de transición» en los supuestos de cambio de contratista (adquisición de un porcentaje de las existencias de reserva del anterior contratista), de modo que se garantice el suministro del objeto del contrato mientras da inicio a la ejecución del contrato, evitando de este modo una situación de desabastecimiento que puede ser muy perjudicial para las Fuerzas Armadas y que puede afectar a su operatividad.

[713] 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

[714] Tal y como señala su Considerando 44 «La seguridad del abastecimiento puede implicar una gran variedad de exigencias, incluidas, por ejemplo, las normas internas de la empresa entre filial y matriz en relación con los derechos de propiedad intelectual o la prestación de capacidades críticas como el servicio, el mantenimiento y la revisión, con objeto de garantizar el apoyo de un equipo adquirido a lo largo de su ciclo de vida».

Partiendo del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, entre dichas medidas específicas se prevé, además del recurso al procedimiento restringido o al negociado con publicidad, la inclusión como condiciones de ejecución del contrato de requisitos tendentes a garantizar la seguridad del abastecimiento[715] y cuyo incumplimiento podrá dar lugar a una prohibición de contratar o su configuración como un criterio de adjudicación del contrato.

[715] Conforme al artículo 22 de la Ley 24/20, el órgano de contratación deberá especificar en la documentación del contrato las exigencias en materia de seguridad del suministro, a cuyo fin podrá exigir que la proposición u oferta económica incluye, entre otras cosas, lo siguiente:
a) El certificado o la documentación que acrediten que el licitador puede cumplir las obligaciones en materia de exportación, traslado y tránsito de mercancías vinculadas al contrato, incluida cualquier documentación suplementaria recibida del Estado o Estados miembros de la Unión Europea afectados.
b) La indicación de las restricciones existentes para el órgano de contratación relacionadas con la revelación, la transferencia o el uso de los productos y servicios o de cualquier resultado de esos productos y servicios, que resulte del control de las exportaciones o de las medidas de seguridad de obligado cumplimiento asociadas a los mismos.
c) El certificado o documentación acreditativos de que la organización y localización de la cadena de abastecimiento del candidato o licitador le permitirán cumplir con las exigencias del órgano de contratación en materia de seguridad del suministro que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
d) El compromiso de garantizar que los posibles cambios en su cadena de suministro durante la ejecución del contrato no afectarán negativamente al cumplimiento de esas exigencias.
e) El compromiso del candidato o licitador de crear o de mantener la capacidad necesaria para hacer frente a cualquier posible aumento de las necesidades del órgano de contratación como consecuencia de una situación de crisis, de conformidad con los términos y condiciones establecidos.
f) El compromiso del candidato o licitador de comunicar con la debida diligencia cualquier información o documentación complementaria recibida de sus autoridades nacionales que pudiera afectar al cumplimiento de las obligaciones del contrato así como a las generadas con motivo de cualquier aumento de las necesidades del órgano de contratación que pudiera producirse a raíz de una crisis.
g) El compromiso del candidato o licitador de llevar a cabo el mantenimiento, la modernización o las adaptaciones de los suministros objeto del contrato.
h) El compromiso del candidato o licitador de informar a tiempo al órgano de contratación de cualquier cambio que tenga lugar en su organización, en su cadena de abastecimiento o en su estrategia industrial que sea susceptible de afectar a sus obligaciones frente al órgano de contratación.
i) El compromiso del candidato o licitador de facilitar al órgano de contratación, de acuerdo con los términos y condiciones que se acuerden, todos los medios específicos necesarios para la producción de piezas de repuesto, componentes, conjuntos y equipos para pruebas especiales, incluidos los dibujos técnicos, las licencias y las instrucciones de uso, en el caso de que ya no fuera capaz de proporcionar este tipo de suministro.

No obstante, cuando los requisitos en materia de seguridad del abastecimiento sean de un grado de exigencia tal o tan relevantes para la soberanía nacional de modo que no puedan atenderse con las previsiones de la Directiva, podrán no aplicarse sus previsiones al amparo del artículo 346 del TFUE[716].

II.4. Principio de seguridad de la información.

Tal y como se ha analizado, los sistemas de armas, las plataformas y demás materiales desarrollados por la industria de defensa se caracterizan por su complejidad y alto valor tecnológico, siendo el producto de importantes inversiones destinadas a obtener una ventaja operativa, razón por la cual los Estados han de proteger la información relativa a los mismos, al tiempo que pretenden obtener dicha información de sus potenciales enemigos[717]. De este modo, las actividades de inteligencia y contrainteligencia adquieren una especial relevancia en el ámbito de la defensa[718].

[716] La necesidad de garantizar la continuidad del suministro es igualmente esencial cuando los bienes se adquieren en el mercado internacional, debiendo arbitrarse las medidas y garantías oportunas, tal y como pone de manifiesto la Declaración de principios para el desarrollo de la cooperación en materia de equipamiento e industria de defensa entre el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América y el Ministerio de Defensa del Reino de España, suscrita en el año 2002: « Cumplimiento de los Requisitos Nacionales de Defensa 1. Cada Participante requiere la garantía de que el otro Participante facilitará el suministro de material y servicios de defensa específicos necesarios para cumplir sus compromisos en materia de seguridad nacional y de política exterior. Los Participantes reconocen que esta garantía de suministro es tan importante para la industria como para los Gobiernos, si se quiere que la industria se adapte al proceso de globalización. 2. En consecuencia, los Participantes reconocen el potencial para cierto grado de interdependencia mutua de los suministros necesarios para la seguridad nacional. Con el fin de minimizar los riesgos asociados con este concepto, los Participantes explorarán soluciones para conseguir la garantía de suministro para ambos Participantes. Estas soluciones pueden incluir la obtención de garantías, algunas de las cuales pueden ser jurídicamente vinculantes, relativas al suministro de material y servicios de defensa, incluidos los datos técnicos. 3. Para reforzar aún más esta garantía, y teniendo debidamente en cuenta el derecho de los Gobiernos de los Participantes a controlar la difusión y utilización de información técnica, se estudiarán medidas que permitan al otro Participante, reconstituir, en circunstancias excepcionales, un suministro nacional de determinados material o servicios de defensa».
https://www.defensa.gob.es/agredwas/Galerias/documentacion/files/DGM-Declaracion-Princpios-EEUU.pdf (Consultado el 4 de diciembre de 2021).

[717] El Consejo de Seguridad Nacional recoge en su informe anual que el espionaje industrial de información clasificada en manos de las empresas que participan en programas del Ministerio de Defensa supone "una amenaza de primera magnitud" para España.
https://www.infodefensa.com/texto-diario/mostrar/3166359/seguridad-nacional-alerta-espionaje-empresas-defensa (Consultado el 4 de diciembre de 2021).

[718] Son muy numerosos los estudios que destacan la importancia de la inteligencia como factor clave en el ámbito de la defensa. Como señala SÁNCHEZ GAMBOA «La inteligencia produce conocimiento sobre el escenario de que se trate, sea el campo de batalla militar, el comercial o industrial, el político, o cualquiera que podamos imaginar, y sobre los actores de esos escenarios. Intenta descubrir las intenciones e

intereses de estos actores, su capacidad y motivación. Tiene que dar a conocer cómo interactúan estos con otros actores de diferentes escenarios y la dinámica de sus relaciones con los demás». SÁNCHEZ GAMBOA, J.A., «Ideas fundamentales sobre inteligencia» en *Monografías 148 Inteligencia. Un enfoque integral*, CESEDEN Ministerio de Defensa, Madrid, 2016 pág. 20.

Como en tantos otros aspectos, ya SUN TZU ponía de manifiesto la importancia de conocer al enemigo:

Por ello es por lo que si un soberano lúcido
Y un sabio general desean vencer al enemigo
Y adquirir méritos ante su pueblo:
Necesitarán disponer de un conocimiento previo de las cosas.

SUN TZU, El arte de la guerra, EDAF, 2005, p.243.

A este respecto, destaca PRIETO DEL VAL cómo desde la antigüedad, los decisores (Alejandro Magno, Julio Cesar, Federico el Grande, el duque de Marlborourgh, Wellington, George Washington, el mariscal Kleist, el general Mac Arthur, H. Norman Schwarzkopf,…) siempre han tratado de obtener información sobre el escenario donde se iba a desarrollar la batalla, del enemigo al que se oponían, sus intenciones, capacidades, disposiciones, vulnerabilidades y puntos fuertes. PRIETO DEL VAL, T. F. «La inteligencia militar, una constante histórica» Documento Opinión IEEE 79/2014 de 18 de julio de 2014

Asimismo, la importancia de la inteligencia como función conjunta se recoge en la Doctrina para el empleo de las FAS, en la que se cita en 35 ocasiones, y que incluye el conocimiento de las correspondientes capacidades:

> 5.2. INTELIGENCIA
> 536. La función conjunta Inteligencia está formada por una serie de actividades que permiten tener, de forma continua, coordinada y oportuna, una visión integral, apropiada y actualizada del entorno operativo. Esta función conjunta ayuda a identificar las condiciones requeridas para alcanzar los objetivos operacionales, a evitar efectos no deseados y a asesorar sobre el impacto que los adversarios y los actores, amigos y neutrales, pueden tener en el concepto de la operación del comandante.
> 537. Su finalidad es proporcionar una permanente posición de ventaja en la toma de decisiones, a través del conocimiento.
> 538. A nivel operacional, esta función conjunta integra todo tipo de medios y elementos de inteligencia, nacionales, civiles y de naciones aliadas para proporcionar productos de inteligencia al comandante operacional y a las demás funciones conjuntas y escalones de mando.
> 539. El ciclo de inteligencia es una secuencia iterativa, planeada y dirigida, en la que se obtiene información de todos los ámbitos de operaciones; se procesa para obtener la información relevante, se analiza y se produce inteligencia asociada al entorno operativo y a las capacidades, posibilidades y voluntades de todos aquellos elementos que se oponen o pueden dificultar nuestra acción; finalmente, se difunde y se integra con las operaciones, se valoran los resultados y se realimenta el ciclo.
> 540. La capacidad conjunta de Inteligencia, Vigilancia y Reconocimiento (JISR) es el conjunto integrado de capacidades de operaciones e inteligencia, que sincroniza e integra el planeamiento y empleo de los medios de obtención, con el tratamiento, explotación y difusión de la información resultante, en apoyo directo al planeamiento, preparación y ejecución de las operaciones.
> 541. La contrainteligencia (CI) es el conjunto de actividades destinadas a identificar y contrarrestar las amenazas provenientes de los servicios de inteligencia hostiles (SIH) y otras organizaciones o individuos involucrados en terrorismo, espionaje, sabotaje y subversión y crimen organizado (TESSCO). Por sus especiales características la contrainteligencia tiene su propio ciclo de planeamiento y ejecución y requiere de la máxima discreción.

Para la adecuada protección de la información más relevante del Estado cuyo conocimiento por personas no autorizadas puede poner en peligro la seguridad del Estado, las normas sobre secretos oficiales tienen por finalidad garantizar que los mismos únicamente puedan ser conocidos por aquellas personas que, por razón de su cometido, estén autorizadas para ello[719].

[719] Un interesante estudio sobre el equilibrio en las sociedades modernas entre el principio de publicidad de la actividad pública y la protección de los secretos oficiales se encuentra en MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F., «El control parlamentario de los secretos oficiales», *Revista de las Cortes Generales*. Nº 104, Segundo Cuatrimestre (2018): págs. 395 a 420. Como destaca el citado autor, «Desde Bentham hasta Habermas, pasando por Carl Schmitt, la defensa de la publicidad de la actuación de los poderes públicos ha formado parte del núcleo de principios basilares de la democracia parlamentaria. Sin embargo, tan cierto como lo anterior es que en todos los sistemas constitucionales, al margen de cuál sea la concreta definición de los regímenes políticos o de la tradición jurídica de la que provengan, existen excepciones a la regla general de publicidad, articuladas alrededor de un bien constitucionalmente protegido que se formula con diversas denominaciones, alrededor del concepto de seguridad colectiva y que alude a una dimensión del Estado íntimamente ligada a la propia supervivencia y protección de la organización política. Como demuestra el estudio de la Universidad de Copenhague, dirigido por Amanda Jacobsen, con el título "Seguridad Nacional y derecho a la información en Europa" la totalidad de los países incluidos en el estudio reconoce que existen límites al derecho de acceso a la información relacionados con la protección de la seguridad pública».
Asimismo, recoge en su estudio las nuevas amenazas que, para la adecuada protección de la información, han supuesto las nuevas tecnologías de la información y los retos a los que se enfrentan los Estados para alcanzar un adecuado equilibrio entre transparencia y publicidad de la acción pública y protección de los secretos oficiales: «Frente al contexto bélico o posbélico en que se aprueban muchas de las normas sobre secretos oficiales en el siglo XX, en las cuatro décadas que separan el asunto conocido como los "papeles del Pentágono"9 y la masiva filtración de documentos clasificados realizada por la página web "Wikileaks", es posible identificar cambios sociales, políticos y tecnológicos de enorme calado, entre los que destacamos los siguientes:
a) En primer lugar, en contraposición a la lógica de la guerra fría y del antagonismo entre países, la protección de la información clasificada se inscribe en un contexto mucho más amplio y difuso de amenazas a la seguridad pública, que incluye desde grupos terroristas internacionales, crimen organizado, cibercrimen o activismo virtual de diversa naturaleza.
b) En segundo término, la protección de la información clasificada debe desarrollarse en un contexto en el que la información y, por tanto, los datos, pueden considerarse el recurso más valioso de la nueva economía digital, susceptible de aprovechamientos, tanto lícitos como ilícitos, simplemente inimaginables hace apenas unos años.
c) En gran medida lo anterior es posible porque se ha generalizado no solo el acceso a la información sino la subordinación de toda clase de actividades humanas a redes de transmisión de datos. En ese torrente ininterrumpido de comunicaciones en que se ha convertido la vida contemporánea, se abren espacios antes desconocidos de divulgación planetaria de información de todo tipo y, por eso, se eleva exponencialmente la vulnerabilidad asociada a la difusión no autorizada de documentos clasificados10. Es significativo que en la primera mitad de 2017 se hubiesen filtrado ya más datos personales (1.900 millones) que en todo 2016 (1.370 millones) y que se estime que una media de 10.4 millones de datos personales se comprometen cada día diferentes de las propias del contexto bélico. La *Law Commission* británica asume, de este modo, que ese enfoque legal ha quedado obsoleto.
d) Asimismo, la dependencia de las tecnologías digitales, la exposición pública permanente de datos personales o la transformación del ciudadano en creador de contenidos informativos y no solo receptor pasivo de los mismos, han dado origen a un nuevo catálogo de derechos propios de la ciudadanía digital, llamados a un fecundo desarrollo en los próximos años, aunque todavía lleno de incógnitas, desde las nuevas manifestaciones del derecho a la protección de datos de carácter personal (como los derechos a la limitación del tratamiento o a la portabilidad, entre otros, creados por el Reglamento General de

En España, la normativa sobre secretos oficiales, y pese a que en los últimos años ha habido diferentes propuestas legislativas tendentes a su modificación[720], se encuentra todavía recogida en una norma preconstitucional, la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, actualizada para su adecuación al marco constitucional por la Ley 48/1978, de 7 de octubre. Esta normativa parte de un principio de publicidad de la actividad de los Órganos del Estado, con excepción de las materias que sean «clasificadas», pudiendo ser declaradas «materias clasificadas» los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado. Las «materias clasificadas» serán calificadas en las categorías de secreto y reservado en atención al grado de protección que requieran.

A este respecto y por lo que especialmente afecta al ámbito del presente estudio, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 otorga, con carácter genérico, la clasificación de RESERVADO a las investigaciones y desarrollos científicos o técnicos de carácter militar realizados por industrias militares o de interés para la defensa y la producción, adquisición, suministros y transportes de armamento, munición y material bélico[721].

Protección de Datos), la nueva construcción del derecho a la intimidad y a la privacidad, el derecho al olvido, el derecho a la desconexión digital o los derechos construidos sobre el concepto de *open data*.
e) En última instancia, la posición de la opinión pública sobre la justificación de los límites al acceso a la información y, consecuentemente, la aceptación de las materias excluidas del mandato general de transparencia a través de su clasificación como secretos oficiales está sufriendo importantes transformaciones, que se proyectan, muchas veces, en posiciones políticas y en decisiones judiciales. Así, la inicial asunción acrítica de tales límites, entendidos como exigencias derivadas de la protección de la seguridad y la consecuente censura de quienes ponían en peligro tales bienes colectivos con filtraciones irresponsables, ha evolucionado hacia una posición mucho más matizada que sostienen quienes recelan de los abusos en la clasificación de documentos por considerar que puede tratarse de una mera cobertura de actividades irregulares, ilícitas o inmorales e incluso quienes defienden el derecho de los ciudadanos a levantar el velo de la clasificación para conocer tales actividades irregulares o el debate, mucho más controvertido, sobre la protección de quienes forman parte de organismos con acceso a secretos oficiales y deciden utilizar dicha información para denunciar lo que consideran prácticas abusivas o ilegales (los llamados *whistleblowers*).

[720] https://elpais.com/espana/2021-04-05/el-gobierno-inicia-la-reforma-de-la-ley-franquista-de-secretos-oficiales.html (Consultado el 4 de diciembre de 2021).

[721] Acuerdo del Consejo de Ministros, de 28 de noviembre de 1986, por el que se clasifican determinados asuntos y materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales, ampliado por Acuerdos del Consejo de Ministros de 17 de marzo y 29 de julio de 1994:
El imperativo de proteger la seguridad y defensa del Estado, conlleva la necesidad de restringir aquella información que, por su importancia pudiera dar lugar a riesgo o perjuicio graves en el supuesto de ser divulgado o comunicada a persona no autorizadas.

Primero. Se otorga con carácter genérico, la clasificación de SECRETO a:
1. Las claves y material de cifra criptográfico.

Por consiguiente, la protección de la información clasificada aparece como una excepción al principio de transparencia de la acción pública y del derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública, tal y como expresamente se reconoce en el artículo 105.b) de la Constitución[722]:

«La ley regulará:

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas».

Consecuentemente con el mandato constitucional, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno regula la transparencia y el acceso a la información pública con la finalidad permitir a las personas conocer los mecanismos que intervienen en los procesos de toma de decisión por parte de los poderes públicos, así como la utilización que aquéllos hacen de los fondos

2. El despliegue de unidades y orden de batalla; el Centro de Conducción de Operaciones Estratégicas (CECOE) y, en general, todos los sistemas de mando, control y comunicaciones, incluidas las redes militares permanentes.
3. Las deliberaciones de la Junta de Defensa Nacional, de la Junta de Jefes de Estado Mayor, de los Consejos Superiores de los tres Ejércitos y de la Comisión Delegada del Gobierno para Situaciones de Crisis.
4. La estructura, organización, medios y procedimientos operativos específicos de los servicios de información, así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos puedan revelarlas.
5. Los estados de eficacia operativa y de moral de las Unidades.
6. Los informes y datos estadísticos sobre movimiento de fuerzas, buques o aeronaves militares.
7. Las actuaciones de seguridad de vuelo.
8. La adquisición y la dotación de equipos de comunicaciones que se efectúen para la Casa Real.

Segundo. Se otorga, con carácter genérico, la clasificación de RESERVADO a:
a) Los destinos de personal de carácter especial.
b) Los planes de seguridad de Instituciones y organismos públicos así como de las Unidades, Centros u Organismos de las Fuerzas Armadas y de los Centros de Producción de material de guerra.
c) Los planes de protección de todas aquellas personas sometidas a la misma, específicamente los de las autoridades y de los miembros de las Fuerzas Armadas.
d) Las investigaciones y desarrollos científicos o técnicos de carácter militar realizados por industrias militares o de interés para la defensa.
e) La producción, adquisición, suministros y transportes de armamento, munición y material bélico.
f) Las conceptuaciones, informes individuales y sanciones del personal militar.
g) Las plantillas de personal y de medios y de equipo de las Unidades.
http://www.madrid.org/archivos/images/AREA_PROFESIONAL/Legislacion_archivistica/EST_Acuerdo_Consejo_Ministros_SSOO_28-11-1986.pdf (Consultado el 4 de diciembre de 2021).

[722] Como recuerda COTINO HUESO, «Que el derecho de acceso a la información pública se ha conformado internacionalmente como un derecho fundamental, no hay duda. Que ello aún no se ha consolidado en Europa y especialmente en España, tampoco». COTINO HUESO, L., «El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental», Teoría y Realidad Constitucional, núm. 40, UNED. 2017, págs. 279 a 316.

presupuestarios, garantizándose así la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos mediante un mejor conocimiento de la acción del Estado. Y entre los límites al derecho de acceso establece, en primer término, la seguridad nacional y la defensa.

Por otro lado, en el ámbito específico de la contratación pública, la transparencia se configura como uno de los principios básicos de la normativa comunitaria, con la finalidad de garantizar el respeto de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad[723]. De ahí que, como reiteradamente ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el órgano de contratación deba respetar, en todas las fases el procedimiento de licitación, tanto el principio de igualdad de trato de los licitadores como el de transparencia[724] y que el principio de transparencia implica la obligación del órgano de contratación de hacer pública toda la información precisa referente al desarrollo de todo el procedimiento con la finalidad de garantizar que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades y proteger las legítimas expectativas de los licitadores seleccionados[725].

