

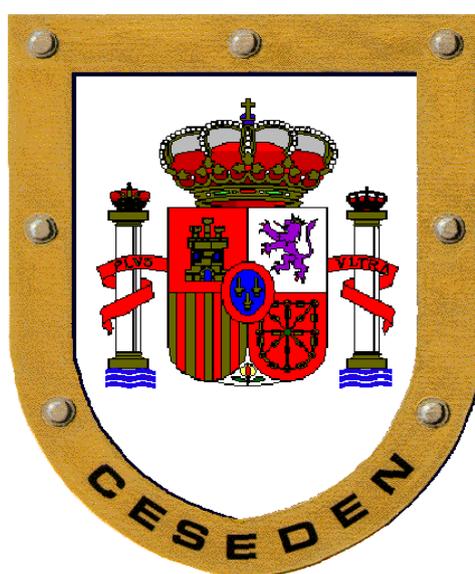


Documento de Trabajo 02/2017

Trabajo incluido en el Plan Anual de Investigación del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN) para el año 2017, como Grupo de Trabajo de Corta Duración nº 1 y asignado a la Escuela Superior de las Fuerzas Armadas (ESFAS)

La Contratación y el Artículo 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea

La Contratación y el Artículo 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea



Maquetado en marzo de 2017 por el Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)

**Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional
(CESEDEN)**

NOTA: Las ideas y opiniones contenidas en este documento son de responsabilidad de los autores, sin que reflejen, necesariamente, el pensamiento del Ministerio de Defensa, del CESEDEN o de la ESFAS.

Índice

Introducción

Juan José Pardo García-Valdecasas

Introducción	9
--------------------	---

Capítulo I

Políticas alternativas de la UE a la exención del artículo 346 del TFUE

Arturo Alfonso Meiriño

Introducción	19
Las instituciones europeas en los asuntos del mercado y la industria de defensa	20
La Comisión Europea se interesa por los asuntos de la industria de defensa	21
La actuación intergubernamental: la Agencia Europea de Defensa	26
El «Paquete de Defensa»: la Comisión lidera las políticas del mercado y la industria de defensa	30
Los cimientos del último impulso a la PCSD	31
La PESC, y la PCSD como parte integrante de ella, motor de revitalización de la UE	33
¿Hacia un verdadero Mercado Europeo de Equipos de Defensa (EDEM)?	38

Capítulo II

El artº 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa

Justo Alberto Huerta Barajas

Introducción	44
Condiciones sustantivas	48
Elementos excluidos de la ley de contratos del sector publico por razón de la defensa y seguridad	48

Normas internacionales	50
Protección de los intereses esenciales	51
Actividades de inteligencia	52
Programas de cooperación basados en I+D	52
Contratos en un tercer Estado en zona de operaciones	53
Contratos entre gobiernos	54
Servicios de I+D en ciertas circunstancias	56
Ámbito objetivo	57
Contratos	57
Objeto de los contratos	58
Intereses esenciales de seguridad	59
Intereses esenciales de seguridad: los <i>offsets</i>	60
Naturaleza de la exclusión	62
Condiciones de aplicación	63
Evaluación y control	63
Naturaleza jurídica de la actividad regulatoria organizativa	64
Procedimiento general	65
Procedimiento de actualización de la lista de material excluido	67

Capítulo III

Actualización del «test de aplicabilidad» del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el contexto normativo y jurisprudencial actual

Vanessa Aventin Fontana

Introducción	72
Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea posterior al año 2006 más relevante para el aplicador del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	75
Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2008 (asunto C-337/05)	75
Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2009 (asunto C-239/06), Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2009 (asunto C-294/05) y Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2009 (asunto C-372/05), entre otras	78

Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 2012 (asunto C-615/10)	80
Sentencia del Tribunal General (Sala Primera) de 18 de junio de 2013 (asunto T-509/09)	82
Sistematización y revisión desde el nuevo contexto normativo y jurisprudencial de las pautas interpretativas dadas por la «Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 296 TCE (ahora ya el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) en el ámbito de los contratos públicos de defensa»	84