No obstante, la propia normativa comunitaria prevé excepciones a dicho principio, si bien de manera limitada, introduciendo un principio de confidencialidad tanto para proteger la información del propio licitador como la del poder adjudicador, tal y como se regula en el artículo 21 de la Directiva 2014/24/UE. En el primer supuesto, prevé que salvo disposición europea o nacional en contrario, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, como pueden ser los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

[723] Como recuerda MORENO «Entre los principios generales de la contratación pública sobresale por encima de todos los demás el principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación, que habrán de respetarse en todo caso y a lo largo del completo proceso selectivo. Pero junto al principio de igualdad y en íntima conexión con él se aplican en este ámbito los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, notablemente reforzados con la reciente introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación». MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo derecho de la contratación*… op. cit. pág. 17.

[724] Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 54, y sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T- 203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85.

[725] Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 2009, Centro Studi Manieri/Consejo, T-125/06, Rec. p. II-69, apartados 86 a 89.

En cuanto a la posibilidad de proteger la información del poder adjudicador, que es lo relevante a efectos del presente estudio, prevé que los poderes adjudicadores puedan imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación.

Siendo esa la previsión general, sin embargo, el propio legislador comunitario es consciente de que en el ámbito de la defensa, la necesidad de proteger la seguridad de la información presenta una mayor importancia, siendo esta una de las características que identifica, junto a la seguridad del suministro, como específica del sector de la defensa y la seguridad en la Directiva 2009/81/CE[726].

De este modo, además de considerar deseable[727] «un régimen a escala de la Unión relativo a la seguridad de la información, que incluyera el reconocimiento mutuo de las habilitaciones nacionales de seguridad y permitiera el intercambio de información clasificada entre las entidades y poderes adjudicadores y las empresas europeas»[728] la Directiva introduce peculiaridades en el régimen jurídico aplicable tendente a garantizar la seguridad de la información, de modo análogo al previsto para la seguridad del suministro. A estos efectos, además del recurso al procedimiento restringido o al negociado con publicidad, prevé la inclusión como condiciones de ejecución del contrato de requisitos tendentes a garantizar la seguridad de la información, incluyendo un compromiso tanto de los contratistas como de los subcontratistas de proteger la información clasificada contra el acceso no autorizado, pudiendo pedirles información suficiente sobre su capacidad para hacerlo[729], y cuyo incumplimiento podrá dar lugar a

[726] 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.

[727] Considerando 9.

[728] No obstante, como prevé el Considerando 68: «En ausencia de un régimen comunitario en materia de seguridad de la información, corresponde a las entidades o poderes adjudicadores o a los Estados miembros definir el nivel de capacidad técnica que se requiere en este ámbito para participar en un procedimiento de adjudicación, así como evaluar si los candidatos alcanzan el nivel de seguridad exigido. En muchos casos, los Estados miembros tienen acuerdos bilaterales de seguridad con normas sobre el reconocimiento mutuo de las habilitaciones nacionales de seguridad. Aun cuando existan acuerdos de este tipo, pueden verificarse las capacidades de los operadores económicos de otros Estados miembros en el ámbito de la seguridad de la información; dicha verificación debe realizarse de conformidad con los principios de no discriminación, igualdad de trato y proporcionalidad».

[729] Estos requisitos se recogen en el artículo 21 de la Ley 24/2011:
«Artículo 21. Seguridad de la información.

una prohibición de contratar, o su configuración como un criterio de adjudicación del contrato.

Asimismo, se contempla la posibilidad de excluir de los anuncios de la licitación así como de la publicidad de la adjudicación aquella información cuya divulgación pueda sea contraria al interés público, en particular a los intereses de la defensa y la seguridad.

Todo ello sin perjuicio de que en los supuestos en los que los contratos sean tan confidenciales y/o importantes para la soberanía nacional que incluso las previsiones de la Directiva no sean suficientes para una adecuada protección de la información cuya divulgación se considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad, y al amparo del artículo 346 del TFUE, pueda no aplicarse la normativa comunitaria, poniendo como ejemplo el supuesto de que los contratos sean de carácter tan sensible que incluso su existencia deba mantenerse en secreto[730].

1. El órgano de contratación especificará de forma resumida en el anuncio de licitación y, detalladamente en la documentación del contrato, las medidas y exigencias necesarias para garantizar la seguridad de la información al nivel requerido.
2. Asimismo, el órgano de contratación deberá incluir la exigencia a los candidatos o licitadores de estar en posesión de las correspondientes habilitaciones en materia de seguridad de empresa y, en su caso, de establecimiento, de conformidad en todo caso con el grado de clasificación de la información.
Los requisitos a que se refiere el párrafo anterior serán aplicables a todos los subcontratistas, en cualquier nivel de la cadena de subcontratación, que vayan a tener acceso a información clasificada y se requerirá la aprobación expresa y por escrito del órgano de contratación previa a la subcontratación, quien podrá solicitar del adjudicatario o en su caso del licitador o candidato certificación de que el subcontratista con el que se pretende iniciar la negociación dispone de las habilitaciones necesarias para acceder, almacenar o manejar la información clasificada relativa al subcontrato.
3. El órgano de contratación podrá exigir que la proposición incluya, entre otras cosas, lo siguiente:
a) El compromiso del licitador y de los subcontratistas que en ese momento ya estuvieran identificados de salvaguardar adecuadamente la confidencialidad de toda la información clasificada que posean o que llegue a su conocimiento a lo largo de la duración del contrato y después de su terminación, de conformidad con las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas pertinentes;
b) El compromiso del licitador de imponer la obligación descrita en la letra a) anterior a los subcontratistas que queden identificados con posterioridad a la presentación de la proposición u oferta económica y con los que contrate a lo largo de la ejecución del contrato correspondiente;
c) Información suficiente sobre los subcontratistas ya identificados que permita al órgano de contratación determinar si cada uno de ellos posee la capacidad necesaria para salvaguardar adecuadamente la confidencialidad de la información clasificada a la que tengan acceso o que vayan a generar con motivo de la realización de sus actividades de subcontratación;
d) El compromiso del licitador de presentar la información requerida en la letra c) anterior sobre los nuevos subcontratistas antes de subcontratar con éstos.
4. Lo dispuesto en los apartados anteriores del presente artículo no impedirá el reconocimiento por parte de los órganos de contratación de las habilitaciones equivalentes expedidas por otros Estados miembros de la Unión Europea; y ello sin perjuicio de la posibilidad de llevar a cabo las investigaciones que se consideren necesarias».

[730] Considerandos 16 y 20.

Por otro lado, en todos los contratos públicos que supongan el uso de información clasificada[731] o requieran el acceso a la misma, el órgano de contratación deberá exigir a la empresa estar en posesión de las habilitaciones correspondientes en materia de seguridad de empresa o de establecimiento o equivalentes de acuerdo con el grado de clasificación de la información[732], habilitación que, asimismo, habrá de concederse a los miembros del Tribunal para la tramitación y resolución de los recursos que hagan referencia a información clasificada.

Como puede observarse, las características de los programas de defensa conllevan la exigencia de un alto grado de confidencialidad en el manejo de la información asociada a los mismos, de ahí que para poder participar en los correspondientes contratos en los que se maneje información clasificada grado «confidencial» o equivalente o superior,[733]

---

[731] Conforme a la disposición adicional primera de la Ley 24/2011, se entiende por «Información» todo conocimiento que pueda ser comunicado, presentado o almacenado en cualquier forma y por «Información clasificada» cualquier información o materia, independientemente de su forma, naturaleza o modo de transmisión, al que se haya atribuido un nivel de clasificación de seguridad o un nivel de protección y que, en interés de la seguridad nacional y de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas vigentes en el Estado, requiera protección contra toda apropiación indebida, destrucción, eliminación, divulgación, pérdida o acceso por cualquier persona no autorizada, o contra cualquier otro riesgo.

[732] La disposición adicional quinta de la Ley 24/2011 establece normas específicas dirigidas a garantizar la seguridad de la información:

«Disposición adicional quinta. Normas relativas a la seguridad de la información.

1. Cuando se trate de contratos públicos que supongan el uso de información clasificada o requieran el acceso a la misma, deberá tenerse en cuenta lo establecido en las disposiciones reglamentarias que dicte la Autoridad Nacional de Seguridad para la Seguridad de la Información Clasificada originada por las partes del Tratado del Atlántico Norte, por la Unión Europea y por la Unión Europea Occidental.

Con independencia de ello, el órgano de contratación deberá tener establecido un órgano de control que será el responsable de la información clasificada a la que el primero pueda tener acceso. Este órgano de control deberá garantizar una adecuada protección de la información clasificada que tenga a su cargo y de la que sea responsable, y velará por el cumplimiento de la normativa de protección de la información clasificada de la Autoridad Nacional para la Seguridad a que se refiere el párrafo anterior.

2. La acreditación por el candidato o licitador de que dispone de la habilitación correspondiente se realizará por la Autoridad Delegada para la Seguridad de la Información Clasificada designada por Orden PRE/2130/2009, de 31 de julio, que designa la Autoridad Delegada para la Seguridad de la Información Clasificada originada por las partes del Tratado del Atlántico Norte, por la Unión Europea y por la Unión Europea Occidental o norma que la sustituya, a solicitud del órgano de contratación. Esta última verificará el grado de la habilitación de seguridad de empresa o, en su caso, de la habilitación de seguridad de establecimiento de que dispone el candidato o licitador. Dicha acreditación deberá realizarse con anterioridad al momento en que sea necesario tener acceso a la información clasificada y, en todo caso, con anterioridad a la adjudicación del contrato.

3. En el caso de candidatos o licitadores no nacionales, le corresponderá a la Autoridad Delegada para la Seguridad de la Información Clasificada a que se refiere el apartado anterior de este artículo reconocer, al amparo de la normativa internacional vigente, las habilitaciones expedidas por otros Estados, así como certificar al órgano de contratación dicha circunstancia».

[733] Si el grado máximo de la Información Clasificada a tratar es «difusión limitada» o equivalente, no tendrá que solicitar una Habilitación de Seguridad de Empresa (HSEM), pero deberá estar dado de alta en el registro de empresas autorizadas para el manejo de dicha información, según el documento

independientemente del procedimiento o la normativa contractual aplicable, se exija estar en posesión de las correspondientes habilitaciones de seguridad del grado adecuado a la información que vaya a manejar, que en España son las siguientes:

a) la Habilitación de Seguridad de Empresa (HSEM), de la que deberá disponer todo contratista que pretenda participar en cualquier contrato, programa o proyecto clasificado de grado «confidencial» o equivalente o superior. La misma se configura como el reconocimiento formal de la capacidad y fiabilidad de un contratista para generar y acceder a Información Clasificada hasta un determinado grado, sin que pueda manejarla o almacenarla en sus propias instalaciones.

b) Habilitación de Seguridad de Establecimiento (HSES), de la que se deberá disponer si además han de almacenar información clasificada en sus instalaciones. Se trata del reconocimiento formal de la capacidad y fiabilidad de un contratista poseedor de una HSEM para manejar y almacenar Información Clasificada hasta un determinado grado en aquellas de sus propias instalaciones habilitadas al efecto.

c) Habilitación Personal de Seguridad (HPS), que deberán obtener todas todas aquellas personas de las empresas que tengan necesidad de acceder a información clasificada de programas, proyectos o contratos clasificados del Ministerio de Defensa. Es el reconocimiento formal de la fiabilidad de una persona para tener acceso a Información Clasificada, en el ámbito o ámbitos y grado máximo autorizado, que se indiquen expresamente, al haber superado el oportuno proceso de acreditación de seguridad y haber sido adecuadamente concienciado en el compromiso de reserva que adquiere y en las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento.[734]

«Orientaciones para la participación de empresas en actividades y contratos de grado Difusión Limitada o equivalente».
https://www.cni.es/comun/recursos/descargas/DOCUMENTO_14_-_Orientaciones_manejo_DL.pdf (Consultado el 5 de diciembre de 2021).

[734] Además de las normas y documentos elaborados por el Centro Nacional de Inteligencia en cuanto Autoridad Nacional para la Protección de Información Clasificada, el Ministerio de Defensa cuenta con normas específicas en materia de Seguridad de la Información. La Orden Ministerial 76/2006, de 19 de mayo, por la que se aprueba la Política de Seguridad de la Información del Ministerio de Defensa, establece los principios generales de la seguridad de la información del Ministerio de Defensa y designa como Director de Seguridad de la Información del Ministerio de Defensa (DSIDEF) al Secretario de Estado de Defensa, encomendándole que vele por el cumplimiento de la Política de Seguridad y defina la estructura funcional de la seguridad de la información, incluyendo en esta última el Servicio de Protección

II.5. Principio de cooperación.

Como complemento del principio de soberanía aparece el principio de cooperación o colaboración entre países, que parte de una realidad fáctica derivada del elevado importe del armamento y el material de defensa, y que se ha visto intensificado en las últimas décadas como consecuencia del incremento de costes derivados del alto contenido tecnológico y la complejidad de los sistemas de armas actuales.

De este modo, debido a los altos costes y las restricciones presupuestarias, prácticamente ningún país europeo puede afrontar la adquisición o el desarrollo de toda la gama de armamentos necesarios para asegurar su defensa ni sostener su propia base tecnológica e industrial de la defensa con sus propios presupuestos, por lo que, ante el

---

de Materias Clasificadas, siendo responsable, para todo el Ministerio de Defensa, de la protección de la información clasificada del Departamento. Por su parte, la Instrucción 41/2010, de 7 de julio, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueban las normas para la aplicación de la Política de Seguridad de la Información del Ministerio de Defensa, designa al Director General de Armamento y Material (DIGAM) como responsable del Área de Seguridad de la Información en poder de las Empresas, asignándole, entre otras, las funciones de elaborar y mantener la normativa, planes, programas y procedimientos relativos a seguridad de la información en poder de las Empresas.

Tras la publicación de la Ley 24/2011 de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de defensa y seguridad y para la adecuación a la misma se aprobó la Orden DEF/2524/2012, de 8 de noviembre, por la que se adecúan las normas y medidas de seguridad de la información del Ministerio de Defensa en poder de las empresas, estableciendo que la Secretaría de Estado de Defensa procederá al desarrollo de las normas de la «Seguridad de la Información en poder de las empresas», adecuadas a la Ley 24/2011, de 1 de agosto y a la Orden Ministerial 76/2006, de 19 de mayo. En cumplimiento de este mandato, se aprobó la Instrucción 52/2013, de 17 de junio, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueban las Normas para la Seguridad de la Información del Ministerio de Defensa en poder de las empresas. En desarrollo de dicha Instrucción, la Resolución 320/14546 /2013, de 23 de septiembre, del Director General de Armamento y Material, por la que se aprueban los procedimientos para la implementación de la Instrucción 52/2013, de 17 de junio, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueban las normas para la seguridad de la información del Ministerio de defensa en poder de las empresas establece los procedimientos relativos a:

Obtención, modificación del grado, suspensión o retirada de la Habilitación de Seguridad de Empresa (HSEM) y, en su caso, la Habilitación de Seguridad de Establecimiento (HSES) necesarias para que las empresas puedan participar en los contratos en los que se maneje información clasificada. Estas habilitaciones son las exigidas por la Ley 24/2001, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

Obtención de la Habilitación Personal de Seguridad (HPS), por parte de todas aquellas personas de las empresas que tengan necesidad de acceder a información clasificada de Programas Proyectos o Contratos Clasificados del MINISDEF.

Apertura y cierre del/los Órgano/s de Control que deben disponer las empresas para el manejo de la información clasificada.

Tratamiento de la información clasificada (acceso, distribución, reproducción, traducción, destrucción, etc.).

Comunicación y autorización de visitas en las que se vaya a acceder a información clasificada, así como los planes de transporte que afecten a este tipo de información.

Acreditación de los sistemas CIS con los que las empresas vayan a manejar información clasificada.

riesgo de pérdida de capacidades tecnológicas e industriales asociadas al equipamiento de la defensa, se acude a la cooperación entre países, directamente o a través de las organizaciones internacionales de seguridad y defensa. La importancia de esta cooperación es reconocida por la Directiva 2009/81/CE, que excluye estos supuestos de su ámbito de aplicación, justificándolo en su Considerando 28 en los siguientes términos:

> «(28)Los Estados miembros suelen llevar a cabo programas de cooperación para desarrollar conjuntamente nuevos equipos de defensa. Estos programas son especialmente importantes, ya que contribuyen a desarrollar nuevas tecnologías y a soportar los elevados costes de investigación y desarrollo de complejos sistemas armamentísticos. Algunos de estos programas son gestionados por organizaciones internacionales, a saber, la Organización Conjunta de Cooperación en materia de Armamento (OCCAR) y la OTAN (a través de agencias específicas), o por agencias de la Unión Europea como la Agencia Europea de Defensa, que a continuación adjudican los contratos en nombre de los Estados miembros. La presente Directiva no debe aplicarse a dichos contratos. Para otros programas de cooperación semejantes, los contratos son adjudicados por las entidades o poderes adjudicadores de un Estado miembro también en nombre de uno o más Estados miembros. En estos casos, tampoco debe aplicarse la presente Directiva».

En este marco de colaboración se encuadran los programas cooperativos desarrollados por países de la Unión Europea y que son especialmente importantes, ya que contribuyen a desarrollar nuevas tecnologías y a soportar los elevados costes de investigación y desarrollo de complejos sistemas armamentísticos. Estos programas están excluidos de la aplicación de las Directivas comunitarias y se rigen por sus acuerdos específicos, que se basan en el reparto de la carga de trabajo entre los socios participantes y en el concepto de «justo retorno», por el que cada país recibe carga de trabajo en función de lo que aporta al programa.

Asimismo, esta cooperación puede desarrollarse a través de la participación en organizaciones internacionales, bien mediante la creación de una nueva persona jurídica internacional mediante la vía de un Tratado Internacional, como en el caso de la OCCAR o bien mediante el recurso a la creación, por una organización internacional ya existente, de un organismo subsidiario que se beneficia de la preexistente personalidad jurídica de la organización, como es el caso de las organizaciones y las agencias de la OTAN. En estos casos, si bien es frecuente aplicar los principios generales de la contratación pública

tales como la igualdad de oportunidades, la transparencia, la libertad de acceso, la rendición de cuentas y la cooperación empresarial, también se recogen modulaciones y excepciones a los mismos.

En el momento actual, se observa una potenciación de los programas de cooperación a nivel europeo, dado el impulso de la Cooperación estructurada permanente y el Fondo Europeo de Defensa, en cuya articulación están llamadas a desarrollar un importante papel, además de la Comisión Europea, la EDA y la OCCAR, tal y como se ha visto en el Capítulo II. No obstante, pese al peso que está adquiriendo en esta materia la Comisión Europea, el principio de colaboración no puede desligarse del de soberanía, por lo que la participación en estos programas debe articularse de forma voluntaria para los Estados y que esa voluntariedad sea real, de manera que se respete y no se coarte su capacidad de decisión por motivos meramente económicos desligados de su voluntad de mantener aquellas capacidades militares que han sido consideradas esenciales para su Defensa Nacional. Tal y como se ha analizado en el Capítulo II, la participación en estos programas presenta innegables ventajas, pero también supone un riesgo de pérdida o disolución de capacidades nacionales frente a aquellos países que cuentan con un mayor presupuesto de inversión e industrias más competitivas. Por ello, el reto de los próximos años consistirá en buscar el adecuado equilibrio entre soberanía y capacidades nacionales propias y el desarrollo de programas conjuntos que permitan la consolidación de una Base Tecnológica e Industrial europea del que todos los países puedan salir beneficiados, a la espera de ver si se producen nuevos avances en la integración de las políticas de defensa en la Unión Europea y la búsqueda de la pretendida autonomía estratégica europea.

II.6. Principio de control reforzado.

La aplicación de los principios específicos de la contratación en el sector de la defensa supone introducir modulaciones o exclusiones al régimen general de la contratación administrativa. Estas modulaciones pueden afectar a diferentes ámbitos, derivados de las peculiaridades propias del objeto de estos contratos, caracterizados por su alto valor tecnológico y complejidad, que dificulta la redacción de los pliegos de prescripciones técnicas y la adecuada estimación del precio y del plazo de ejecución, exige introducir requisitos específicos de seguridad de la información y del suministro, y

dificulta la fijación de los criterios de adjudicación. Asimismo, dado su carácter innovador, es muy frecuente la necesidad de modificar los contratos durante su ejecución por circunstancias no previstas.

No obstante, la principal consecuencia de la aplicación de estos principios resulta en la exclusión de la normativa comunitaria, pudiéndose acudir a formas colaborativas o, en los supuestos más importantes que afecten a las capacidades consideradas estratégicas, adjudicar directamente el contrato a empresas nacionales siempre que concurran los requisitos del artículo 346 del TFUE.

En todo caso, la posibilidad de excepcionar la normativa contractual comunitaria no exime a estos contratos de la obligación de cumplir con los principios básicos del ordenamiento jurídico español y de estar sometidos a importantes controles administrativos, jurisdiccionales e, incluso, constitucionales.

De este modo, estos contratos deberán cumplir, en todo caso, además de con el principio de legalidad, con los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE) y de objetividad en el servicio de los intereses públicos (artículo 103 CE).

Asimismo, hay que citar aquellas medidas específicas que igualmente pretenden velar por la integridad en la contratación en el ámbito de la defensa, habiéndose aprobado recientemente la Instrucción 23/2020, de 4 de junio, del Secretario de Estado de Defensa por la que se aprueba el código ético y de conducta del personal relacionado con la función compras en el Ministerio de Defensa, debiéndose tener en cuenta que el incumplimiento del deber de integridad encuentra su reproche en el Código Penal Militar[735], que como analiza detalladamente POZO VILCHES[736], sanciona a quien se aprovecha de su condición de militar para intervenir (si tiene facultades) o inmiscuirse (si no tiene facultades) en una relación contractual de la Administración, o en cualquier otra operación de contenido económico con la finalidad de obtener un provecho para él o para

[735] Artículo 83 de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar: El militar que, prevaliéndose de su condición, se procurase intereses en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración militar o cometiese el delito previsto en el artículo 441 del Código Penal, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión, pudiendo imponerse, además la pena de pérdida de empleo.

[736] POZO VILCHES, J. «Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar», *Diario LA LEY*, nº 9877, de 23 de junio de 2021.

un tercero, siendo un delito de mera actividad que no requiere la concurrencia de un resultado.

Además, existen mecanismos específicos de control interno, incluyendo la creación del Grupo de Evaluación de Costes, además del control externo desarrollado por la Intervención General de la Administración del Estado y por el Tribunal de Cuentas. Asimismo, en cuanto actividad administrativa, está sujeta al control por parte de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Y en los supuestos más graves que requieran la declaración de algunos de los estados previstos en el artículo 116 de la Constitución, estará sometido, además de al correspondiente control parlamentario, a fiscalización por el Tribunal Constitucional.

.

CAPÍTULO SEXTO

EL CONTRATO GOBIERNO A GOBIERNO COMO SUPUESTO ESPECIAL DERIVADO DE LAS NECESIDADES ESPECÍFICAS DE CONTRATACIÓN EN MATERIA DE DEFENSA

I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS DE UN TIPO CONTRACTUAL.

I.1. Antecedentes en España.

La normativa española solo contemplaba la intervención del Gobierno (Ministerio de Defensa) como parte vendedora en la enajenación de material 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*)[737]. 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»[738].

No obstante, el Ministerio de Defensa ha venido prestando apoyo a las exportaciones directas de material de defensa mediante la suscripción de los

[737] 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.

[738] 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.

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

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[739]), reducción que afectaba notablemente a la capacidad del Ministerio de Defensa de impulsar nuevos programas de adquisición 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

[739] 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, pág. 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.

materiales y equipo de defensa de calidad apoyados en complejos programas de mantenimiento, formación, entrenamiento operacional conjunto con otros ejércitos, etc.

I.2. Las razones de la introducción del nuevo tipo contractual: la 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 el año 2012, se atravesaba una situación en la que, por un lado, estaba 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 había 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 había 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,[740] y se recogieron en la Directiva de Defensa Nacional 2012[741], 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[742], regulando la

[740] 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). (Consultado el 14 de octubre de 2017).

[741] *"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):

«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 especifidad observan garantías mayores con el respaldo de Estado a Estado».

742 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

figura del contrato Gobierno a Gobierno[743] 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»[744]. 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».[745]

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. De ahí que el primer Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Española[746], 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

---

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.

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

[744] 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» y «Las especifidades 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».

[745] Estrategia Industrial de Defensa EID-2015, pág.44.
http://www.defensa.gob.es/Galerias/dgamdocs/estrategia-industrial-defensa-2015.pdf. (Consultado el 24 de septiembre de 2017).

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

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».

De lo expuesto hasta ahora, se pueden extraer ya algunas de las ventajas que podrían derivarse de la regulación de la intervención del Gobierno de España como intermediario o mandatario en los contratos Gobierno a Gobierno:

1.- Existen gobiernos extranjeros que por sus características culturales e institucionales prefieren relacionarse con gobiernos a la hora de adquirir sistemas de defensa en lugar de establecer relaciones mercantiles directamente con las empresas suministradoras. Esta intermediación proporciona seguridad jurídica a la relación que se establece, dado que el régimen legal que se va a aplicar a estos contratos es el mismo que se aplica en el ámbito nacional, con todas las garantías que ello supone.

2.- Dentro de los objetivos del Ministerio de Defensa se encuentra el apoyo institucional a la industria nacional para la exportación de material de defensa, por lo que dicha regulación del contrato Gobierno a Gobierno posibilita que el Gobierno español apoye a la industria española en la venta de material de defensa a gobiernos extranjeros.

3.- La exportación de productos de defensa fabricados por empresas españolas a otros países genera importantes efectos económicos para España y favorece directamente a nuestras empresas y a las Fuerzas Armadas.

4.- Las exportaciones de material de defensa contribuyen muy eficazmente a la defensa y seguridad de los países aliados y refuerza el papel de España en su política exterior.

En este sentido, hay que destacar que otros países de nuestro entorno (por ejemplo, Francia o Reino Unido) ya aplican esta figura. Por ello, la ausencia de regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico ha supuesto una desventaja competitiva para nuestra base industrial y tecnológica, la cual se ha visto obligada a competir en el mercado internacional en desigualdad de condiciones contra otras ofertas procedentes de bases industriales extranjeras que gozaban de un respaldo mucho más proactivo y eficaz ofrecido por sus Gobiernos de origen.

II- EL CONTRATO GOBIERNO A GOBIERNO EN LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO Y EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA. ESPECIAL REFERENCIA AL FMS AMERICANO.

II.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.)[747] 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[748].

[747] HUERTA BARAJAS, J. A., «El artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa», en PARDO GARCÍA VALDECASAS, J.J. *La contratación y el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la UE, Documento de Trabajo 2/2017,* CESEDEN, Madrid, 2017, pág. 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».*

[748] 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

En los EEUU existen dos procedimientos diferenciados (aunque compatibles) para la compra de productos y servicios de carácter militar: el "*U.S. Goverment´s Foreign Military Sales Program" (FMS) y el "Direct Commercial Sales*" (DCS)[749].

II.1.A 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*

la cooperación conjunta para el desarrollo y explotación de cierto material y su posterior comercialización, en el que participan varios países, incluido España.

[749] En DCS, el país extranjero adquiere directamente los bienes o servicios de la empresa sin intervención directa del Gobierno de EEUU, aunque sujeto a su supervisión y a la normativa regulatoria correspondiente. En estos casos, su fundamento se encuentra igualmente en la necesidad de atender a la defensa nacional y a la política exterior, y en la medida en que ambos sistemas contribuyen a mejorar la interoperabilidad con sus aliados, se contemplan como sistemas complementarios y no en competencia.
Existen razones que pueden justificar el acudir al DCS, ya que existe un mayor margen de negociación con el contratista (tipo de contrato, financiación, responsabilidades, jurisdicción competente, seguros, propiedad intelectual, etc) y puede pactarse un precio cerrado. Aunque tiene el inconveniente de que el Estado extranjero asuma la responsabilidad en materia contractual, administración, aseguramiento de la calidad y auditoría, y el contratista el riesgo de la falta de pago. Por el contrario, el FMS puede proporcionar otras ventajas, no solo desde el punto de vista de la gestión, sino también derivados de la implicación de las Fuerzas Armadas Americanas, lo que garantiza el cumplimiento de los mismos requisitos de calidad que exigen para sus bienes y servicios, el acceso a entrenamientos conjuntos, la posibilidad de aceptar el "*total package approach*", el incremento de la interoperabilidad e incluso un coste menor si los bienes y servicios se adquieren conjuntamente para ambos países. Asimismo, pueden existir ventas híbridas (*Hybrid Sales*) en los que determinados bienes y servicios se adquieran por FMS y otros por DCS.
Hay que destacar que al igual que existen bienes que solo pueden adquirirse por FMS (*FMS Only List*), si se trata de bienes no incluidos en dicha lista el contratista puede solicitar a la DSCA una "*DCS Preference*" (para cuya concesión se tienen en cuenta factores como el tipo de artículo o servicio, el país destinatario, o el modo de financiación, especialmente si se financia con el *Military Assitance Program* (MAP) o con fondos FMS). La DCSP tiene validez por un año, por lo que si en ese plazo el país extranjero quiere realizar una petición vía FMS, deberá acreditar que la relación comercial ha terminado y cuáles han sido las causas.
Si el comprador quiere obtener información tanto FMS como comercial, debe solicitar una excepción (*request for exception*) a DSCA. Si ha obtenido la información FMS y luego decide requerir información comercial deberá cancelar primero la *letter of request*. Si ya se le hubiera remitido la LOA, en la misma se debe advertir que puede ser retirada si solicita información comercial. Si el FMS se solicita después de haber pedido información a los contratistas, deberá acreditarse que las relaciones comerciales han cesado.
En todo caso, el DCS queda sometido a la normativa de control comercial de los EEUU (especialmente en materia de exportación, debiendo obtener la correspondiente licencia de exportación) y de lucha contra la corrupción y el fraude.

(FAA)[750] y *The Arms Export Control Act* (AECA)[751] 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 común»[752]. Como recuerda DEREK GILMAN (*General Counsel Defense Security Cooperation Agency*) en su artículo "*Foreign Military Sales*"[753], 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 la 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[754]). 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.[755]

---

[750] https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title22/html/USCODE-2010-title22-chap32-subchapII.htm. (Consultado el 16 de septiembre de 2017).

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

[752] De este modo, forma parte de la Política de Asistencia a la Seguridad de Estados Unidos, que la sección 502B de la *Foreign Assistance Act* de 1961 define como «el conjunto de actividades de asistencia militar, de apoyo económico, formación y adiestramiento militar y de pacificación tendentes al aseguramiento de los intereses americanos en el exterior».

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

[754] http://www.dsca.mil. (Consultado el 16 de septiembre de 2017).

[755] Estas circunstancias son las siguientes:

Países en vías de desarrollo que realizan inversiones excesivas en Defensa que interfieren con su desarrollo (bien con dinero procedente de la ayuda al desarrollo o con sus propios recursos).

Países que apoyan o dan soporte al terrorismo internacional o a países que apoyan al terrorismo internacional.

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[756]), 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*

Países comunistas.
Países que tengan deudas con ciudadanos de los EEUU, una vez agotados los cauces legales para su reclamación.
Países que han expropiado, nacionalizado, incautado propiedades de los EEUU o impuesto tasas discriminatorias, o iniciado la anulación de acuerdos con ciudadanos o empresas americanas sin la debida compensación.
Países que incumplen gravemente los compromisos asumidos para el uso de los bienes o servicios suministrados por los EEUU.
Se retrasan en el pago de cualquier préstamo concedido conforme al FAA por más de 6 meses.
Países grandes productores de drogas ilícitas o de tráfico de drogas que no adopten las medidas necesarias para evitar la producción o el tráfico de drogas que se introducen en los EEUU (la asistencia se reduce al 50%).
Países que entregan o reciben uranio enriquecido o equipo de reprocesamiento, material o tecnología sin ser parte del Acuerdo con la Agencia Internacional de la Energía Atómica, o que transfieren un dispositivo nuclear a un país in arma nuclear.
Falta de pago de cualquier asistencia o préstamo por un plazo superior a 12 meses.
Países que prohíben o establecen restricciones al transporte o entrega de la ayuda humanitaria.
Supuesto de ruptura de relaciones diplomáticas (por cualquiera de los dos Estados).
Realizan actos continuos de intimidación o acoso contra ciudadanos americanos.
Que no persiguen ni adoptan medidas contra el tráfico de seres humanos.
Reclutan o usan niños soldados.
Excluyen la participación de americanos en el suministro de material o servicios de Defensa por razón de raza, religión, lugar de nacimiento o sexo.
Golpe de estado militar.
Graves violaciones de los Derechos Humanos.

[756] Para la concesión de licencias de exportación o la aprobación de ventas conforme a la AECA o para la asistencia militar conforme a la FAA se deben tener en cuenta si:
-contribuyen a la carrera armamentística.
-incrementan la posibilidad de estallido o escalada de un conflicto.
-perjudican el desarrollo de los acuerdos bilaterales o multilaterales de control de armas.
Por otro lado, todo comprador o arrendador debe asumir una serie de compromisos para que pueda realizarse la entrega:
- Que no va a transferir el título ni la posesión del material de Defensa, el entrenamiento u otros servicios ningún otro país sin el consentimiento previo del Departamento de Estado de EEUU.
- Que va a hacer un uso conforme al acuerdo por el que se le ha transferido (dentro de los usos permitidos se encuentran los de seguridad interna, legítima defensa, prevenir o dificultar la proliferación de armas de destrucción masiva, participar en acuerdos regionales o colectivos conformes a la Carta de Naciones Unidas o requeridos por la ONU).
Asimismo, hay que tener en cuenta que la regla general es que la venta sólo se hará a aquellos compradores que estén integrados en el sistema de Defensa Nacional del país, bajo la dirección y control del correspondiente Ministerio de Defensa. En otro caso, se requerirá autorización expresa previa de la DSCA y del Departamento de Estado.

(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 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[757] (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.).

II.1.B. 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

[757] Además, se tienen en cuenta:
Las relaciones político-militares con el país, atendiendo a la situación geopolítica y a las relaciones en materia de seguridad en un contexto globalizado.
Si se trata de un sistema o servicio complejo, en el que el FMS garantice un mejor conocimiento y uso de la tecnología, su interoperabilidad con las Fuerzas Armadas Americanas, su complejidad para su integración con otros sistemas de combate, el acceso a la información clasificada, etc.

apariencia inicial y que cumplan los requisitos de uso de las Fuerzas Armadas Americanas. Asimismo, se admite la producción combinada de las unidades del país comprador con las propias americanas, quedando el material sometido a las especificaciones militares fijadas por los Estados Unidos, lo que permite obtener economías de escala. 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.

Los artículos y equipos que pueden adquirirse están clasificados del siguiente modo:

a) SME – «*Significant Military Equipment*». Artículos a los que se les ha establecido controles especiales a la exportación debido a su capacidad o uso militar. Dentro de los SME se encuentran los grandes equipos de defensa (MDE).
b) MDE – «*Major Defense Equipment*». Artículos incluidos en la Lista de Municionamiento de los Estados Unidos que tienen un coste no recurrente de investigación y desarrollo superior a 50 millones de dólares o un coste total de producción superior a 200 millones de dólares[758].
c) EDA – *«Excess Defense Articles»*. Artículos excedentes o fuera de uso, que pueden adquirirse en su estado de configuración y operatividad *(«as is»)* o restaurados.
d) Non-SME – Resto de artículos de la Lista de Municionamiento de los Estados Unidos. Entre estos se encuentran los repuestos, reparables, publicaciones, equipo de apoyo, modificaciones menores, servicios de asistencia técnica, adiestramiento, etc.

[758] Los MDE se clasifican a su vez en trece categorías:
- Cat. I Armas de fuego: rifles, ametralladoras,…
- Cat II Cañones y armamento: piezas de artillería, obuses,…
- Cat III Munición: cartuchos desde 20 hasta 120mm, proyectiles,…
- Cat IV Misiles, cohetes, lanzadores, torpedos, minas,…
- Cat V Carburantes, explosivos y agentes incendiarios
- Cat VI Buques de guerra y equipos navales espaciales
- Cat VII Carros de combate y vehículos militares
- Cat VIII Aeronaves, naves espaciales, equipamiento asociado, helicópteros, motores de aviación, etc.
- Cat IX Equipo de entrenamiento militar
- Cat X Equipo de protección personal
- Cat XI Electrónica militar y espacial: sistemas de información, radios, sonares,…
- Cat XII Direcciones de tiro, guiado óptico, equipos de control y guiado, radares, visión nocturna,…
- Cat XIII Equipo militar auxiliar

b) Siempre deben ofrecerse al comprador otros servicios que garantizan 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*).

Entre otros, los servicios más significativos son:

a) Formación y adiestramiento (*«Training»*). Se puede contratar formación y adiestramiento conjuntamente con la adquisición de MDE, o como parte del apoyo que se adquiere subsiguientemente a una compra.
b) Otros programas de entrenamiento. A través del FMS se ofrece la posibilidad de recibir otros tipos de entrenamiento, como por ejemplo: entrenamiento de tropas para respuesta a crisis humanitarias y de mantenimiento de la paz, entrenamiento de pilotos, control internacional de narcóticos y aplicación de la ley, limpieza de campos de minas y su gestión, actividades anti-terroristas, entrenamiento de campo, *«on-the-job training»*, etc.
c) Diseño y construcción. Los servicios de diseño y construcción pueden proporcionarse a través de FMS como parte de una adquisición mayor que los incluya, o independientemente.
d) Servicios de ingeniería proporcionados por el Gobierno. El país comprador puede solicitar expresamente estos servicios, o los mismos pueden ser necesarios en la adquisición, como por ejemplo para producción, gestión de configuración o fiabilidad.
e) Transferencia de tecnología. La transferencia de tecnología puede producirse cuando se cumple con la política de transferencia de tecnología establecida por el Departamento de Defensa (DoD) de Estados Unidos. El Paquete de Datos Técnicos (TDP – «*Technical Data Package*») se adapta al nivel de transferencia de tecnología que se apruebe[759].

[759] Normalmente la transferencia de información asociada a una adquisición está limitada a la necesaria para el entrenamiento en operaciones y mantenimiento básicos, estando excluida el resto. Hay dos niveles subsiguientes de transferencia, que se corresponden con la información técnica necesaria para entrenamiento en apoyo al mantenimiento intermedio y de nivel industrial, y con la información técnica necesaria para diseño, desarrollo y fabricación. En estos dos casos la aprobación previa de la transferencia es necesaria.

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.

II.1.C. Proceso de gestión.

Desde el punto de vista del proceso de gestión del FMS, el mismo es objeto de una regulación detallada que, no obstante, permite una gran flexibilidad para adaptarse a las circunstancias del caso concreto y a las peticiones del país comprador, siendo 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[760].

Partiendo del principio de «sin coste ni 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 «sin coste ni 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

[760] Existen tres tipos de LOA, adaptados a cada caso: suministro de materiales y sistemas, en el que el suministro es cerrado (*"Defined Order")*; suministro de repuestos, publicaciones técnicas, adiestramiento, asistencia técnica, etc., de carácter abierto (*"Blanketo Order")*; y el previsto para el apoyo logístico de carácter cooperativo, previsto para dar apoyo continuado por parte del DoD al material adquirido (*"Cooperative Logistics Supply Support arrangement"*, CLSSA).

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. En cuanto a la resolución de conflictos, queda limitada al acuerdo entre las partes sin la posibilidad de someterlo al enjuiciamiento de tribunales internacionales ni a terceros de otro tipo.[761]

[761] Un estudio más detallado del contenido de la LOA lo encontramos en SANABRIA LUENGO, M., *La contratación exterior del Ministerio de Defensa*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2006, págs. 30 a 38: «Como se afirmó anteriormente el documento denominado LOA, constituye el verdadero contrato del suministro, constando de siete partes fundamentales, a saber: Obligaciones del Gobierno USA. Obligaciones del Gobierno comprador. Indemnizaciones y asunción de riesgos. Entregas de material. Términos y condiciones financieras. Garantías. Resolución de controversias.

— Obligaciones del vendedor

El Gobierno vendedor se obliga mediante dicho documento a hacer todo lo posible para poner a disposición del comprador el material solicitado en la cuantía inicialmente acordada. Es decir, éste cumple con la realización de todas las actividades necesarias para la realización del suministro, con independencia de que se lleve a cabo o no. Además, en la misma cláusula, el citado Gobierno vendedor se reserva el derecho a rescindir el contrato en cualquier momento, sin que el comprador tenga derecho a resarcimiento alguno, si concurren razones de seguridad nacional que aconsejen la citada resolución.

Como se puede apreciar las obligaciones del Gobierno Norteamericano son un tanto limitadas, lo que resulta lógico si se tiene en cuenta que el objetivo final es armar a terceros países.

— Obligaciones del comprador:

Aparte de la lógica obligación del pago del precio en los plazos acordados, existen otras relativas a la utilización del material así como las que afectan al derecho de propiedad de los suministros. En primer lugar, el comprador se compromete a utilizar los artículos adquiridos para los fines acordados en la LOA, que en realidad se podrían denominar «fines impuestos».

Del mismo modo, el comprador se compromete a utilizarlos para los fines que figuren en cualquier tratado bilateral de asistencia de cualquier tipo distinto del anterior.

En este sentido, esta parte estará obligada a mantener las medidas de seguridad que prescriba el Gobierno USA, en cuanto al material declarado como secreto, siendo totalmente responsable de cualquier incumplimiento que se produzca a este respecto.

Las penalidades por el incumplimiento de estas obligaciones pueden suponer el cese de la contratación con dicho Gobierno de manera definitiva.

Como se puede apreciar, el derecho de propiedad de los suministros está limitado y sometido a un control posterior durante la vida útil de los mismos.

Dentro del capítulo de las obligaciones básicas que asume el comprador, destaca particularmente la imposición de la obligación que recae sobre éste de indemnizar al Gobierno Norteamericano por cualquiera de los daños causados por los siguientes motivos:

Daños o perjuicios que causen a cualquier material del DOD, con independencia de la concurrencia de culpa o negligencia por parte del comprador.