Capítulo IV

Capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa y de la seguridad

Ángel Luis Sanz Sanz y Enrique Díez de Ulzurrum

Introducción	93
Los principios inspiradores	95
Los criterios de identificación de áreas de conocimiento y capacidades industriales vinculadas a los intereses esenciales de la defensa y de la seguridad	99
El carácter evolutivo de las áreas de conocimiento y capacidades industriales vinculadas a los intereses de la defensa y de la seguridad	101
La proporcionalidad de las medidas de protección	103
Áreas de conocimiento y capacidades industriales que afectan a los intereses esenciales de seguridad y defensa	104
Las medidas de protección de las áreas de conocimiento y capacidades industriales vinculadas a los intereses de la defensa y de la seguridad	109

Conclusiones

Conclusiones	113
--------------------	-----

<i>Composición del Grupo de Trabajo</i>	119
--	-----

Introducción

Introducción

Juan José Pardo García-Valdecasas

Abogado del Estado. Presidente Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

Introducción

La actividad de las Administraciones Públicas en todas sus facetas tiene un instrumento de primer orden en la contratación pública. En efecto, la mayor parte de las inversiones, tanto en obras como en la adquisición de equipamiento y la realización de servicios, todos ellos necesarios para hacerla posible y permitirle llegar al ciudadano, se llevan a cabo a través de la contratación pública.

Bien es cierto que en el ejercicio de sus funciones, las Administraciones Públicas se sirven habitualmente de una multiplicidad de instrumentos; sin embargo, no cabe poner en duda la importancia que la contratación pública reviste para la consecución de sus fines.

Por otra parte y desde el punto de vista de su utilización, la contratación es un instrumento neutral que es susceptible de servir para cualquier fin. Quiere ello decir que la figura del contrato es válida para ser utilizada en cualquiera de los diferentes ámbitos de la actividad administrativa.

Los ámbitos de la Defensa y la Seguridad interior del Estado son desde siempre dos de los grandes sectores de actividad estatal y en tal condición no son una excepción en el uso de los contratos como vehículo a través del cual se materializa ésta. No obstante, del mismo modo que esta actividad de los Estados tiene importantes particularidades con respecto a la actividad administrativa general, el uso de la contratación pública en ellos necesariamente ha de revestirse de importantes excepciones en su regulación con respecto de la normativa general de contratación. Esto afecta desde luego al propio contenido de los contratos, en los que los Estados, entre otras, pueden exigir el establecimiento de cláusulas tendentes a garantizar la seguridad de la información o la continuidad en el suministro, pero de modo muy particular afecta al modo de seleccionar al contratista o incluso a los supuestos en que a diferencia de lo que es obligado en otras actividades administrativas, no se requiere del uso del instrumento contractual.

Por ello, el estudio de la contratación en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad debe hacerse necesariamente desde esta perspectiva singular.

La doctrina y los Tribunales de recursos contractuales vienen poniendo de manifiesto como un hecho relevante la primacía que desde el punto de vista conceptual han alcanzado en materia de contratación los principios de la misma con respecto del que tradicionalmente venía siendo el principal condicionante de su regulación: el interés público. En efecto, la doctrina tradicional, partiendo de la base de que los contratos públicos son ante todo contratos, consideraba que la regulación tanto de los contratos públicos como de los privados, obedecía a iguales principios aunque con algunas salvedades que se traducían en importantes quiebras de la normativa contractual privada. Estamos hablando, por supuesto, de las denominadas prerrogativas de la Administración que rompían un principio básico de la contratación como es el de la igualdad entre las partes. Pues bien, esta peculiaridad de la contratación pública encontraba su justificación en la necesidad de preservar los intereses públicos. En base a ello, la Administración ocupaba en la relación contractual una posición preeminente con respecto al contratista.

La situación en los momentos actuales ha cambiado. Una consecuencia fundamental de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las Directivas de contratación de la Unión Europea, ha sido la contemplación de los denominados principios comunitarios como elemento inspirador de la regulación.