Es decir, que si en el proceso de adquisición y puesta a disposición del comprador de cualquier bien objeto del contrato, el Gobierno Norteamericano causare daños a un tercero o a sí mismo, responderá de los mismos el comprador.

Esta cláusula que se puede considerar inicialmente como abusiva, es justificada por parte del DOD toda vez que el programa de ventas al extranjero del citado Gobierno tiene por objeto facilitar a las naciones amigas determinados bienes en el ámbito de la cooperación en materia de seguridad y en principio sin interés comercial alguno.

— Garantías

Las garantías a las que nos vamos a referir en este apartado, son aquellas que forman parte de la adquisición del material en cuestión, exigibles al fabricante. Así pues en general, se entiende que el DOD, exigirá en nombre del Estado comprador el cumplimiento de dichas garantías siempre y cuando no sea él

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 «sin coste ni 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.

---

mismo el fabricante. Cualquier coste que surja como consecuencia de esta exigencia será a costa del Estado comprador.

Es decir, la garantía es exigida por el DOD al fabricante y en caso de que coincida éste con el primero, no existirán. No obstante la función que cumplen estas garantías coincide plenamente con la determinada para la garantía definitiva en la contratación nominada, es decir tiene una naturaleza de pena convencional, cuyo objeto consiste en la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del contrato.

No obstante cabe destacar, en cuanto a la prestación de garantías se refiere, la obligación por parte del Estado comprador de la prestación de las mismas en el momento de la firma del documento LOA que como se señaló anteriormente se puede decir que es el verdadero contrato. Es decir se invierte la posición de la Administración pues es a ella a la que le corresponde la garantía del pago del contrato, participando éstas de la naturaleza de arras penitenciales en el sentido recogido en el artículo 1454 de nuestro CC, además de constituir un pago parcial del contrato en cuestión.

— Resolución de conflictos

De acuerdo con el contenido general de estos contratos, el Estado comprador se compromete a dirimir cualquier conflicto que surja en cuanto a la interpretación del contrato, únicamente entre las partes sin posibilidad de someterlo al enjuiciamiento de Tribunales internacionales ni a terceros de otro tipo.

d) Finalizado el suministro, se entre 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.

II.1.D. 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[762].

II.2. Otros países. Especial referencia a Francia y Suecia.

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

762 Por otro lado, existen otros mecanismos de apoyo por parte de EEUU. Así, puede contribuir a la financiación de los productos que se adquiere, vía FMS, ya que si bien lo normal es que los fondos para el FMS sean aportados por el país extranjero, existen existen otros mecanismos de financiación:- *Foreign Military Financing* (Fondos que el Congreso destina a determinados países, especialmente a Israel y Egipto), o bien a través de ventas a crédito *(Credit sales*) o facilitando garantías (*grants*).
Asimismo, existen otros programas asociados con FMS:
- Arrendamientos de material de defensa procedente del stock de las Fuerzas Armadas por un periodo de tiempo determinado (por lo general, no superior a 5 años). Debe responder a razones de política exterior o seguridad nacional y no ser necesarios para su uso durante ese periodo, y debe valorarse la incidencia que puede tener en la industria de defensa, especialmente si puede reducir la venta de nuevo equipamiento al arrendador.
- Venta de material excedente: se vende o cede gratuitamente en el estado en que se encuentre a aquellos países que hayan sido seleccionados.
- Building Partner Capacity Programs: (BPC) Se ejecutan conforme al proceso FMS pero no son supuestos FMS, y se financian con fondos del Gobierno de EEUU. Van destinados a suministrar equipo o servicios de defensa que contribuyan a mejorar las capacidades de un estado aliado para la lucha contra el terrorismo, grupos insurgentes o el tráfico de drogas, o para apoyar operaciones desarrolladas por los EEUU.
-Special Defense Acquisition Fund (SDAF): Fondo destinado a financiar la adquisición anticipada de equipo y servicios de defensa que posteriormente serán vendidos a gobiernos extranjeros u organizaciones internacionales por el proceso FMS.

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[763] o de los cazas *Grippen E* a Brasil por parte de Suecia[764]. 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.

II.2.A. Francia.

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, que estuvo desarrollando su actividad hasta 2018[765]. Esta empresa, ODAS, creada en el año 2008 en el marco del desarrollo de negocio con Arabia Saudi, estaba integrada tanto por el Gobierno francés como por las principales empresas de la industria de defensa francesa. Tal y como se destacaba en su página web[766], la compañía gestionaba tanto contratos Gobierno a Gobierno como contratos comerciales, lo que permitía disponer de las ventajas del sistema FMS pero sin las desventajas, especialmente presupuestarias, derivadas de los Tratados Comunitarios. De este modo combinaba 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.

---

763 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).

764 https://ecodiario.eleconomista.es/politica-eAm/noticias/5580592/02/14/Suecia-se-compromete-a-prestarle-cazas-a-Brasil-mientras-entrega-los-Grippen.html (Consultado el 6 de noviembre de 2021).

765 https://www.reuters.com/article/us-france-saudi-defence-idUSKBN1HF0DN (Consultado el 6 de noviembre de 2025).

766 http://www.odas.fr/en/our-dna. Consultado el 4 de febrero de 2018. Dicha página ha desaparecido con posterioridad.

En cuanto al procedimiento, seguía 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 fuera necesario, y encargándose igualmente de las cuestiones relativas a las autorizaciones de exportación, transporte y despacho de aduanas. Tal y como se resumía 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 detallaba, se basaba 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 pueda aportar numerosas ventajas desde el punto de vista contractual[767].

A partir de 2018, Francia ha articulado un sistema Gobierno a Gobierno similar al español, desarrollado a raíz de una colaboración estratégica con el Ministerio de Defensa belga en el campo de la movilidad terrestre y que incluye la adquisición de 442 vehículos blindados a Nexter por valor de 1.500 M€.[768]

En virtud del acuerdo entre gobiernos, el Estado cliente confía un mandato al Estado francés para que en su nombre y por cuenta suya celebre un contrato público para la adquisición de material de defensa de un proveedor industrial determinado, quedando dicho contrato público sujeto a la legislación francesa y respetando el derecho de la Unión Europea, siendo la empresa la única responsable en relación con los resultados y las garantías del suministro.

Estos contratos se encuadran en un marco más amplio de colaboración estratégica de gran alcance entre ambos países, que no se limita únicamente al suministro de los sistemas. De este modo, el elemento central es el Acuerdo entre Gobiernos referente a

[767] Esta opción no ha sido asumida por el legislador español, quizás por los problemas que este tipo de empresas han planteado en España http://www.europapress.es/nacional/noticia-autorizada-disolucion-liquidacion-defex-empresa-publica-investigada-corrupcion-20170922162224.html. (Consultado el 4 de febrero de 2018).
No obstante, podría valorarse en una futura reforma del sistema, dadas las innegables ventajas que de la misma se derivan.

[768] https://www.infodefensa.com/texto-diario/mostrar/3128009/belgica-formaliza-compra-francia-442-blindados-plan-scorpion (Consultado el 6 de noviembre de 2021).

dicha colaboración estratégica[769] que define los objetivos de cooperación en los aspectos operacionales y de armamento y los compromisos de las partes, que se desarrolla por un protocolo de suministro en el que se especifican las cuestiones técnicas y administrativas que deberán tenerse en cuenta en la suscripción del contrato público por parte de Francia, como mandataria, con la empresa elegida.

En cuanto al objeto, abarca todo tipo de material de defensa producido por la industria nacional francesa así como, al encuadrarse dentro de una cooperación estratégica a largo plazo, otros aspectos como la adopción de una doctrina común, formación y entrenamiento conjunto o apoyo mutuo en el mantenimiento.

En el ámbito financiero, se diferencian dos circuitos distintos, una para la relación vertical (contrato con la empresa) y otro para la relación horizontal entre gobiernos (apoyos del Gobierno Francés a través de la DGA) con cuentas bancarias diferentes.

II.2.B. Suecia.

En Suecia, los acuerdos Gobierno a Gobierno se configuran como un medio para establecer relaciones de cooperación a largo plazo entre países, siempre que sea de interés para las Fuerzas Armadas suecas, sin limitarse al suministro de material, ya que dado su carácter estratégico incluye otros aspectos como la investigación la cooperación en la operación de los sistemas, formación y entrenamiento, apoyo técnico, mantenimiento, transferencia de tecnología, etc. No existe una regulación específica, existiendo una amplia flexibilidad para adaptarse a las circunstancias del caso concreto, correspondiendo a la Agencia Sueca para Armamento y Material (*The Swedish Defence Materiel Administration,* FMV), previa autorización por la Agencia Sueca para la No-Proliferación y Control de Exportaciones (*National Inspectorate of Strategic Products*, ISP) la negociación de los acuerdos, así como su suscripción previa autorización por el Gabinete de Gobierno.

[769] En el caso de Bélgica, se trata de un acuerdo de cooperación en el ámbito de la movilidad terrestre (CaMo). https://www.defense.gouv.fr/dga/actualite/partenariat-strategique-entre-la-belgique-et-la-france-dans-le-domaine-de-la-mobilite-terrestre-camo-tenue-de-la-1re-reunion-du-comite-directeur-a-paris (Consultado el 6 de noviembre de 2021)

Asimismo, al responder a supuestos de cooperación a largo plazo, se admite la posibilidad de establecer acuerdos Gobierno a Gobierno que contemplen el leasing o el préstamo de material como parte del mismo.

Desde la perspectiva financiera, se articula a través de la apertura de una cuenta por el país comprador, donde se van depositando los fondos necesarios para hacer frente a los pagos y a la que se repercuten los costes acordados por ambos países en el acuerdo.

III.- NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO GOBIERNO A GOBIERNO.

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[770], 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 dos aspectos. Por un lado, su conformación como un contrato internacional, y por otro, su caracterización como un contrato de mandato, atendiendo a las características y al régimen jurídico aplicable a este tipo contractual.

[770] 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».

III.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.[771]

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

[771] 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.

compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico, 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 una tratado ni un acuerdo administrativo (que requeriría de un tratado anterior) al no celebrarse por sujetos de Derecho Internacional[772] (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).

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.[773]

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»[774]) con obligaciones jurídicamente exigibles, como veremos posteriormente.

[772] DIEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público,* Madrid, Editorial Tecnos 14ª edición, 2003, pág.240. Entendiendo por sujeto de Derecho Internacional: «el titular de derechos y obligaciones conferidos por normas jurídicas internacionales».

[773] Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley. (página 16).

[774] DIEZ-PICAZO, LUIS *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 estacar 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[775] y más extensamente el 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 (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[776]). Dicho derecho interno podrá ser tanto el de uno de los dos Estados contratantes como el de un tercer Estado.

III.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[777] y su régimen jurídico se contiene en Título IX del Libro

[775] 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».

[776] Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V)

[777] CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Tomo IV: Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias,* Madrid, Editorial Reus, 1995, pág. 533. Destaca el profesor Castán, que la palabra mandato tendría su origen etimológico en el término romano «manus datio», lo que

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).

pondría de manifiesto que «este contrato tuvo su origen en la amistad y se simboliza por el hecho de darse la mano mandante y mandatario». Asimismo, siguiendo al ilustre civilista, y con el objeto de diferenciar este contrato del arrendamiento de servicios o de obra, puede definirse como «el contrato por el que una persona se obliga a realizar, por cuenta o encargo de otra, actos o servicios relativos a la gestión de uno o varios asuntos, con retribución o sin ella».

Por otro lado, en cuanto al alcance del mandato respecto de los negocios del mandante, el artículo 1712 del Código Civil diferencia entre el mandato general, que comprende todos los negocios del mandante, y el mandato especial, referido a uno o más negocios determinados. Como señala DÍEZ PICAZO[778], distinto de este supuesto es el artículo 1713[779], que contempla no sólo los asuntos sometidos por voluntad de las partes a encargo del mandante, sino la forma de haber concebido el encargo y el mandato, lo que supone que la declaración de voluntad requiere la aplicación de criterios interpretativos, debiendo dominar la voluntad de las partes que haya quedado debidamente expresada.

Como veremos, en el contrato Gobierno a Gobierno y dada la intensa regulación del mismo, se trata de un mandato representativo y especial, que comprende únicamente los servicios que, dentro del marco legalmente establecido, se incluyan en el acuerdo, para lo que el Gobierno español, en cuanto mandatario, dispondrá de las facultades que expresamente se le asignen en virtud de lo acordado por las partes, sin que pueda configurarse en términos generales.

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 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).

[778] DIEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV: Las particulares relaciones obligatorias*. Pamplona, Civitas 2010, p. 474.

[779] Artículo 1713:«El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso. La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores».

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[780], lo que tendrá especial incidencia a la hora de apreciar un posible incumplimiento[781] .

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).
- 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).

[780] DIEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV: Las particulares relaciones obligatorias*. Pamplona, Civitas 2010, pág. 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»

[781] *Ibídem* pág. 493*:* «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».

- 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 el 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 sufriere 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).

IV.- RÉGIMEN JURÍDICO.

A diferencia de lo que ocurre en otros países, en los que apenas existe normativa sustantiva que regule la figura del contrato Gobierno a Gobierno, el legislador español ha optado por regular la misma de manera minuciosa, trasluciendo dicha regulación la preocupación del mismo tendente a evitar que de esta novedosa figura pudieran derivarse compromisos o responsabilidades que pudieran afectar a las arcas públicas.

De este modo, y sin perjuicio de otras normas que resultan igualmente aplicables y a las que posteriormente se hará referencia, el régimen jurídico aplicable al contrato Gobierno a Gobierno aparece exhaustivamente recogido en las siguientes normas jurídicas:

- Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, en su Título II, «Del apoyo a la exportación de material de defensa por el 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 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.

Asimismo, para la correcta aplicación de dicho régimen jurídico y la resolución de las dudas que el mismo pueda suscitar, se aprobó la 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.[782]

El contenido de dicha regulación será objeto de estudio en los epígrafes posteriores, por lo que en este momento nos interesa centrarnos en la relación existente entre el régimen jurídico aplicable al contrato Gobierno a Gobierno conforme a las citadas normas y la aplicación de la normativa sobre contratación pública europea.

IV.1. 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.

IV.1.A. El contrato Gobierno a Gobierno. La interpretación de las Comisión Europea sobre la exclusión del 13 f de la Directiva 2009/81/CE.

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:

[782] Boletín Oficial del Ministerio de Defensa del 22 de enero de 2016.

«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.

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]» [783] 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».[784]

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

[784] http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15408/attachments/1/translations/. Consultado el 14 de enero de 2018.

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.

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.

a) 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.

b) 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.

IV.1.B. 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»[785], el objetivo que justifica la exención es únicamente la protección de los intereses de seguridad de un Estado miembro. Otros

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

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, 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 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.

V.- ELEMENTOS DEL CONTRATO GOBIERNO A GOBIERNO.

V.1.- Elementos personales.

Tal y como hemos visto, en el denominado contrato Gobierno a Gobierno se celebra entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero.

Por el Gobierno de España, la Ley 12/2012 identifica como órgano competente al Ministerio de Defensa. Conforme al artículo 2 del Real Decreto 33/2014, el impulso y la negociación de los términos del contrato corresponde a la Secretaría de Estado de Defensa, a través de la Dirección General de Armamento y Material, que 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 2.2.a. de la Orden DEF/503/2015). Los contratos entre Gobiernos serán suscritos por el Ministro de Defensa o por la persona en quien éste delegue, en representación del Gobierno de España.

En cuanto al Gobierno extranjero, deberá estarse a sus normas internas que establezcan las correspondientes competencias.

V.2.- Elementos reales.

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.

V.3.- Elementos formales.

En el ámbito civil, no se exige formalidad alguna para conferir el mandato ni para aceptarlo, admitiéndose incluso el mandato tácito[786], al ser el mandato un contrato consensual que se perfecciona por el mero consentimiento sin que se exija ninguna forma como forma esencial o como requisito de validez del mandato. Incluso en el mandato representativo, únicamente deberá constar en documento público en los casos tasados del artículo 1280.5º del Código Civil.[787]

Por el contrario, la contratación pública se rige por un principio formalista que exige con carácter general que la contratación se realice por escrito[788]. De este modo, tanto el contrato entre gobierno como el contrato a suscribir por el Gobierno español con la industria deberán formalizarse por escrito, con el contenido detallado que se regula en su normativa específica.

[786] Artículo 1710 del Código Civil: «El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra. La aceptación puede ser también expresa o tácita, deducida esta última de los actos del mandatario».

[787] «El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y de cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero».

[788] El carácter formal de la contratación del sector público se recoge expresamente en el artículo 37 de la 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.

VI.- CONTENIDO.

Para el análisis del contenido de este contrato, es necesario diferenciar entre la relación horizontal establecida entre Gobiernos y la relación vertical entre el Gobierno de España y la empresa suministradora.

VI.1. Relación Horizontal: El Contrato entre Gobiernos.

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, se mantiene la característica natural de la gratuidad del mandato, articulada sobre la base del principio de «sin coste ni beneficio».

b) En segundo 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.

VI.1.A. Principio de «sin coste ni 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[789] 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.

a) 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 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 «sin coste ni 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.[790]

[789] 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».

[790] 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».

a.1. 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.
- 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.

a.2. 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)[791] .

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.

[791] 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).

b) 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[792], 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

[792] 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),págs. 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.

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)

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.

c) 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):[793]

- 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.

[793] 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), págs. 13 y 14.

- 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.

d) 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 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 hiciere 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.

VI.1.B. 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) No consideración del Ministerio de Defensa como exportador.

La transmisión de responsabilidades y riegos 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 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) Exigencia del control económico financiero.

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).

VI.1.C. 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).

VI.1.D. 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.

VI.1.E. 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.

VI.2. 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.

VI.2.A. 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».

VI.2.B. 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 […]»

VI.2.C. 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 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.

VI.2.D. 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).

VI.2.E. 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) como consecuencia del 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[794], 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

[794] MARCEL FONTAINE, FILIP DE . *La redacción de contratos internacionales*. Pamplona, Civitas, 2013 págs. 393 y ss.

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 detallen 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.

VII. PROPUESTAS DE MEJORA

Pese a la urgencia que hubo en la introducción, en nuestro ordenamiento jurídico, de la figura del contrato Gobierno a Gobierno, realizándose por medio de un Real Decreto

Ley, casi diez 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 MOU, como era lo tradicional

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 y facilitar, en la medida de lo posible, la suscripción de dichos contratos, para lo que se proponen las líneas de actuación que se indica a continuación.

VII.1. Potenciación del carácter estratégico de la contratación entre Gobiernos, configurándolos como una cuestión de Estado y una vía para establecer relaciones duraderas de cooperación con otros países.

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.

Asimismo, tanto en Francia como en Suecia los acuerdos Gobierno a Gobierno se autorizan bajo marcos de colaboración estratégica, que van más allá del apoyo a la industria de defensa y a través de los cuales se busca establecer vínculos y relaciones de cooperación a largo plazo con otros países. Sin embargo, la regulación española, si bien contempla como una variable a valorar para la suscripción de los contratos entre Gobiernos «la existencia de acuerdos internacionales vigentes con dicho Gobierno extranjero y las relaciones de ambos países en los ámbitos de armamento y material»[795] no los configura como parte de una política global, sino que ha procedido a su normación de una manera sectorial y que 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. De este modo, el necesario apoyo a la industria de defensa, como medida de mantenimiento de las propias capacidades nacionales vinculadas a la propia soberanía nacional, se debería abordar desde un ámbito estratégico y desde una perspectiva integral que involucre a todos los poderes del Estado.

VII.2. Simplificación del régimen jurídico aplicable al contrato Gobierno a Gobierno, dotándolo de una mayor flexibilidad que permita adaptarse a las circunstancias del caso concreto.

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

[795] Se trata de una previsión incluida por el propio Ministerio de Defensa en su Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo (artículo 2.2.b) lo que pone de relieve la escasa importancia que a esta circunstancia se le otorgó por el legislador nacional, que no la incluyó en la Ley 12/2012, de 26 de diciembre.

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. Asimismo, en la búsqueda de la necesaria flexibilidad, se debería valorar la posibilidad de que la gestión de dichos contratos se lleve a cabo por empresas públicas regidas por el derecho privado así como potenciar la sumisión de las controversias que pudieran surgir en estos contratos a arbitraje internacional.

VII.3.Revisión del régimen de responsabilidad previsto para el contrato Gobierno a Gobierno.

Como se ha analizado detenidamente, la regulación del Contrato Gobierno a Gobierno 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 responsabilidad 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.

De este modo, la revisión del régimen de responsabilidad, excluyendo la responsabilidad del Gobierno extranjero por hechos exclusivamente imputables al Gobierno español y dotándolo, asimismo, de una mayor flexibilidad que permita atender a las concretas circunstancias del Gobierno con el que se pretende suscribir y conjugarlas con los propios intereses nacionales, contribuiría a facilitar la suscripción de este tipo de contratos, sin perjuicio de las garantías *ad hoc* que puedan exigirse para evitar el quebranto patrimonial a la Hacienda Pública española.

CONCLUSIONES

1. Desde el advenimiento del Estado Moderno y la creación de los ejércitos permanentes, la defensa nacional se configura, tanto desde un punto de vista pragmático como doctrinal, como un fin primordial del Estado, dirigido a garantizar su propia supervivencia mediante la defensa de sus elementos esenciales: la población, el territorio y la propia soberanía, siendo precisamente esa defensa una de las principales manifestaciones del poder del Estado, que monopoliza en sus manos el uso de la fuerza.

2. Por consiguiente, la defensa nacional constituye, en nuestros días, un fin esencial del Estado constitucional, cuya efectiva realización justifica, incluso, el desconocimiento de las normas que de ordinario rigen la vida en sociedad, siempre dentro de los límites previstos para las situaciones de anormalidad en el propio texto constitucional.

3. Esta configuración de la defensa nacional, en cuanto garantía de la supervivencia del Estado social y democrático de Derecho y de la plena eficacia del sistema de derechos fundamentales y libertades públicas, se recoge en la Constitución española de 1978, que le otorga especial trascendencia al incluirla en su Título Preliminar, delimitando sus funciones al referirse a las Fuerzas Armadas en su artículo 8º, y configurándola como una competencia exclusiva y excluyente del Estado, que no se ve afectada por su organización territorial. No obstante, la defensa nacional no queda delimitada por la actuación por de su principal instrumento, las citadas Fuerzas Armadas, sino que dada la trascendencia de la misma, se trata de una función a cuya efectividad son llamados todos los poderes del Estado, así como la generalidad de la población, siendo un derecho de todos los españoles, pero también un deber constitucional, el de defender a España.

4. Del mismo modo, la necesidad de garantizar la defensa del Estado justifica la imposición, tanto por el texto constitucional como por el resto del ordenamiento jurídico, de una serie de límites a los derechos subjetivos, así como de obligaciones específicas,

determinando la existencia de un «derecho de la defensa», integrado por diferentes tipos de normas, todas ellas caracterizadas por su especialidad, en el sentido de que se apartan del régimen ordinario aplicable en cada uno de los sectores en los que despliegan su eficacia.

5. Para garantizar su defensa, el Estado tiene que dotarse de los medios materiales necesarios, siendo el mercado de productos de defensa un mercado que presenta características singulares, derivadas de los propios sujetos que actúan como compradores (esencialmente, los Estados), de los productos que son objeto de comercio (sistemas de armas y sus plataformas) y de la industria que los produce, muy especializada y, particularmente en Europa y en España, muy fraccionada.

6. Dado su carácter estratégico, este mercado se ha caracterizado hasta épocas recientes por la producción directa por el Estado, o por la adquisición a sus industrias nacionales, de los bienes que necesitaba para su defensa. No obstante, los avances tecnológicos y la mayor complejidad de los modernos sistemas de armas dificultan que un Estado pueda dotarse de todas las capacidades militares necesarias, por lo que se ha generalizado la adquisición de aquellos sistemas o componentes de los mismos que no se pueden producir directamente, existiendo, en la actualidad, un mercado del defensa altamente globalizado. Esto supone la necesaria coexistencia de ordenamientos jurídicos diferentes aplicables a estas transacciones, en los que se combinan normas del Derecho internacional, público y privado, incluidos los usos y costumbres del comercio internacional, con los ordenamientos internos de los Estados. Esta circunstancia introduce importantes excepciones en el régimen jurídico aplicable a la contratación pública, singularmente en aquellos países, como España, en los que rige un régimen de derecho administrativo, en los que se van a ver muy limitadas o, incluso, suprimidas, las potestades exorbitantes que dichos regímenes reconocen a las Administraciones Públicas.

7. Asimismo, las circunstancias anteriores, unidas al incremento de los costes de producción y sostenimiento de los sistemas de armas y las continuas restricciones presupuestarias, han determinado que los Estados busquen diferentes fórmulas de

cooperación para la obtención de sus capacidades, bien mediante acuerdos específicos de colaboración entre Estados, bien mediante la colaboración en el seno de las organizaciones internacionales de seguridad y defensa, como es el caso de la OTAN, o mediante la creación de organizaciones internacionales *ad hoc*, como la OCCAR.

8. En este ámbito de colaboración internacional destacan, por su especial incidencia en el ámbito europeo, las iniciativas promovidas por la Comisión Europea en un ámbito en el que no tiene competencias directas, ya que la defensa nacional es competencia exclusiva de los Estados miembros. Por eso, dicha intervención, sobre la base del mercado único y la necesidad de consolidar una Base Tecnológica e Industrial de la Defensa europea, se ha desarrollado, fundamentalmente, a través de medidas de *sof law*, como las Comunicaciones, aunque también han dado lugar, bajo el principio de subsidiariedad, a importantes normas de *hard law,* como la Directiva sobre contratación pública en los ámbitos de la defensa y la seguridad. Sin embargo, esa intervención no ha ido acompañada, con la misma intensidad, de avances en la colaboración en materia de defensa entre los Estados miembros, aunque en los últimos años se observa un avance con la Cooperación estructurada permanente (PESCO), al tiempo que se incrementa el apoyo de la Comisión al mercado europeo de defensa con el Plan de Acción Europeo de Defensa y el Fondo Europeo de Defensa.

9. Estos avances están, sin duda, motivados por el contexto estratégico y los nuevos intereses de Estados Unidos, que se apartan de Europa para centrarse en Asia y el Pacífico, lo que ha dado lugar a que en los últimos tiempos, y especialmente tras la retirada de Afganistán, se retome con fuerza el argumento de la pretendida autonomía estratégica de la Unión, aunque todavía se está lejos de conseguir dadas las divergencias de criterios entre los Estados miembros.

10. Además de las citadas razones estratégicas, inciden también cuestiones económicas, presupuestarias y de mercado único, tendentes a mejorar la productividad y la competitividad en el mercado europeo de defensa, altamente fragmentado. No obstante, estos avances no se pueden desligar de la necesidad de cada Estado miembro, por razones

de soberanía, de garantizar su propia defensa nacional, al menos hasta que no se avance definitivamente y con paso firme hacia la defensa europea, por lo que no puede abordarse el problema con criterios meramente económicos.

11. Por eso, es necesario articular los mecanismos que garanticen una adecuada colaboración y un equilibrio entre los Estados miembros de la Unión Europea, de modo que no se vean mermadas las capacidades que cada Estado considera estratégicas, teniendo en cuenta que no todas las industrias nacionales se encuentran en la misma situación. En este sentido, no puede ser meramente anecdótico que los países que están impulsando esta cooperación y que, tras el Brexit son, fundamentalmente, Francia y Alemania, sean los países con mayores inversiones en materia de defensa y con la industria nacional más capacitada. En este sentido, el haber elevado el requisito para poder acceder a los fondos europeos a la participación de, al menos, tres estados miembros, es una buena iniciativa, aunque insuficiente, en ese sentido.

12. Por otro lado, la necesidad de acudir a esos mecanismos de colaboración es una realidad que viene impuesta a los Estados miembros por las propias limitaciones de sus presupuestos nacionales y la imposibilidad de obtener en solitario todas las capacidades necesarias. No obstante, la participación en los mismos no puede significar, en ningún caso, renunciar a la disponibilidad nacional de las capacidades estratégicas para la defensa nacional, que es una obligación irrenunciable del propio Estado. Por todo ello, tanto las autoridades públicas, singularmente el Ministerio de Defensa, como la industria nacional, deben adoptar todas las medidas necesarias para facilitar la participación en los proyectos europeos, al tiempo que se mantienen las capacidades nacionales. Para ello, la colaboración debe producirse tanto en el ámbito público como en el de la industria, con una clara comunicación entre ambos. Por consiguiente, deben participar todos los poderes públicos, facilitando la financiación necesaria al Ministerio de Defensa, quien debe adoptar un claro liderazgo en esta materia para poder impulsar y participar en los programas cooperativos. Y, asimismo, la industria nacional debe adoptar todas las medidas necesarias, con el citado apoyo institucional, para incrementar su productividad y eficiencia de cara a un mercado altamente competitivo, fomentando la integración de empresas en aquellos ámbitos estratégicos que sea necesario mantener.

13. Para el adecuado cumplimiento de sus cometidos, el Ministerio de Defensa debe utilizar todas las técnicas y los instrumentos, tanto económicos como administrativos, con los que cuenta a su disposición.

14. En relación con las técnicas administrativas, puede diferenciarse entre aquellas técnicas comunes que presentan singularidades en el ámbito de la defensa de aquellas que son específicas en este ámbito. Dentro de las primeras, se encontrarían las de planificación, coordinación, centralización y cooperación. Las técnicas específicas en el ámbito de la defensa son las compensaciones industriales y los Programas Especiales de Modernización (PEA,s).

Desde la perspectiva de las técnicas, además de continuar profundizando en la coordinación interna y la centralización, adquiere especial relevancia la planificación y, singularmente, la prevención y la anticipación, de modo que se prevean y se pongan en marcha las actuaciones para dotarse de todas las capacidades que sean necesarias para garantizar la defensa en el escenario estratégico de los próximos años.

15. En relación con la técnica de planificación, sin perjuicio de que la misma opere en numerosos ámbitos del Ministerio de Defensa, presenta una notoria importancia el proceso de Planeamiento de la Defensa, en virtud del cual se integran los distintos factores políticos, estratégicos, operativos, militares y económicos que inciden en la consecución de las capacidades necesarias para conseguir los objetivos de la defensa nacional, con intervención de las diferentes autoridades. Dentro del mismo se integra el Planeamiento de los Recursos Financieros y Materiales, responsabilidad de la Secretaría de Estado de Defensa, del que se deriva el proceso de obtención de los recursos materiales, que es el conjunto de actividades que tienen por objeto satisfacer las necesidades de este tipo de recursos mediante la definición, diseño, producción, construcción, desarrollo o adquisición, puesta en servicio, modernización en su caso y baja de los mismo, quedando fuera de este proceso las actividades necesarias para la ejecución del sostenimiento.

La complejidad de los productos que son necesarios para atender a las necesidades de la defensa nacional y la necesidad de garantizar la autonomía estratégica y la

generación de conocimiento mediante la innovación determina que se utilice el concepto de obtención, que no se limita a la mera adquisición, ya que con frecuencia se trata de productos que no se encuentran disponibles en el mercado. Por ello debe diferenciarse, en primer término, los supuestos de obtención que implican una ingeniería de diseño, adecuada a las particularidades necesidades de las Fuerzas Armadas, de los de adquisición de productos ya desarrollados. Asimismo, dada la complejidad de dichos procesos, deben resaltarse dos aspectos que resultan muy relevantes y afectan a la contratación administrativa: la necesidad de contar con estrategias de contratación, a través de las cuales se identifique correctamente el órgano de contratación así como el procedimiento contractual que resulte más adecuado, y la imprescindible articulación en programas y la existencia de Oficinas de Programas para su gestión, que deben coordinar su actividad con la del órgano de contratación. Asimismo, dado el importante volumen y la complejidad de los procedimientos contractuales gestionados por el Ministerio de Defensa, el mismo ha sido pionero en materia de planificación de la contratación en el ámbito de la Administración General del Estado, a través del «Plan Anual de Contratación del Ministerio de Defensa (PACDEF)» y el «Plan Anual de Contratación Centralizada del Ministerio de Defensa (PACC)»

En el momento actual, dada la complejidad de los sistemas de armas y el elevado coste que puede suponer su sostenimiento, que puede representar entre el 60% y el 80% del coste total de un programa, debe revisarse dicho modelo para contemplar el sostenimiento desde la misma fase de planeamiento y garantizar la financiación desde el inicio al final del ciclo de vida.

16. Respecto de la técnica de coordinación, la necesidad de la misma se ha puesto especialmente de manifiesto en el ámbito de la defensa como consecuencia de una evolución histórica centenaria en la que los ejércitos van surgiendo de manera independiente, actuando en ámbitos diferenciados y dotados de autonomía, sometidos a regulaciones específicas, lo que ha necesitado un esfuerzo por parte del poder político para limitar dicha independencia y buscar una acción coordinada de las Fuerzas Armadas, tanto en el ámbito administrativo como en el operativo. Dentro de este proceso, adquieren especial relevancia las técnicas de coordinación orgánica, en las que ha supuesto un hito principal la creación del Ministerio de Defensa y las modificaciones subsiguientes reforzando sus competencias, en el que las Fuerzas Armadas han quedado plenamente

integradas bajo la dependencia del Ministro. Asimismo, es de destacar las sucesivas reformas que se han llevado a cabo en la organización de las Fuerzas Armadas, tanto en la estructura orgánica como en la estructura operativa, situada esta última bajo la dirección del Jefe de Estado Mayor de la Defensa (JEMAD).

Por otro lado, como técnica específica de coordinación de amplia utilización en el Ministerio de Defensa, se ha establecico la dependencia funcional de los órganos de las Fuerzas Armadas de los órganos directivos del departamento que ostentan las competencias en los respectivos ámbitos de actividad.

Dentro de dichas medidas destaca, en el ámbito contractual, la existencia de la Orden de proceder, que es el acto administrativo dictado por el Secretario de Estado de Defensa que inicia la tramitación de los expedientes de contratación, acuerdos técnicos o negocios jurídicos más relevantes en el ámbito del Ministerio de Defensa, y que determina límites y condiciones contractuales que afectan a la conformación del expediente desde su fase precontractual hasta la adjudicación, y que actúa como un instrumento de garantía de la legalidad, acierto y oportunidad de la acción pública.

No obstante, la existencia de relaciones funcionales en una estructura militar como la de las Fuerzas Armadas, caracterizada por los principios de jerarquía y disciplina y en las que prevalecen las relaciones orgánicas, no está exenta de dificultades, por lo que deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar la efectividad de dicha dependencia funcional.

17. En relación con la centralización, el Ministerio de Defensa puede considerarse como el verdadero pionero en el impulso de la contratación centralizada en España a través de las Juntas de Contratación, el empleo del acuerdo marco y la planificación anual de la contratación centralizada, que se empezó a implantar a partir del año 1999 con el fin de evitar las duplicidades e ineficiencias que se producían en la contratación independiente del suministro de bienes y servicio por parte de los ejércitos y del órgano central.

18. La técnica de la cooperación se aplica por el Ministerio de Defensa tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

En el ámbito nacional, se recurre al uso de los convenios de colaboración con otras Administraciones y organismos públicos, universidades públicas o privadas y con la industria de defensa. Siempre que se respeten los requisitos y límites establecidos por la normativa vigente a los convenios de colaboración, los mismos no solo serán el instrumento idóneo para articular las relaciones del Ministerio de Defensa y las Fuerzas Armadas con el sector industrial, sino que además pueden ser necesarios para apoyar a la industria de defensa en cuanto capacidad estratégica de la defensa nacional, tal y como contempla la vigente Estrategia de Seguridad Nacional. De hecho, los convenios actualmente suscritos ponen de manifiesto la existencia de un ámbito de colaboración al margen del procedimiento contractual.

En cuanto a la colaboración en el ámbito internacional en los programas de armamento, puede diferenciarse entre organizaciones de tipo descentralizado, articuladas normalmente a través de Memorandos de Entendimiento (MOU,s) y organizaciones integradas, dotadas de personalidad jurídica propia, bien mediante la creación de una nueva persona jurídica internacional mediante la vía de un Tratado Internacional, como en el caso de la OCCAR, bien mediante el recurso a la creación, por una organización internacional ya existente, de un organismo subsidiario que se beneficia de la preexistente personalidad jurídica de la organización, como es el caso de las organizaciones y las agencias de la OTAN.

19. Las compensaciones industriales (offsets) son una técnica específica del sector de la defensa aplicadas por los gobiernos en sus adquisiciones en el extranjero para obtener retornos de inversión, ya sea de manera directa, asociada al objeto de la adquisición, o indirecta, relacionadas con otras actividades del sector industrial y empresarial, obteniendo ventajas competitivas y minimizando el impacto de dichas adquisiciones.

En la actualidad, los Acuerdos de Cooperación Industrial a través de los cuales se articulan las compensaciones, que benefician especialmente a países compradores con industrias menos competitivas, están desapareciendo en el marco de la Unión Europea, que mantiene un criterio muy restrictivo por las distorsiones que pueden incluir en el mercado, siendo sustituidos por los programas cooperativos, los cuales se regulan por

medio del concepto de «justo retorno», por el que el país recibe carga de trabajo en función de lo que aporta al programa.

Por el contrario, los países en vía de desarrollo están incorporándose al mercado de las compensaciones de la mano de sus programas de modernización. Colombia, Emiratos Árabes, Argentina y Kuwait son claros ejemplos de este impulso. Además, en muchos casos se está observando un resurgir de los offsets indirectos, ya que la falta de conocimiento previo de la industria nacional dificulta la transferencia de tecnología relacionada con los productos adquiridos.

20. Los Programas Especiales de Modernización (PEA,s) son aquellos programas que por su volumen económico, su complejidad industrial y su alto contenido tecnológico, suponen las más relevantes adquisiciones de sistemas de armas que realiza el Ministerio de Defensa y que, siendo esenciales para la modernización de las Fuerzas Armadas, contribuyen igualmente al fortalecimiento del tejido industrial español, para lo que requieren gran cantidad de recursos financieros. De ahí que tengan un sistema de financiación propio, basado en el denominado «modelo alemán», que permite aplazar el pago y su contabilización en las cuentas públicas al momento de entrega del producto, basado en la concesión de anticipos reintegrables por el Ministerio de Industria a las empresas que desarrollan el programa y posterior pago de las unidades adquiridas con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa, momento en que el fabricante procede a la devolución de los anticipos.

Gracias a este sistema de financiación, estos programas han contribuido decisivamente a la modernización y a la profesionalización de las Fuerzas Armadas y han permitido generar capacidades industriales y tecnológicas, de las que España carecía antes del proceso, evitando la dependencia tecnológica de otros países. No obstante, dichos programas no han estado exentos de problemas derivados de importantes desviaciones respecto de los techos financieros inicialmente aprobados, las necesidades presupuestarias añadidas derivadas de la operación y sostenimiento de los sistemas, así como de las dificultades durante la crisis económica para hacer frente a los pagos que llevaron al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucionales el Real Decreto-ley 10/2014, de 1 de agosto y el Real Decreto-ley 7/2015, de 14 de mayo que aprobaron créditos extraordinarios en los ejercicios 2014 y 2015. Asimismo, teniendo en cuenta que

por el principio del devengo, la recepción de los equipos y sistemas va a impactar directamente sobre el déficit público, puede producirse la situación no deseada de que, estando determinado material disponible para poder ser utilizado, no pueda ser recepcionado si ello implica sobrepasar el límite establecido del déficit del Estado.

Por ello, teniendo en cuenta que los PEA,s tienen un carácter estratégico, directamente vinculado a la soberanía nacional, debe garantizarse la adecuada dotación presupuestaria de los mismos durante todo el tiempo de su vigencia.

21. En relación con los instrumentos administrativos de carácter económico, adquiere una singular importancia el presupuestario, sin perjuicio de la existencia de otras fuentes alternativas de financiación de carácter más reducido, como es la derivada de la excepcionalidad reconocida al Ministerio de Defensa para poder utilizar su patrimonio para generar ingresos dirigidos a financiar las propias necesidades de la defensa nacional.

Desde la perspectiva de la defensa nacional, las principales especialidades que se derivan en materia presupuestaria no son tanto jurídicas como políticas y económicas, derivadas del alto coste de los productos de defensa como del largo tiempo que se necesita para su obtención, así como a la necesidad de tener en cuenta no sólo el coste de obtención, sino también el que se incurrirá como consecuencia de su uso, mantenimiento y modernización, es decir, la necesidad de tener en cuenta todo el ciclo de vida del producto.

Desde la perspectiva jurídica, la necesidad de cumplir con los principios constitucionales que rigen el gasto público y la elaboración del presupuesto, singularmente los principios de anualidad y universalidad, requerirá que los gastos correspondientes, así como los ingresos necesarios para hacerles frente, se encuentren debidamente recogidos en el presupuesto anual, así como que los mismos respondan a una adecuada planificación plurianual, ya que, en la mayoría de los supuestos, nos encontramos con compromisos de gasto de carácter plurianual que van a afectar a un elevado número de ejercicios.

22. Resulta imprescindible que los Presupuestos Generales del Estado reflejen, tal y como prevé el texto constitucional, la realidad de los gastos en defensa, evitando el uso

de subterfugios como los créditos extraordinarios vía real decreto ley o el *abuso* del Fondo de Contingencia, que dificultan notoriamente la actuación de los órganos gestores. Asimismo, resulta necesario que los créditos consignados se adecuen a las necesidades reales de la defensa nacional, teniendo en cuenta la importancia de mantener las capacidades actuales, tanto por su carácter estratégico para la defensa, como por su importancia en el ámbito económico y social.

Para garantizar que se mantienen adecuadamente las capacidades defensivas necesarias sin que las mismas se vean mermadas, evitando las situaciones de incertidumbre que generan los cambios políticos y los ciclos económicos, debe aprobarse una ley de financiación de la defensa que contemple un marco plurianual que permita dar estabilidad a las inversiones en este ámbito esencial, evitando situaciones como la actual en la que los créditos presupuestarios para los programas de defensa ya están comprometidos para los próximos años, impidiendo o dificultando el lanzamiento de nuevos programas.