Nos vamos a extender un poco más en este importante fenómeno.

La contratación en el ámbito privado, además de al principio general de igualdad entre las partes, obedece en su regulación al importante principio de autonomía de la voluntad, lo que se traduce en una doble consecuencia. En primer lugar, que los particulares pueden elegir libremente si quieren o no celebrar un determinado contrato y con quién quieren celebrarlo, y en segundo lugar, que en la regulación de estos contratos late, por regla general una implícita cláusula «salvo pacto en contrario» que viene a consagrar el carácter meramente subsidiario de la norma jurídica con respecto a la voluntad de las partes.

Por el contrario en el ámbito de la contratación pública ni se pueden celebrar los contratos a voluntad del órgano de contratación ni se pueden celebrar con un empresario libremente elegido por él. Así con respecto a qué contratos pueden celebrar, dispone el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que *«los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales»*. Declaración que no se queda en una simple manifestación de intenciones, sino que se traduce en una exigencia concreta: *«A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación»*.

Por otra parte y con relación a la elección del contratista, la mayor parte de las normas contenidas en las disposiciones que regulan la contratación pública tienen por objeto determinar cómo seleccionar la oferta que resulte más ventajosa para la Administración y por ende la persona del empresario con el que celebrar el contrato.

Todo lo cual pone de manifiesto que la libertad de las Administraciones Públicas para contratar tiene importantes limitaciones, y, de otra, que el motivo de ello no es otro que la preservación del interés público. Así se deduce del último inciso del artículo primero del ya citado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a cuyo tenor: *«es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar»*.

Pues bien, esta idea que, según vemos aún inspira nuestra legislación contractual pública, sufre un importante quiebra como consecuencia de la incorporación del derecho de la Unión Europea. Este se basa, tal como dispone el primer considerando de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en la idea de que *«La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia»*. El respeto a estos principios se sobrepone a las propias exigencias del interés público y cobra primacía como elemento inspirador de la regulación contractual.

Claro está que en el fondo el respeto a estos principios no hace sino garantizar la elección de la oferta más ventajosa para la Administración y, en último término, esto es una forma de atender a los fines institucionales de carácter público. Por ello en realidad no se trata tanto de una confrontación entre principios e interés público, como de que éstos cumplen una función consistente en servir de pauta que marca el camino en la búsqueda de la mejor solución para la adjudicación del contrato.

Cuanto llevamos expuesto da una ligera visión de cuál es la esencia inspiradora de la regulación de la contratación pública. Pues bien, cuando hablamos de ésta refiriéndola al ámbito de la Defensa y la Seguridad es preciso matizar las anteriores afirmaciones. Ciertamente que los principios comunitarios también rigen para los contratos celebrados en tales ámbitos, pero su decidida primacía respecto del interés público no aparece tan clara en este caso. La contemplación del interés de la Defensa y la Seguridad como expresión del interés público traducido a estos dos ámbitos no siempre cede ante la vigencia de los principios.

Por el contrario como vamos a tener ocasión de exponer en los párrafos que siguen la más importante particularidad que presenta la regulación de la contratación pública en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad se encuentra precisamente en la no aplicación en determinadas circunstancias de los principios comunitarios. Bien es

verdad que esta afirmación no afecta por igual a todos los principios pero en general, los más significativos (por ejemplo los de igualdad, no discriminación o transparencia), sufren notables restricciones en algunos casos.

La materialización de esta idea se encuentra en el artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), hoy convertido en el 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). A su tenor *«Las disposiciones de los Tratados no obtarán a las normas siguientes: a) Ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad; b) 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 interior respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares»*.

De la aplicación que de este precepto han venido haciendo los Estados miembros dan cumplida cuenta el Libro Verde de la Comisión Europea sobre los Contratos Públicos de Defensa y la Comunicación interpretativa sobre el artículo 296 del Tratado Constitutivo (actualmente 346 del TFUE). En efecto, en ellos se pone de manifiesto que los Estados miembro han recurrido de forma habitual al artículo mencionado, lo que se ha traducido en una clara diversificación de las normas que regulan estos contratos en las legislaciones nacionales de cada uno de ellos, con la consiguiente falta de seguridad jurídica que de esto deriva, y en una no menos palpable fragmentación del mercado lo que, a su vez, se ha traducido en una importante limitación para el desarrollo de un industria de defensa europea.