Siendo la defensa nacional una cuestión esencialmente política, la aprobación de una ley especial de financiación tendría una notable incidencia en dicho ámbito, y supondría reconocer una mayor participación a los distintos poderes del Estado, singularmente a las Cortes Generales, que no se limitarían a la aprobación genérica de los Presupuestos Generales del Estado, sino que alcanzaría a la aprobación, seguimiento y control de los diferentes programas de inversiones, lo que requeriría, a su vez, un mayor conocimiento de las necesidades de la defensa nacional y un mayor compromiso en relación con la función esencial que a la misma le corresponde.

23. Siendo la defensa nacional una función esencial del Estado, dirigida a garantizar el modelo estatal del que nos hemos dotado, incluida la protección de los derechos fundamentales, libertades públicas y demás derechos de los que gozamos los ciudadanos en el Estado social y democrático de Derecho, y en cuanto manifestación de soberanía, es necesario un con un claro compromiso de los representantes de la soberanía nacional, así como de la sociedad española en su conjunto, para articular los recursos presupuestarios necesarios para garantizar la defensa, incluida la imprescindible disuasión, especialmente respecto de las amenazas que, por la singular situación

geográfica de España y por razones históricas, no son compartidas por nuestros socios y aliados.

24. Desde la perspectiva de los instrumentos administrativos de carácter contractual, destaca, en primer término, la existencia de diferentes regímenes jurídicos a los que puede quedar sometida la actividad contractual del Ministerio de Defensa, cuya aplicación práctica no está exenta de dificultades y en la que el legislador nacional, al transponer la normativa comunitaria, ha introducido una mayor confusión que en nada ayuda a la seguridad jurídica en un tema de tanta trascendencia como es la defensa nacional.

25. La actividad contractual del Ministerio de Defensa quedará sometida, con carácter general, a la normativa general sobre contratación pública, si bien la misma es notoriamente insuficiente cuando se trata de contratos directamente relacionados con las capacidades necesarias para garantizar la defensa nacional, ya que en dicha normativa prevalecen los principios generales de la contratación administrativa y no se tienen en cuenta los principios específicos de la defensa, estableciendo requisitos y procedimientos más rígidos. No obstante, hay que destacar que dicha regulación general contiene las reglas aplicables a la contratación que se realiza en el extranjero y con empresas extranjeras, de especial incidencia en el ámbito de la defensa, estableciendo una mayor flexibilidad con el fin de modular el principio de paridad entre las partes en que se basan las normas y usos del comercio internacional con la preservación del principio de legalidad y de consecución del interés general al que está sometida la Administración.

26. Los contratos más directamente relacionados con la defensa nacional quedarán sometidos, en principio, a las normas específicas contenidas en la normativa reguladora de los procedimientos de adjudicación en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, salvo que sea necesario proteger los intereses esenciales de la seguridad, en cuyo caso se podrá aplicar la exclusión de la normativa comunitaria prevista en el artículo 346 del TFUE, siempre que concurran los presupuestos y requisitos contenidos en el mismo, y que han de ser objeto de interpretación estricta.

Pese a la posición excesivamente restrictiva mantenida por la Comisión Europea respecto de la aplicación del citado precepto, basada en el uso excesivo del mismo por parte de los Estados miembros, los posibles excesos en la invocación de esta exclusión por los Estados integrantes de la Unión Europea para intentar eximir casi todos los contratos públicos de defensa de la normativa comunitaria no pueden considerarse razón suficiente para suprimir o restringir, más allá de sus estrictos términos, la aplicación del vigente artículo 346 del TFUE. Las importantes finalidades que se persiguen con la Defensa Nacional, como atributo propio de la soberanía, dirigidas a la salvaguardia del propio Estado, deben prevalecer frente a cualquier limitación que se pretenda establecer sobre la base del mercado interior, con fundamento en razones puramente económicas, que no son argumento suficiente para excluir la soberanía nacional, tal y como reconoce el Tratado. Todo ello sin perjuicio de que, dadas las dificultades presupuestarias para que los Estados puedan alcanzar aisladamente las capacidades necesarias, puedan y deban impulsarse los programas cooperativos, pero respetando siempre la posibilidad de actuación aislada del Estado que así lo considere y en los ámbitos que estimen oportunos. De este modo, debe mantenerse la posibilidad de invocar el artículo 346, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en dicho precepto, sin perjuicio de su supervisión por la Comisión, en cuanto guardiana del Tratado y, en último término, de su control por el TJUE, como viene ocurriendo hasta el momento.

Todo ello sin perjuicio de que, si se producen mayores avances en el ámbito político hacia la «defensa europea», buscando una autonomía estratégica a nivel europeo que pueda implicar ciertas renuncias a la soberanía nacional, pueda replantearse su extensión o, incluso, limitarla a supuestos más concretos que respondan a las necesidades propias de cada Estado miembro. Pero en tanto en cuanto no se consolide esta faceta de la integración política europea, las cuestiones económicas no pueden limitar las facultades soberanas de los Estados miembros relacionadas con su defensa nacional.

27. Para la adecuada identificación de los intereses esenciales de la seguridad cuya protección puede necesitar de la aplicación del artículo 346, el Ministro de Defensa, órgano competente para dicha declaración, deberá tener en cuenta las directrices marcadas por el Gobierno y por el Presidente del Gobierno en el ejercicio de las competencias que les atribuye la Ley Orgánica de Defensa Nacional y la Ley de Seguridad Nacional, siendo los instrumentos fundamentales la Estrategia de Seguridad

Nacional y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, por el que se determinan las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional. Dicho Acuerdo debe interpretarse de una manera flexible, sin que pueda considerarse como un *numerus clausus* de supuestos en los que proceda la invocación de la exclusión. La necesidad de atender a las necesidades de la defensa nacional, dada la importante función asignada, requiere una interpretación flexible del mismo, de modo que pueda atenderse a las necesidades que puedan surgir en un momento concreto aunque las mismas no se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en el Acuerdo, siempre que se trate de material incluido en la Lista de 1958, destinado a fines específicamente militares y se justifique oportunamente la necesidad de proteger los intereses esenciales de la seguridad.

28. Las contradicciones existentes entre el ámbito de aplicación de la LCSP y la LCSPSD en relación con el artículo 346 del TFUE derivan de que la LCSP de 2017 ha seguido el mismo criterio que su predecesora de 2007, apartándose de las Directivas y manteniendo la tradicional distinción nacional entre convenio y contrato pero sin tener en cuenta la existencia de un régimen específico para el sector de la defensa, que no existía ni en 1995 ni en 2007.

Por ello, dada la singularidad de la materia y la existencia de una regulación específica que vino a satisfacer las necesidades que en materia contractual pudieran plantearse en el ámbito de la defensa y la seguridad, debe prevalecer el principio de especialidad, por lo que todos los contratos que celebre el Ministerio de Defensa y en los que sea necesario proteger los intereses esenciales de la seguridad conforme al artículo 346 del TFUE, deben considerarse excluidos del ámbito de aplicación de la LCSPSD en virtud de su artículo 7.1.b), de acuerdo con la declaración de afectación a los intereses esenciales de la defensa y seguridad nacional que haya firmado el Ministro de Defensa y ante la falta de normas específicas que regulen este tipo de contratos administrativos resultará de aplicación, para resolver dudas y lagunas, la LCSPSD y, en lo no previsto en ella y en virtud de su artículo 4, la LCSP y el RGLCAP, en cuanto no se encuentre derogado por las anteriores leyes. Y, en general, las demás disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa que sean de aplicación al contrato y supletoriamente a éstas, se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las de derecho privado.

De este modo, se flexibiliza el régimen jurídico aplicable a estos contratos, en cuanto en numerosas ocasiones no se pueden aplicar normas jurídicas sino principios, supuestos en los que se podrá acudir, como norma general, al procedimiento negociado sin publicidad como procedimiento ordinario de adjudicación.

29. En el ámbito de la defensa existen otros instrumentos específicos de contratación de uso frecuente, como son los contratos entre gobiernos, en los que la venta se realiza directamente por un gobierno a otro, bien partir de sus propias existencia o después de haber adquirido el equipo con ese fin, pudiendo incluir prestaciones adicionales como asistencia al producto, mantenimiento, formación y construcción de infraestructuras, relación jurídica que se disciplina por el Real Decreto 1120/1977, y que no puede confundirse con el denominado «contrato gobierno a gobierno», que se rige por su normativa específica; los programas cooperativos europeos, que se rigen por sus acuerdos específicos basados en el reparto de la carga de trabajo entre los socios participantes y en el concepto de «justo retorno», por el que cada país recibe carga de trabajo en función de lo que aporta al programa, y que en el momento actual se están potenciando dado el impulso de la Cooperación estructurada permanente y del Fondo Europeo de Defensa; los memorandos de entendimiento (MOU,s), de origen anglosajón, y cuyo principal problema se ha centrado en determinar su verdadera naturaleza jurídica, con el fin de evitar que bajo el recurso a esta figura jurídica se eviten los trámites y formalidades propios de los tratados internacionales, por lo que aquellos que firme el Ministerio de Defensa deberán incluirse en las categorías de acuerdos internacionales administrativos o de acuerdos internacionales no normativos, en los términos previstos en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales; los contratos adjudicados de conformidad con las normas de las organizaciones internacionales de seguridad y defensa a las que pertenece España, como pueden ser los adjudicados por las agencias especializadas de la OTAN o, en el ámbito europeo, a través de la OCCAR; o los encargos a medios propios, manteniendo únicamente esta consideración, tras el proceso de racionalización impulsado en 2012, el INTA e ISDEFE.

30. La concepción de la contratación administrativa como una técnica instrumental dirigida a garantizar la consecución de los altos fines que la Constitución asigna a la defensa nacional requiere identificar unos principios propios, que se partan de los principios generales que configuran la contratación administrativa en la actualidad.

La identificación de dichos principios debe partir de la esencial función asignada a la defensa nacional por el artículo 8 de la Constitución, lo que implica que la contratación deberá responder en todo caso a la necesidad fundamental a la que están llamados los medios que se obtienen a través de la misma, de modo que los caracteres de la defensa nacional deben trasladarse a la contratación administrativa y no a la inversa; en segundo lugar, derivado del carácter normativo de la Constitución, resulta la existencia de una obligación de los poderes públicos de articular todos los procedimientos de contratación que sean necesarios y de tal manera que permitan atender de manera eficaz a las necesidades de la defensa nacional; y, por último, dada la delimitación de las misiones que corresponden a la defensa nacional, los procedimientos administrativos articulados para atender a la defensa nacional no se podrán extender a la obtención de otros elementos materiales que no sean necesarios para cumplir dichas misiones.

De este modo, pueden identificarse como principios propios aplicables a la contratación administrativa en el sector de la defensa los de soberanía, necesidad, seguridad del suministro, seguridad de la información, cooperación y control reforzado.

31. En virtud de su poder soberano, el Estado debe dotarse de las capacidades militares que considere necesarias para su salvaguardia, atendiendo a los condicionantes de distinto tipo (políticos, económicos, estratégicos, militares, etc.) que concurran, y que debe estar orientados a garantizar su defensa efectiva, actuando con plena independencia y sin estar sometido a otra instancia superior ni exterior. De este modo, el principio de soberanía se desarrolla a través de otros principios íntimamente relacionados como son los de ventaja operacional, libertad de acción, autonomía estratégica y disuasión, matizados por el principio de realidad.

La ventaja operacional hace referencia a la posición de superioridad sobre nuestros enemigos que debe buscarse y conservarse en situaciones de enfrentamiento y

también en la protección de personas e instalaciones. La innovación tecnológica se configura como uno de los elementos clave para lograr la ventaja operacional de las Fuerzas Armadas, en tanto que permite obtener una superioridad en el enfrentamiento al disponer de mejores sistemas de armas así como de una mejor capacidad de prevención y respuesta frente al enemigo, facilitando la toma de decisiones. Por consiguiente, la necesidad de garantizar la ventaja operacional en determinados supuestos, especialmente en aquellos desarrollos tecnológicos que se consideren más importantes para gozar de dicha ventaja, justificarán el desarrollo de productos específicos, dotando o manteniendo en la industria nacional las capacidades tecnológicas necesarias.

El principio de libertad de acción implica la facultad de decidir el empleo de las Fuerzas Armadas y de sus capacidades para actuar de acuerdo con nuestros propios intereses, sin sujeción a otros estados o entidades. Por tanto, siendo la defensa nacional la función esencial de salvaguardia del Estado, este principio interviene como garante de la misma, en cuanto que permite actuar sin depender de otros, ya que esa dependencia podría frustrar una defensa eficaz. De este modo, si el principio de ventaja operacional requiere disponer de equipos, sistemas y servicios interoperables dotados de una tecnología superior a la del adversario, el principio de libertad de acción requiere que el Estado sea propietario o, al menos, disponga de industrias nacionales que sean propietarias de la tecnología, para poder utilizarla sin limitaciones externas, lo que puede implicar la necesidad de adjudicar los contratos a la industria nacional, con el objeto de que esté industrial y tecnológicamente capacitada para modificar, actualizar y sostener libremente los sistemas y materiales necesarios.

El principio de autonomía estratégica deriva de una conjunción de los principios anteriores y se vincula a las capacidades militares indispensables para llevar a cabo acciones autónomas por un actor estratégico, contando con tres componentes: político, operativo e industrial. La consecución de la autonomía estratégica es una pretensión continua de los países y, en los últimos años, se ha convertido en un objetivo pretendido dentro de la propia Unión Europea.

El principio de disuasión requiere, además de una fuerza militar debidamente equipada, la voluntad política de emplearla en caso de ser necesario y que dicho mensaje sea percibido por el adversario. Dicho principio implica una nueva singularidad en el ámbito de la contratación administrativa del material de defensa, unida a las de prevención y planificación propias de este ámbito, en la medida en que el mismo no se

adquiere directamente para ser empleado en operaciones militares frente al adversario, sino que tiene una incidencia notable en evitar el conflicto por medio de la disuasión. De este modo, la finalidad del servicio público de defensa, dirigido a garantizar la soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, debe ser interpretada de una manera amplia, incluyendo la adquisición del armamento y material necesarios para ejercer una disuasión efectiva.

Por último, el principio de realidad o principio finalista, introduce modulaciones en los anteriores, exigiendo que la obtención de capacidades militares se base en criterios posibilistas que, partiendo de los principios económicos o presupuestarios tendentes a garantizar la viabilidad de las finanzas públicas, tengan en cuenta la realidad del entorno financiero e industrial.

32. El principio de necesidad influye notoriamente en los distintos ámbitos vinculados a la defensa nacional, dada su finalidad de garantizar la supervivencia del propio Estado, por lo que el régimen jurídico aplicable se encuentra notoriamente influido por dicho principio, lo que implica siempre una excepción del Derecho común u ordinario.

Por consiguiente, todo el Derecho de la defensa, incluido el Derecho militar, responde a una finalidad muy concreta: la necesidad de garantizar la adecuada defensa del Estado y la supervivencia del mismo. Por ello, todo el ordenamiento jurídico aplicable responde al principio de necesidad, lo que supone establecer las excepciones y regulaciones específicas necesarias que se apartan de los principios ordinarios de la legislación común. E incluso, si las circunstancias lo requieren, como puede ser el caso del conflicto armado o una alteración grave del orden público interno, adoptar todas las medidas precisas para poner fin a esa situación. Pero sin que sea precisa la concurrencia de dichas circunstancias para la aplicación del principio de necesidad, ya que la adecuada preparación del Estado para su propia defensa requiere la adopción de medidas previas que faciliten esa defensa eficaz en el momento en que sea necesario, destacando la importancia del correcto planeamiento estratégico, que vendrá determinado por la percepción de los riesgos y que deberá tener en cuenta el contexto político y social, nacional e internacional, material y formal que condiciona el empleo de los recursos

militares. Dicho planeamiento requiere como elemento central la obtención, en tiempo de paz, de los recursos necesarios en tiempo de guerra.

Por tanto, la aplicación del principio de necesidad sin la existencia de un conflicto o ataque al Estado, que justifica la existencia de restricciones y limitaciones a determinados derechos, debe justificar, asimismo, la existencia de excepciones actuales a las reglas generales de la contratación administrativa, en cuanto que se trata de adquirir bienes y servicios directamente relacionados con la defensa nacional y al objeto de garantizar de forma adecuada, eficaz y soberana, la defensa del Estado en caso de que sea necesaria.

Todo ello sin perjuicio de que la intensidad de las medidas de excepción se potencie como consecuencia de la materialización del riesgo, como ha puesto de manifiesto la reciente pandemia del Covid-19.

33. Otro de los principios básicos en el ámbito de las capacidades estratégicas para la defensa nacional, es el derivado de la necesidad de garantizar la continuidad del suministro, al objeto de evitar situaciones de desabastecimiento, así como la agilidad del mismo, especialmente cuando sea necesario para salvaguardar una respuesta operacional, lo que conlleva que los países prefieran habitualmente que, en determinados supuestos, el suministrador esté radicado en su propio territorio o que la Administración asuma total o parcialmente la titularidad de las empresas dedicadas a su producción .

34. Los sistemas de armas, las plataformas y demás materiales desarrollados por la industria de defensa se caracterizan por su complejidad y alto valor tecnológico, siendo el producto de importantes inversiones destinadas a obtener una ventaja operativa, razón por la cual los Estados han de proteger la información relativa a los mismos, de lo que deriva el principio de seguridad de la información.

De este modo, las características de los programas de defensa conllevan la exigencia de un alto grado de confidencialidad en el manejo de la información asociada a los mismos, de ahí que para poder participar en los correspondientes contratos en los que se maneje información clasificada grado «confidencial» o equivalente o superior, independientemente del procedimiento o la normativa contractual aplicable, se exija estar

en posesión de las correspondientes habilitaciones de seguridad del grado adecuado a la información que vaya a manejar, que en España son la Habilitación de Seguridad de Empresa (HSEM), la Habilitación de Seguridad de Establecimiento (HSES) y la Habilitación Personal de Seguridad (HPS).

35. Como complemento del principio de soberanía aparece el principio de cooperación o colaboración entre países, directamente o a través de las organizaciones internacionales de seguridad y defensa, que parte de una realidad fáctica derivada del elevado importe del armamento y el material de defensa, y que se ha visto intensificado en las últimas décadas como consecuencia del incremento de costes derivados del alto contenido tecnológico y la complejidad de los sistemas de armas actuales.

En el momento actual, se observa una potenciación de los programas de cooperación a nivel europeo, dado el impulso de la Cooperación estructurada permanente y el Fondo Europeo de Defensa, en cuya articulación están llamadas a desarrollar un importante papel, además de la Comisión Europea, la EDA y la OCCAR. No obstante, sin perjuicio del protagonismo que está adquiriendo en esta materia la Comisión Europea, el principio de colaboración no puede desligarse del principio de soberanía, por lo que la participación en estos programas debe articularse de forma voluntaria para los Estados y que esa voluntariedad sea real, de manera que se respete y no se coarte su capacidad de decisión por motivos meramente económicos desligados de su voluntad de mantener aquellas capacidades militares que han sido consideradas esenciales para su defensa nacional.

La participación en estos programas presenta innegables ventajas, pero también supone un riesgo de pérdida o disolución de capacidades nacionales frente a aquellos países que cuentan con un mayor presupuesto de inversión e industrias más competitivas. Por ello, el reto de los próximos años para la política de defensa nacional consistirá en buscar el adecuado equilibrio entre soberanía y capacidades nacionales propias y el desarrollo de programas conjuntos que permitan la consolidación de una Base Tecnológica e Industrial europea del que todos los países puedan salir beneficiados, a la espera de ver si se producen nuevos avances en la integración de las políticas de defensa en la Unión Europea y la búsqueda de la pretendida autonomía estratégica europea.

36. La aplicación de los principios específicos de la contratación en el sector de la defensa supone introducir modulaciones o exclusiones al régimen general de la contratación administrativa. No obstante, la posibilidad de excepcionar la normativa contractual comunitaria no exime a estos contratos de la obligación de cumplir con los principios básicos del ordenamiento jurídico español y de estar sometidos a importantes controles administrativos, jurisdiccionales e, incluso, constitucionales. De este modo, estos contratos deberán cumplir, en todo caso, además de con el principio de legalidad, con los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE) y de objetividad en el servicio de los intereses públicos (artículo 103 CE).

Adicionalmente, existen mecanismos específicos de control interno, incluyendo la creación del Grupo de Evaluación de Costes, además del control externo desarrollado por la Intervención General de la Administración del Estado y por el Tribunal de Cuentas. Asimismo, en cuanto actividad administrativa, está sujeta al control por parte de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Y en los supuestos más graves que requieran la declaración de algunos de los estados previstos en el artículo 116 de la Constitución, estará sometido, además de al correspondiente control parlamentario, a fiscalización por el Tribunal Constitucional.

37. La regulación de la figura del «contrato Gobierno a Gobierno» se introdujo en España como un «mecanismo de apoyo a la exportación» en una norma de carácter comercial, como consecuencia de la reducción de la demanda interna por la crisis económica que obligaba a las empresas de la industria de defensa a centrar sus esfuerzos en el mercado exterior, compitiendo con las empresas de otros países que ya contaban con este apoyo gubernamental. Por ello, era necesario proceder a su regulación para que las industrias nacionales pudieran competir en los mercados internacionales en igualdad de condiciones, así como por la preferencia demostrada por muchos Gobiernos extranjeros de adquirir los productos de defensa a través de otro Gobierno y no mediante su adquisición directa de las empresas.