La letra b) del artículo 346 TFUE establece, como hemos indicado, que la excepción contenida en él se refiere a la producción y al comercio de *«armas, municiones y material de guerra»*. Sin embargo, la Comisión Europea ha señalado en su Comunicación interpretativa que el material militar por el hecho de estar incluido en la lista aprobada por la Decisión nº 255/58 del Consejo, no está automáticamente exento de las normas del mercado interior. Por el contrario, la propia lista establece que en ella se incluye equipo en relación con el cual los Estados miembros tienen un interés legítimo en poder tomar las medidas previstas en el artículo 346, apartado 1, letra b), del TFUE lo que debe entenderse en el sentido de que la Decisión del Consejo en sí misma no establece la aplicación automática de la excepción.

Este ha sido también el criterio del Tribunal de Justicia que ha dictado diversas resoluciones confirmando que el artículo citado no introduce una exención automática de las normas del Tratado.

Abundando en esta idea diremos que el recurso a la excepción sólo resulta admisible tratándose de la protección de los intereses de seguridad esenciales del Estado miembro, en tanto que, tal como señala la Comunicación mencionada, *«otros intereses, en especial industriales y económicos, no pueden justificar por sí solos una exención»* y ello aún en el caso de que estén relacionados con la producción y el comercio de armas, municiones y material de guerra.

Particular referencia debe entenderse hecha en la anterior afirmación a las denominadas compensaciones que imponen los Estados a la adquisición de material de defensa. De modo particular, cuando tales contrapartidas (offsets) tienen naturaleza no militar debe entenderse que no sirven a intereses de seguridad específicos sino a intereses económicos generales y, consiguientemente, no pueden considerarse amparadas por la excepción del artículo 346 del Tratado aun en el caso de que estén relacionadas con contratos de adquisición de material de defensa.

Ante esta situación en que de una parte el mercado de defensa en Europa mostraba debilidad en razón de su propia fragmentación y en que desde el punto de vista legislativo existía una clara falta de armonización en las legislaciones de los Estados miembros, los órganos de la Unión Europea consideraron que era preciso introducir un instrumento legislativo que proporcionara los medios necesarios para superarla. Fruto de ello fue 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.

A este fin, la Directiva se marca como objetivo fomentar, desarrollar y mantener una base industrial y tecnológica competente y competitiva de la defensa europea. Para lograrlo, se propone la utilización de diferentes herramientas que, de conformidad con el Derecho comunitario, permitan crear un verdadero mercado europeo de los equipos de defensa en igualdad de condiciones a nivel tanto europeo como mundial.

Ello exige el establecimiento de un marco legislativo adecuado que en el ámbito de los contratos supone la coordinación de los procedimientos de adjudicación de forma que éstos respeten a un tiempo los imperativos de seguridad de los Estados miembros y las obligaciones derivadas del Tratado.

Para incorporar la Directiva a nuestro Ordenamiento Jurídico, se aprobó por las Cortes la Ley 41/2011, de 4 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Seguridad y de la Defensa. Esta ley incorpora el texto de la Directiva, con alguna innovación, como la inclusión, junto a los procedimientos restringido y negociado con publicidad, del procedimiento abierto como uno de los que de forma ordinaria pueden utilizarse para la adjudicación de los contratos.

Siguiendo la filosofía de la Directiva en su artículo 7, al hablar de los contratos excluidos de su aplicación se refiere (apartado 1, letra b)) a *«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»*. Con ello vuelve a quedar abierta la cuestión de cuál es el ámbito de aplicación de la Ley y cuál el del artículo 346 TFUE.