Asimismo, el apoyo a la internacionalización de la industria de defensa interesaba no solo por tratarse de una industria estratégica desde el punto de vista de las necesidades

de la defensa nacional, sino también desde el punto de vista de la economía nacional, al tener incidencia en términos de empleo y de producto interior bruto.

La principal novedad que aporta dicha regulación respecto del apoyo que ya se venía prestando a la industria nacional por medio de MOU,s es la de facultar al Gobierno español para llevar a cabo todas las actuaciones necesarias para que un determinado material de defensa o una determinada tecnología sean transmitidos al Gobierno extranjero, y, singularmente, para 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.

38. 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.) siguiendo las 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.

No obstante, del estudio del derecho comparado, se observa como estos contratos se encuadran en un marco más amplio de colaboración estratégica de gran alcance entre los países contratantes, que no se limita únicamente al suministro de los sistemas y productos de defensa.

Asimismo, otra diferencia desde la óptica del derecho comparado es que, a diferencia de lo que ocurre en otros países en los que apenas existe una normativa sustantiva específica que regule la figura del «contrato Gobierno a Gobierno», y que articulan dichos contratos atendiendo al caso concreto y a los principios generales de su ordenamiento jurídico, el legislador español ha optado por proceder a una regulación exhaustiva, trasluciendo dicha normativa la preocupación tendente a evitar que de esta novedosa figura pudieran derivarse compromisos o responsabilidades que pudieran afectar a las arcas públicas.

39. El «contrato Gobierno a Gobierno» se configura sobre la base de dos relaciones jurídicas: una horizontal, 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.

Por ello, su naturaleza jurídica vendrá determinada, en la relación horizontal por tratarse de un contrato internacional, que genera obligaciones jurídicamente exigibles, que no es suscrito por sujetos de Derecho Internacional y que no se rige por el Derecho Internacional, siendo de especial relevancia la determinación del derecho interno aplicable. En cuanto a la relación vertical, la misma se inspira en el negocio jurídico del mandato, si bien el legislador nacional se ha apartado del régimen jurídico de dicho contrato en aspectos esencialmente relevantes, como es en lo relativo a la responsabilidad del mandatario.

40. El contrato entre el Gobierno extranjero y el Gobierno español, tal y como está regulado en 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 2009/81/CE, cuyas prescripciones quedarían limitadas al supuesto en que el Gobierno español vende directamente material del que ya dispone o a aquellos casos en que el adquirente es un Gobierno de un Estado miembro de la Unión Europea; por lo que si el adquirente es un tercer Estado, no resulta de aplicación la normativa comunitaria.

En cuanto al contrato a suscribir entre el Ministerio de Defensa y la industria nacional, no entraría en ningún caso en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/81/CE, ya que no se trata de adquisiciones directas que realiza el Gobierno español para atender a sus necesidades directas de defensa y seguridad. 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, que se aplicará en todo lo no previsto en el contrato suscrito entre los Gobiernos.

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, que 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, deben preverse en el mismo todos aquellos aspectos que se aparten de dicha normativa y que sean indispensables para asegurar al Gobierno comprador la entrega de los equipos y servicios en los que está interesado y no otros. 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.

41. La regulación del «contrato Gobierno a Gobierno» descansa sobre el principio básico de «sin coste ni beneficio» de modo que la intervención del Ministerio de Defensa por cuenta de un Gobierno extranjero, en ningún caso pueda suponer un coste o un beneficio económico para el mismo, siguiendo las pautas del FMS americano y optando por la apertura de una cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero y por la exigencia previa de fondos como condición para la ejecución del contrato Gobierno a Gobierno, sin perjuicio de la exigencia de otro tipo de garantías financieras.

No obstante, 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 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 confunden 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, y que si bien, en principio, podrían ser admisibles sobre la base del principio de libertad de pactos, pueden dificultar notablemente la suscripción de estos contratos. Además, su validez vendrá determinada por el derecho interno que resulte aplicable, debiendo tenerse en cuenta que 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.

42. Pese a la urgencia que hubo en la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la figura del contrato Gobierno a Gobierno, realizada por razones de extraordinaria y urgente necesidad mediante el Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, casi diez años después de su aprobación no se ha suscrito ningún contrato Gobierno a Gobierno propiamente dicho.

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 y facilitar, en la medida de lo posible, la suscripción de dichos contratos, para lo que se proponen las siguientes líneas de actuación:

En primer lugar, debe potenciarse el carácter estratégico de la contratación entre Gobiernos, configurándolos como una cuestión de Estado y como una vía para establecer relaciones duraderas de cooperación en materia de defensa con otros países.

En según lugar, debe procederse a la simplificación del régimen jurídico aplicable al contrato Gobierno a Gobierno, dotándolo de una mayor flexibilidad que permita su adaptación a las circunstancias del caso concreto.

Por último, resulta imperativo revisar el régimen de responsabilidad previsto para el contrato Gobierno a Gobierno, excluyendo la responsabilidad del Gobierno extranjero por hechos exclusivamente imputables al Gobierno español y dotándolo, asimismo, de una mayor flexibilidad que permita atender a las concretas circunstancias del Gobierno con el que se pretende suscribir y conjugarlas con los propios intereses nacionales, lo que contribuiría a facilitar la suscripción de este tipo de contratos, sin perjuicio de las garantías *ad ho*c que puedan exigirse para evitar el quebranto patrimonial a la Hacienda Pública española.

43. En virtud de lo expuesto en las conclusiones anteriores, deberían utilizarse todos los instrumentos administrativos a disposición del Ministerio de Defensa para la obtención y sostenimiento de las capacidades militares necesarias. No obstante, dadas las incongruencias, contradicciones y omisiones existentes entre las distintas normas que regulan la cuestión, debería procederse a una revisión de dicha normativa, buscando una regulación sistemática que garantice su homogeneidad y facilite su aplicación, mejorando la seguridad jurídica en un ámbito tan relevante y que garantice la participación de todos los poderes del Estado, configurando realmente a la política de defensa, en todos los ámbitos, incluido el contractual, como una política de Estado.

De este modo, en la contratación en materia de defensa, partiendo de su consideración como un mero instrumento al servicio de la defensa nacional, y siempre que se trate de capacidades esenciales, deben primar los principios de soberanía y de necesidad, permitiendo la adjudicación de los contratos a la industria nacional, con la finalidad de mantener e, incluso, incrementar sus capacidades.

En definitiva, se debería establecer una normativa administrativa que, en este ámbito tan específico y esencial como es la defensa nacional, permita al volver al concepto tradicional de servicio público como eje central y vertebrador de la actividad pública, de modo que la misma cumpla su cometido de servir fielmente a la consecución de los intereses generales. Todo ello sin perjuicio de que otros aspectos también importantes de la actividad pública, como son la integridad, la lucha contra la corrupción y el pleno cumplimiento de la legalidad, incluso en situaciones de anormalidad constitucional, queden debidamente garantizados mediante los controles, internos y externos, que resulten necesarios, mediante el principio que hemos denominado principio de control reforzado.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ORTEGA, S.J., «Ley de Programación Militar: ¿la solución para unas Fuerzas Armadas financieramente sostenibles? » *en Cuadernos de Pensamiento Naval*, núm. 22, Ministerio de Defensa, Madrid 2017.

ACUÑA CALVIÑO, D., «Descripción y análisis de los conceptos "smart defence pooling and sharing"» en *Documento de Seguridad y Defensa 56: Enfoque multinacional al desarrollo de capacidades de Defensa. La Smart defence de la OTAN frente al Pooling Sharing de la UE*, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 2013.

AGNEW, J. Geopolítica: una revisión de la política mundial. Madrid. Trama Editorial, 2005.

AGUADO VALLADARES, C., «La lenta agonía del tratado FACE», *Documento de opinión 23/2012, IEEE,* 2012.

ALEJANDRE MARTÍNEZ, F. *Rey servido y patria honrada. Una visión de la defensa de España.* Deusto, Barcelona, 2022

ALFONSO MEIRIÑO, A., «20 años de contribución a la defensa europea», *Revista Española de Defensa*, nº 353, Ministerio de Defensa, Madrid, septiembre de 2018.

ALFONSO MEIRIÑO, A., «La creación de la Agencia Europea de Defensa», en *La Agencia Europea de Defensa: Pasado, presente y futuro*, Monografías del CESEDEN, Ministerio de Defensa, 2009.

ALFONSO MEIRIÑO, A., «La globalización de los asuntos de defensa: capacidades militares, mercado e industria», en *Cuadernos de Estrategia 175, Industria Española de Defensa: Riqueza, tecnología y seguridad*. IEEE, Ministerio de Defensa, Madrid, 2015.

ALLARD, J. Ch.: L´Organisation des programmes d´armement en cooperation, Aspects Juridiques, en L´Armement, Revue de la Délegation Géneral por L´Armement, nº 50, Diciembre 1995, enero 1996.

ALONSO BAQUER, M., "Las Fuerzas Armadas en la tradición constitucional española", en AA.VV., *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución,* Tomo IV, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, Madrid, 1988.

ALONSO BAQUER, M., Documento de análisis del IEEE 08/2010: Estrategia, geoestrategia, geopolítica (agosto de 2010).

ALONSO BERRIO, M, "Los estados fallidos", *Cuadernos de estrategia, 120, (Ejemplar dedicado a: Nuevos riesgos para la sociedad del futuro)*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.

ALONSO GARCÍA, R. «El control de convencionalidad: cinco interrogantes» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, Madrid, 2020.

ALONSO GARCÍA, R. «El soft law comunitario», *Revista de Administración Pública*, Nº 154, 2001.

ALONSO GARCÍA, R. «Treinta años de *ius publicum commune* europeo en España» en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, Madrid, mayo-agosto 2016.

ALONSO GARCÍA, R. *El juez español y el Derecho comunitario,* Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2003.

ALONSO GARCÍA, R., «El Tratado de Lisboa», en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Nº. 18, Madrid, 2008.

ÁLVAREZ GARCÍA, V. J., *El concepto de necesidad en derecho público*, Cívitas, Madrid, 1996.

ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho público,* CIVITAS, Madrid, 1996

ALZAGA VILLAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. y RODRÍGUEZ ZAPATA, J. *Derecho Político Español según la Constitución de 1978, I,* Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. «Artículo 1. Objeto» en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ.HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales*, Civitas, Cizur-Menor, 2015.

ANTÓN ONECA, J, *Derecho Penal*, Tomo I, «Parte General», Madrid, 1946.

ARAGÓN REYES, M. «Veinticinco años de monarquía parlamentaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, número 70, enero-abril, 2004.

ARGUMOSA PILA, J. «Viabilidad de un ejército europeo» en *Reflexiones sobre Seguridad y Defensa*, Asociación Española de Militares Escritores, ISEN Centro Universitario, Murcia, 2021

ARGUMOSA PILA, J. R., «Estrategia de Defensa», en ARGUMOSA PILA, J. R. (Ed.) *Defensa: Estado y Sociedad. El caso de España*. Instituto Europeo de Estudios Internacionales, Salamanca-Stockholm, 2018.

ARLETTAZ, F. *Introducción a los regímenes internacionales de seguridad u defensa*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2021.

ARTEAGA F., GARCÍA, R., MOLINA I., ORTEGA R., OTERO_IGLESIAS, M., POWELL, C. y STEINBERG, F. «Autonomía estratégica europea e intereses de España», *ARI 89/2021* de 2 de noviembre de 2021, Real Instituto Elcano.

ARTEAGA MARTÍN, F. y FOJÓN LAGOA, E.: *El planeamiento de la política de defensa y seguridad en España,* IUGM, Madrid, 2007.

ARTEAGA, F. *Que no nos den gato (defensa europea) por liebre (defensa de la UE)*. Real Instituto Elcano, Madrid, 23/01/2020.

ARTEAGA, F. y FOJÓN, E. *El planeamiento de la política de defensa y seguridad en España*, IUGM, Madrid, 2007.

ARTEAGA, F. y SIMÓN, L. (eds.), *El Fondo Europeo de Defensa y el futuro de la industria española.* Real Instituto Elcano, Madrid, 2019.

ARTEAGA, F., El concepto de seguridad nacional en el Libro Blanco de la Defensa y la Seguridad Nacional de Francia, ARI 133/2008, Real Instituto Elcano.

ARTEAGA, F., La Ley de Seguridad Nacional: tarde y mal pero ¿mejor que nunca?, Comentario Elcano 46/2015.

AVEZUELA CÁRCEL, J., «El contrato de concesión de servicios», en PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (Dir) *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2018.

BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. *Industria y Defensa Nacional*. Estudio Jurídico-Administrativo, Ministerio de Defensa, Madrid, 1989.

BALLBÉ MAYOL, M., *Orden público y militarismo en la España Constitucional (1812-1983)*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2020.

BALLESTEROS MARTÍN, M. A., "El terrorismo como conflicto asimétrico", *VIII Jornadas sobre Geopolítica y Geoestrategia*, IEEE.

BALLESTEROS MARTÍN, M.A., *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2016.

BASSOLS COMA, M., «Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público», en *Revista de Administración Pública*, núm.82, Ene-Abr. 1977.

BECHARA LLANOS, A. Z. "Aproximación teórica al concepto de estado: Distinciones en torno a Heller, Jellinek y Carré De Malberg" *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, VII* (14), 2015.

BLANCO VALDES, R. L., *La ordenación constitucional de la defensa*, Tecnos, Madrid, 1988.

BLANQUER CRIADO, D.V., *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Civitas, Madrid, 1996.

BODINO, *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, 2006.

CALDERÓN CEREZO, A., XXV años de la sala de lo militar del Tribunal Supremo, *Revista Española de Derecho Militar*, núm 100, Ministerio de Defensa, Madrid, 2013.

CALDUCH CERVERA, R., "Cultura de Defensa", en ARGUMOSA PILA, J.R. (Ed.) *Defensa: Estado y Sociedad. EL caso de España*, Instituto Europeo de Estudios Internacionales, Salamanca-Stockholm, 2018.

CALDUCH, R., *Dinámica de la Sociedad Internacional*, Editorial Ceura. Madrid, 1993.

CALVO ORTEGA, R., *Curso de Derecho Financiero*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

CALVO, C. y FONFRÍA, A, « Hacia una Ley de Financiación de la Defensa en España» en *ARI 57/2017*, Real Instituto Elcano, 4 de julio de 2017.

CÁMARA VILLAR, G., "El conflicto de los insumisos (reflexiones y propuestas sobre la objeción de conciencia y la insumisión en España)", en *Estudios de Derecho Público (Homenaje a J.J. Ruiz Rico)*, Tecnos, Madrid, 1997

CÁMARA VILLAR, G., *La objeción de conciencia al servicio militar (las dimensiones constitucionales del problema)*, Editorial Civitas, Madrid, 1991

CANALES GIL, Á. y HUERTA BARAJAS, J. A., *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.

CARBONE, C., *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Giuffré Editore, Milano, 1968.

CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*. Traducción de José Lion Depetré. Fondo de Cultura Económica. Colección Política y Derecho. Primera Edición en Español. México, D.F, 1948.

CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001.

CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, EDERSA, Madrid, 1986.

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

CASTILLO MASETE, J. A., «El mercado de defensa», en *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, nº 806 Publicaciones de Defensa, Madrid, septiembre 2011.

CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.

CAZORLA PRIETO, L. M., *Legitimidad monárquica y gestión económica de la corona*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

CAZORLA PRIETO, L. M., *Fuerzas Armadas y Acción Exterior del Estado*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2019.

CERRO CAMPOS, F. I., «La ley de financiación de la Defensa: una necesidad inaplazable», *Documento de Opinión 82/2019*, IEEE.

CHICO DE LA CÁMARA, P. y FRAILE FERNÁNDEZ, R. *Fiscalidad de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil,* Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

CLAUSEWITZ, C., *De la Guerra*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1999.

COELLO DE PORTUGAL, J.M., *La Jefatura del Estado,* Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

COLLINS, J. M. *La gran estrategia. Principios y prácticas,* Círculo Militar, Buenos Aires, 1975

COLOM G., «Una revisión del planeamiento de la defensa por capacidades en España (2005-16)» *Papeles de Europa,* Vol. 30, Nº. 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: El entorno económico-estratégico de la defensa).

CORCUERA ATIENZA, J., "El Título Preliminar de la Constitución de 1978", *Anuario de derecho parlamentario,* nº. 15, 2004 (Ejemplar dedicado a: XXV aniversario de la Constitución Española).

COSCULLUELA MONTANER, L.M., «el contrato de suministro», en GÓMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996.

COTINO HUESO, L., «El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental», Teoría y Realidad Constitucional, núm. 40, UNED, 2017.

COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas,* INAP, Madrid, 2002.

COZAR MURILLO, B., «A propósito de la "autonomía estratégica": un concepto pendiente de definir»**,** *Ejércitos: revista digital sobre armamento, Defensa y Fuerzas Armadas*. 09/05/2021.

CRUZ ALLI TURRILLAS, J. «Desnacionalización y privatización de los ejércitos. (La vuelta al modelo tardo-renacentista)» *Boletín de Información CESEDEN*, Ministerio de Defensa, Nº. 285, 2004

CRUZ VILLALÓN, P., *El Estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878),* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1980.

CUNHA DE OLIVEIRA, A. Desenvolvimento de Sistema de Armas: Absorción de Tecnología específica . A Defesa Nacional, 2020.

DE ASÍS ROIG, A.E., «Régimen de la contratación de la Administración en el extranjero», en GÓMEZ-FERRER Y MORANT, R. (Dir.), Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas, 2004.

DE CASTRO RUANO, J.L. «Hacia una Unión Europea de la Defensa o cómo hacer de la necesidad virtud» en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol.34/2018.

DÍAZ TORRES, J., *Memorandos de entendimiento en el ámbito del Ministerio de Defensa*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011.

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

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial Volumen Primero, Introducción Teoría del Contrato*, Quinta Edición. Madrid, Editorial Civitas, 1996.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV: Las particulares relaciones obligatorias*. Pamplona, Civitas 2010.

DOMINGO, R. y RODRIGUEZ-ANTOLÍN, B., *Reglas Jurídicas y Aforismos,* Aranzadi, Pamplona, 2000.

DOMÍNGUEZ DONAIRE V. y FUENTE COBO I., *Presente y futuro de la política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea,* Documento de Trabajo 01/2018, IEEE.

DOMINGUEZ NAFRÍA, J. C. y DOMÍNGUEZ TORRES-FONTES, C., «Introducción a la historia de la industria al servicio de la defensa en España» en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.) *Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

DUVERGER, M., *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1970.

ENSEÑAT Y BEREA, A., *«La adaptación del Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa y sus consecuencias estratégicas*». *Boletín de Información, nº 274*, CESEDEN, 2002.

ENSEÑAT Y BEREA, A., *Estudio del Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995.

ESCUIN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de expropiación forzosa,* Civitas Ediciones, Madrid, 1999.

FELIÚ BERNÁRDEZ, L. «El futuro de la Europa de la Defensa y de la Cooperación Estructurada Permanente» en *Reflexiones sobre Seguridad y Defensa*, Asociación Española de Militares Escritores, ISEN Centro Universitario, Murcia, 2022.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. «Negocios y contratos excluidos», en GIMENO FELIÚ J. M., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Aspectos jurídicos de las técnicas e instrumentos para la contratación pública agregada», en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.) Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público. Un análisis jurídico y económico, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

FERNANDEZ GARCÍA, I., *Los derechos fundamentales de los militares*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2015.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización», *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, nº 5, 2000.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A. «Parliamentary Control of "Other International Agreements" in the *New Spanish Treaties and Other International Agreements Act (TOIAA)*, 18, SYbIL (2013-2014).

FERNÁNDEZ, J. «El Parlamento y la guerra. La posición de las Cortes Generales ante las misiones en el exterior», *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, número 8, 2003.

FERNÁNDEZ-MAZARRAMBOZ, M. H., "Alternativas conceptuales a la doctrina COIN de la OTAN: el error de base en la búsqueda de la legitimidad" en *Monografías 154, Escuela Superior de las Fuerzas Armadas, Selección de los ocho mejores trabajos de fin de curso del XX CEMFAS en el año escolar 2018-2019 impartido en el CESEDEN*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid 2020.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., «En torno al concepto de Constitución» en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid y Fundación José Ortega y Gasset. Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. «El Estado Social», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 69, septiembre-diciembre 2003.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. «Las Cortes Generales», *Revista de Derecho Político,* núm. 36, 1992.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR A., *Sistema electoral, partidos políticos y Parlamento.* Colex, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, E., «Disposición adicional 1ª», en JIMÉNEZ APARICIO, E. (Coord.) *Comentarios a la legislación de contratación pública,* II, Aranzadi, Cizur-Menor, 2016.

FERREIRO LAPATZA, J.J., *Curso de Derecho Financiero Español*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

FICHTE, J. G., *Discursos a la nación alemana* (Introducción de Hans-Christian Lucas, traducción de Luis. A. Acosta y María Jesús Varela), Orbis, Barcelona, 1985.

FLORES GIMÉNEZ, F, "El derecho y el deber de defender España en el Siglo XXI. Una mirada constitucional", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico,* Nº. 27, 2020 (Ejemplar dedicado a: Objetivismo moral y Derecho).

FONFRíA MESA, A., "Industria de Defensa" en ARGUMOSA PILA, J. R. (Ed.) Defensa: Estado y Sociedad. EL caso de España. Instituto Europeo de Estudios Internacionales, Salamanca-Stockholm, 2018.

FONFRÍA MESA, A., «Efectos del gasto militar sobre la rentabilidad de la industria de defensa en España» en *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. Serie economía*, Nº 23, 2009.

FONFRÍA MESA, A., «La adquisición de sistemas y su financiación: problemas y algunas soluciones» en *Cuadernos de estrategia Nº. 175: Industria española de defensa*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2015.

FRíAS SÁNCHEZ, C.J., «La disuasión convencional», *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos* nº 8, diciembre de 2016.

FUENTES MONZONÍS-VILALLONGA J., *la defensa europea: del Tratado de Bruselas de 1948 al de Lisboa de 2010.* Documento de Opinión 50/2011. Instituto Español de Estudios Estratégicos, Madrid, 2011.

GALLEGO CÓRCOLES, I., «El derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual», en GAMERO CASADO, E y GALLEGO CÓRCOLES, I.(dirs.), *Tratado de contratos del sector público* tomo I, Tirant lo Blanch, 2018.

GARCÍA ALONSO, J. M. «Introducción a la industria de la defensa en España» , en *Gasto militar y crecimiento económico. Aproximación al caso español, Cuaderno de Estrategia número 64 del CESEDEN* Abril, 1994.

GARCÍA ARIAS, L., *La guerra moderna y la organización internacional,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, Civitas Ediciones, Madrid, 2000.

GARCÍA MONTAÑO, J.M. "La política industrial de defensa" en *Cuadernos de Estrategia 175 Industria Española de Defensa: Riqueza, tecnología y seguridad*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2015.

GARCÍA RUIZ, M., «De las compensaciones a los programas de cooperación industrial internacional en el ámbito de defensa en España», *Documentos de Seguridad y Defensa 32 La Industria Española de Defensa en el ámbito de la cooperación internacional*, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 2010.

GARCÍA SIEIRO, J. M., «Planeamiento por capacidades» *Revista Española de Defensa* nº 220 Junio 2006.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. «Consideraciones sobre el contrato de suministro en el sector de la defensa», en PALOMAR OLMEDA, ALBERTO (Dir.) *Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa,* Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

GARRIDO FALLA, F.: "El concepto de servicio público en el Derecho español" en *Revista de Administración Pública*, Núm. 135. Septiembre-diciembre 1994.

GERSON, M. «Conventional Deterrence in the Second Nuclear Age», *Revista Parameters*, del U.S. Army war College, número de otoño de 2009.

GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

GIMENO FELIÚ, J.M., *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

GONZÁLEZ BARRAL, J. C., «Los convenios excluidos conforme al artículo 296 del Tratado de la Unión Europea», en ARIÑO y Asociados, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo I, Ed. Comares, Granada, 2002.

GONZALEZ BARRAL, J.C., «Aspectos jurídicos de la política europea de armamentos: La Agencia Europea de Armamentos» en *III Jornadas sobre asesoramiento Jurídico en el ámbito de la Defensa, Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídico militares*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ CASANOVA, J.A., "La idea de constitución en Karl Loewenstein", *Revista de estudios políticos*, Nº 139, 1965.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», *Revista de Administración Pública*, nº 173, 2007.

GONZÁLEZ MENÉ F. «La componente industrial» en *Documento de Seguridad y Defensa 56 Enfoque multinacional al desarrollo de capacidades de Defensa. La Smart defence de la OTAN frente al Pooling Sharing de la UE*, Ministerio de Defensa, 2013.

GONZALEZ VEGA J.A. «¿Tratados ocultos?:sobre ciertas manifestaciones de la acción concertada "no convencional" en el marco de las competencias "reservadas" a los tratados internacionales» *EL Derecho internacional en el mundo multipolar del s.XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, SL, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ VEGA, J.A. «Artículo 2. Definiciones» en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ.HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.

(Dir.) *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales*, Civitas, Cizur-Menor, 2015.

GUAITA MARTORELL, A., "la Administración militar", *Revista de Administración Pública*, Nº 7, 1952.

HAURIOU M., *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 8ª edic., 1914.

HEGEL, G.W.F., *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, traducción de Alfredo LLANOS, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1987.

HEGEL, G.W.F., *La razón en la historia*, Seminarios y Ediciones, España, 1972.

HERBÓN COSTAS, J. J., «Los arrestos disciplinarios españoles y el convenio europeo de derechos humanos: necesidad de una reforma», *Revista de Administración Pública*, núm. 215, mayo - agosto (2021).

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., "El Rey y las Fuerzas Armadas", *Revista del Departamento de Derecho Público*, UNED núm.7,1980.

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., «Dimensión constitucional de la profesionalización de las Fuerzas Armadas», en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº43, 1998.

HOBBES, T., *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 2018.

HOLSTI, KAVELI J. *The State, the War and the State of War*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

HUERTA BARAJAS, J. A., «El artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa», en PARDO GARCÍA VALDECASAS, J.J. *La contratación y el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la UE, Documento de Trabajo 2/2017*, CESEDEN, Madrid, 2017.

HUME, D., *Investigación sobre los principios de la moral*, traducción, estudio introductorio y notas de Marcelo Mendoza Hurtado, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes Prometeo, 2015.

IGLESIAS VELASCO, A.J. «Las operaciones de paz de Naciones Unidas como paradigma del multilateralismo» en *Monografías del CESEDEN, número 109: Naciones Unidas como principal elemento del multilateralismo del siglo XXI,* Ministerio de Defensa, 2009.

JACKSON R. H. "Los estados fallidos y la tutela internacional", *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, núm. 10, febrero de 2008, GERI – UAM

JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, traducción de Fernando de los Ríos, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981.

JIMÉNEZ BASTIDA, J.L. *Un análisis macroeconómico de los efectos de la inversión en defensa nacional sobre la base industrial y tecnológica en España,* Ministerio de Defensa, Madrid, 2017.

JIMÉNEZ GARCÍA, F. «El derecho internacional en mutación. El test «civilizatorio» del Estado de Derecho internacional (¿soft-law de baja o alta intensidad?) y el régimen de las fuerzas de estabilización de la paz», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018.

JORDAN, A. A. y TAYLOR, W. J. *American National Security: Policy and Procces,* The John Hopkins University Press, Baltimore, 1981

LA FUENTE CHACÓN, J.C. y GARCÍA DOLLA, D., «Introducción al Cuaderno», *Cuadernos de Estrategia 182, La colaboración tecnológica entre la Universidad y las Fuerzas Armadas*, IEEE, Ministerio de Defensa, octubre 2016.

LABORIE IGLESIAS, M. A., «Empresas de seguridad, mercenarios y derecho internacional humanitario», en *Cuadernos de estrategia, Nº. 160,* Ministerio de Defensa, 2013 (Ejemplar dedicado a: La respuesta del derecho internacional a los problemas actuales de la seguridad global).

LAZO VITORIA, X., «Los contratos públicos sobre defensa y seguridad en el mercado europeo», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.82 (1).

LEÓN SERRANO, G., «Cooperación en la actividad investigadora, desarrollo tecnológico e innovación entre la universidad y las Fuerzas Armadas» en *Cuadernos de Estrategia 182, La colaboración tecnológica entre la Universidad y las Fuerzas Armadas*, IEEE, Ministerio de Defensa, octubre 2016.

LIDDELL HART, B., *La estrategia de la aproximación indirecta*, Iberia. Joaquín Gil Ediciones. Barcelona, 1946.

LOMBARDI, G. M. *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè Editore, Milano, 1967.

LONG, M., WEIL, P. DEVOLVÉ, O. y GENEVOIS, B. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, París, 2015.

LÓPEZ GARRIDO, D., "Algunos datos sobre el control de la política de defensa y la Administración militar en el Congreso de los Diputados, 1977-1985", *Revista de las Cortes Generales*, núm.8, 1986.

LÓPEZ HENARES, V., "La Administración militar", *Revista Española de Derecho Militar*, nº19, enero-junio, 1965.

LÓPEZ MARTÍN, A.G., "Los estados "fallidos" y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico internacional" en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2010*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2011.

LÓPEZ MARTÍN, T., «Oportunidades de negocio en el ámbito de la OTAN», *ICEX España Exportación e Inversiones*, Bruselas, 16 de marzo de 2020.

LUCAS VERDÚ, P. "Comentario al Título Preliminar" en ALZAGA, O. (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Tomo I, Madrid, 1983.

MAQUIAVELO, N., *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Libro Tercero, Cap.41 (Ana Martínez Arancón, trad.) Alianza Editorial, Madrid, 1978.

MAQUIAVELO, N., *El Príncipe*, traducción Eli LEONETTI JUNGL, Espasa-Calpe, Madrid, 1991.

MARCEL FONTAINE, F. . *La redacción de contratos internacionales*. Pamplona, Civitas, 2013.

MARIÑO MENÉNDEZ, F. «El Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa», *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen XLIII, 1991.

MARIÑO MENÉNDEZ, F. «Zonas libres de armas nucleares en el Derecho Internacional», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz,1985*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1986.

MARIÑO MENÉNDEZ, F., *El Tratado de Amsterdam, Análisis y Comentarios,* vol. 1. Dirigido por Marcelino OREJA y coordinado por Francisco FONSECA, Madrid, 1998.

MARTÍ SEMPERE, C. *Sobre la eficiencia en Defensa,* IUGM, Madrid, 2015.

MARTÍ SEMPERE, C. *Tecnología de la defensa. Análisis de la situación española,* Instituto Universitario "General Gutiérrez Mellado" Madrid 2006.

MARTÍ SEMPERE, C. Una visión evolucionista de la defensa, *Revista del IEEE,*nº 6, Publicaciones de Defensa, diciembre 2015.

MARTÍ SEMPERE, C., «El problema de la compra de "futuros" en defensa», *Economía industrial* Nº 412, (Ejemplar dedicado a: Industria de defensa), Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Madrid, 2019.

MARTÍ SEMPERE, C., La industria de defensa. Principales características y eficiencia de un sector estratégico. *Economía industrial*, Nº 388, 2013 (Ejemplar dedicado a: PYME y emprendimiento innovador).

MARTÍN CASARES, G. y AMOR MORENO, M. E. La política industrial de defensa y su financiación, *Economía industrial*, Nº 412, 2019 (Ejemplar dedicado a: Industria de defensa).

MARTÍN CORRALES, C., «Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares: ¿avance hacia el desarme nuclear?>> *Documento de opinión 97/2017,Boletín IEEE nº 7* (Julio-septiembre) 2017.

MARTÍN RAMÍREZ, J. y BAUZÁ-ABRIL, B. (Ed.), *Security in the Global Commons and Beyond*, Springer, Madrid, 2020.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. «La Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar», *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 67/1, enero-junio 2015, Madrid, 2015.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F., «El control parlamentario de los secretos oficiales», *Revista de las Cortes Generales*. Nº 104, Segundo Cuatrimestre, 2018.

MAURO VEGA, J., «El planeamiento de la defensa en España 2008-2015: Análisis de política pública», *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 1, No. 2, 2015

MELLADO ESCRIBANO, J.C. y CAPELA BLÁZQUEZ, M., *La Agencia Central de Adquisiciones: ¿una alternativa viable?*, Documento de Trabajo 07/2015, IEEE, mayo de 2015

MILLÁN GARRIDO, A., *Justicia Militar*, Ariel, Madrid, 2010.

MIRANDA GONZÁLEZ, J. *La Contratación de las Administraciones Públicas,* Celeste Ediciones, Madrid, 1995.

Monografía 140: Capacidades futuras de las Fuerzas Armadas, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 2014.

MORA BENAVENTE, E. «Introducción» en *Cuadernos de estrategia 184: Una estrategia global de la Unión Europea para tiempos difíciles*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2017.

MORENA DE LA MORENA, L., *Curso de Derecho Administrativo,*IV, Madrid, 1992

MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0.*, Chartridge Books Oxford, Oxford, 2015.

MORET MILLÁS, V., "La autorización de las operaciones en el exterior de las Fuerzas Armadas: una propuesta de regulación parlamentaria", *CEFLegal: revista práctica de derecho*. *Comentarios y casos prácticos*, Nº. 151-152, 2013.

MORET MILLAS, V., "Los deberes constitucionales en el ordenamiento jurídico español: el inestable binomio derechos-responsabilidades", *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, Nº. 30, 2018.

MUÑOZ MACHADO, S., *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Ed. Civitas, Madrid, 1979.

NEVADO MORENO, P. T. "El modelo de función pública militar. Una reflexión sobre la Ley 17/1989, de 19 de julio, sobre el régimen del personal militar profesional y en normativa de desarrollo", en DOMÍNGUEZ-BERRUETA, M. y otros, *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas,* Marcial Pons, Madrid, 1997.

ORTEGA MARTIN, J., *La transformación de los ejércitos españoles*, UNED, Madrid, 2008.

PALOMAR OLMEDA, A., «Marco referencial de la acción administrativa en materia de defensa» en PALOMAR OLMEDA, A. (dir.) *Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa.* Aranzadi , Cizur- Menor, 2009.

PANIZO GARCÍA, A. «Régimen Jurídico de los Convenios de Colaboración», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 1995.

PDC-01 (A) Doctrina para el empleo de las FAS, Ministerio de Defensa, Madrid, 2018.

PÉREZ FORNÍES, C., «Ocho claves para fomentar la industria de defensa en España» *eDossier nº 11*, IDS, Madrid, octubre de 2020.

PÉREZ GIRALDA, A., «España y la práctica del derecho internacional: "los acuerdos no normativos"» en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dir.) *España y la práctica del Derecho Internacional LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC,* Colección Escuela Diplomática, Ministerio De Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2014.

PÉREZ MUINELO, F., *El gasto de defensa en España 1946-2015*, Ministerio de Defensa, Secretaria General Técnica, Madrid, 2015.

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

PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1984.

PICKET, J. «El Derecho Internacional Humanitario: definición» en AAVV. *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario*, Tecnos, Madrid 1990.

PISTONE, Sergio, voz "Razón de Estado" en BOBBIO, N., MATTEUCCI N, y PASQUINO G. (Dir.), *Diccionario de Política*, Siglo XXI editores, Madrid, 1991.

PLATÓN, *República*, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 2020.

PONTIJAS CALDERÓN, J. L., «El ejército europeo y la autonomía estratégica de la Unión Europea» *Documento Análisis 08/2019 6 de marzo de 2019*, IEEE.

PORTER Michael E. Los clústeres y la nueva economía de la competencia, *Harvard Business Review* (noviembre diciembre 1998).

POYATO ARIZA, J. L., «Capítulo X: Los MOU,s. Su fundamento Jurídico, tipos y competencia, y los acuerdos técnicos». *Curso de Derecho Operativo, Lecciones de derecho operativo*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 2001.

POZO VILCHES, J. «Arbitraje y contratos públicos», en CABANILLAS SÁNCHEZ. A y DÍEZ PICAZO, L. (coord..) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. 4, Civitas, Madrid, 2002.

POZO VILCHES, J. «Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar», *Diario LA LEY*, nº 9877, de 23 de junio de 2021.

POZO VILCHES, J., «El delito de incumplimiento contractual del Código Penal Militar», *Diario LA LEY*, nº 9718, de 19 de octubre de 2020.

PRIETO DEL VAL, T. F. «La inteligencia militar, una constante histórica» Documento Opinión IEEE 79/2014 de 18 de julio de 2014.

QUERO RODILES, F., *Introducción a la teoría de la Seguridad Nacional*. Ediciones Ejército, Madrid, 1989.

RACIONALIZACION DE LA CONTRATACION EN EL MINISTERIO DE DEFENSA, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, mayo 2004.

RAMOS JOSA, P. F. "Estados fallidos postconflicto: las lecciones no aprendidas de Occidente", *Revista de Pensamiento Estratégico y Seguridad CISDE*, 5(1).

RAMOS M., La tecnología en el suministro a las Fuerzas Armadas, *Revista Espacios (Internet)*, Vo. 15 (3) 1994.

REMIRO BROTÓNS, A. «Comentario General a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales» en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ.HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales*, Civitas, Cizur-Menor, 2015

RODRÍGUEZ DE SAMANIEGO, J.M, *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, E. *"Guerra justa", Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* Nº 6, marzo – agosto 2014.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Introducción» en DE LEÓN VILLALBA, F. J., JUANES PECES, A. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (Dirs.) *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

ROMM, J.J, *Definiendo a la Seguridad Nacional,* Council of Foreign Relations Press, Nueva York, 1993.

ROUSSEAU, J. J., *Contrato Social*, Espasa, Barcelona, 2012.

RUBIO GONZÁLEZ, A., *Inversión extranjera, soberanía económica y seguridad nacional*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2017.

RUIZ BENITEZ, A., «¿Está realmente cambiando la naturaleza de los conflictos?: la vigencia de los principios del arte de la guerra en el horizonte 2035» en *Revista Ejército*, nº. 955 (nov. 2020).

RUIZ DE OJEDA ZURITA, J., «Europa ante las claves del liderazgo en el sector aeroespacial y de defensa», en *Monografías 146 La industria de defensa en España tras los consejos europeos de diciembre de 2013 y junio de 2015*, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 2015.

SAINZ DE VICUÑA BARROSO, A. La contratación exterior del Estado, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1986.

SALCEDO Y RUIZ, A., Sustantividad y fundamento del derecho militar, Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, con contestación a cargo de UGARTE y PAGÉS, Javier, RACMP, Madrid, 1913.

SANABRIA LUENGO, M., *La contratación exterior del Ministerio de Defensa*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2006.

SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1984.

SÁNCHEZ GAMBOA, J.A., «Ideas fundamentales sobre inteligencia» en *Monografías 148 Inteligencia. Un enfoque integral*, CESEDEN Ministerio de Defensa, Madrid, 2016.

SÁNCHEZ MORÓN, M., «La coordinación administrativa como concepto jurídico», *Documentación administrativa*, Nº 230-231, 1992 (Ejemplar dedicado a: Administración y Constitución: El principio de coordinación).

SANDOVAL ROJAS, O., «Un tratado sobre comercio de armas para frenar la proliferación mundial de armamento», *Agenda Internacional Año XV*, N° 26, 2008.

SANJURJO JUL, J. M., «La Armada en la cuarta revolución industrial: algunas reflexiones», en *Revista General de Marina*, agosto/septiembre 2020, tomo 270, Ministerio de Defensa, 2020.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.

SANTOS SÁNCHEZ, D. J., «Prólogo a la Segunda Edición» en *Manual básico de tribunales y procedimientos militares*, Ministerio de Defensa, Tribunal Militar Central, Madrid, 2017.

SANTOS SÁNCHEZ, D.J. «Sector de la defensa y la seguridad» em MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *Estado y Mercado. Un vistazo global a la regulación económica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

SANTOS SÁNCHEZ, D.J., «El contrato Gobierno a Gobierno ¿una regulación eficaz?>> en *Revista Española de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, 2019.

SEPÚLVEDA, I. Y ALDA, S. (Eds), *Fuerzas Armadas y Políticas de Defensa: transición y modernización*, Congreso de Historia de la Defensa, IUGM-UNED, Madrid, 2007.

SMITH, Adam. Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones. Fondo de Cultura Económica. Serie de Economía. México.1997.

STIGLITZ, J., *La economía del sector público*, Antoni Bosch S.A., Barcelona, 2000.

SUBERVIOLA GILABERT, J. R., «Lawfare. El uso del derecho como arma» en *Revista Española de Derecho Militar*, nº106, julio-diciembre de 2016, Ministerio de Defensa, 2017.

SUN TZU E*l arte de la guerra*, Editorial EDAF, Madrid 7ª edición, marzo 2005.

TOMAS DE AQUINO, *Suma de Teología*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990.

TORRES VIQUEIRA, E. *Elementos procedimentales de la contratación Militar*, ISDEFE, Madrid, 2001

TRENTIN, *Les transformations récentes du droit public italien,* Giard, París, 1929.

TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, F.: «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española», *REP*, núm.12, Nueva Época, nov-dic.1979.

URREA SALAZAR, MJ. *La contratación internacional de las Administraciones Públicas,* Dykinson, Madrid, 1999.

VERGARA, E., *La elaboración de las políticas de defensa: la preparación de los líderes para su formulación*, Universidad del Salvador, Buenos Aires, 2005.

VERGOTTINI, G., *Indirizzo político della difesa e sitema constituzionale,* Giuffré, Milán, 1971.

VITORIA, F., *Relecciones sobre los indios y derecho de la Guerra*, Espasa Libros, Madrid, 2011.

Weber, M. *La ciencia como profesión; la política como profesión*. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1992.

YANIZ VELASCO F., *La Política Común de Seguridad y Defensa de la UE avanza,* Documento de Opinión 151/2020, Instituto Español de Estudios Estratégicos.

YAPAR, H., «De la Profundidad Estratégica a la patria azul y más allá. Comprendiendo la deriva de Turquía hacia una mayor autonomía estratégica», *Documento de Opinión 40/2021,* 12 de abril de 2021.