Pues bien, los estudios que siguen, tienen como objeto fundamental hacer una aportación a la necesaria delimitación del ámbito en el cual opera la mencionada

Directiva, especialmente los términos en que debe considerarse afectada y limita la aplicación de la excepción prevista en el ya tantas veces citado artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En ellos se ha repartido el peso de los dos diferentes enfoques posibles de forma que dos de ellos se dedican al enfoque jurídico de la cuestión y los otros dos al económico-industrial.

No podemos desde esta introducción desvelar ni comentar el contenido de cada uno de ellos, pues debe ser el lector quién asimile sus contenidos y extraiga cuantas conclusiones considere adecuadas. Baste ahora con decir que presentan enfoques particularmente acertados y originales de la materia y que sin duda han de resultar de gran utilidad para comprenderla.

Capítulo I

Políticas alternativas de la UE a la exención del artículo 346 del TFUE

Políticas alternativas de la UE a la exención del artículo 346 del TFUE

Arturo Alfonso Meiriño

General de División del Ejército del Aire, Director de OCCAR-EA

Resumen

Sesenta años después de la firma de los Tratados de Roma, uno de sus objetivos fundamentales, el de crear una verdadera Comunidad Económica Europea, sigue incompleto. El sector económico de la defensa se ha venido manteniendo como una excepción a la hora de aplicar las reglas de transparencia, libre competencia y no discriminación asociadas al funcionamiento general del Mercado Interior de la Unión Europea.

El actual artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo texto ha permanecido sin cambios a través de la evolución de los sucesivos Tratados, sigue ofreciendo a los Estados Miembro la posibilidad de la exención cuando la aplicación de la Ley de la UE pudiera perjudicar sus «intereses esenciales de seguridad».

Sin embargo, desde hace ya más de dos decenios, la UE ha venido trabajando en paralelo a la exención, a través de diferentes iniciativas, con el fin de crear, de forma progresiva, un verdadero mercado europeo de equipos de defensa. Aspecto que se considera clave de cara al fortalecimiento de la base tecnológica e industrial de la defensa europea, responsable en última instancia, de la autonomía estratégica de la Unión y de proporcionar las capacidades militares requeridas por los Estados miembro en un contexto de desarrollo progresivo de la Política Común de Seguridad y Defensa de la Unión.

Este capítulo analiza la evolución de dichas iniciativas hasta llegar a la situación actual con la publicación por la Comisión Europea, el 30 de noviembre de 2016, del Plan de Acción Europeo de Defensa, tema relevante de las agendas de la Unión en el próximo futuro.

Palabras Clave

Mercado Europeo de Equipos de Defensa, Base Tecnológica e Industrial de la Defensa Europea, Artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la UE, Comunicaciones sobre el Mercado y la Industria de Defensa de la Comisión Europea, Estrategia Global de la UE, Plan de Acción de Defensa Europeo.

Abstract

Sixty years after the signature of the Treaty of Rome, one of its main objectives, to create a truly European Economic Community, remains incomplete. The defence economic sector has been kept as an exception with regard to the rules of transparency, open competition and no discrimination associated to the general functioning of the European Union Internal Market.

The present article 346 of the Treaty of the functioning of the European Union, the text of which has remained inalterable through the subsequent Treaties, continues offering to the Member States the possibility of the exemption when the application of the EU Law would undermine their «essential security interests».

Nonetheless, for more than two decades, the EU has been working in parallel to the exception, through different initiatives, in order to create, progressively, a truly European Defence Equipment Market. A key aspect to strengthening the European Defence Technological and industrial Base, responsible ultimately, of the strategic autonomy of the Union and of the provisioning of the military capabilities required by the Member States in a context of progressive development of the Common Security and Defence Policy of the Union.

This chapter analyses the evolution of such initiatives until the present status with the publication by the European Commission, the 30 November 2016, of the European Defence Action Plan, a relevant theme in the agendas of the Union in the near future.

Key words

European Defence Equipment Market (EDEM), European Defence Technological and Industrial Base (EDTIB), Article 346 of the Treaty of Functioning of the EU (TFEU), Communications on Market and Defence Industry of the European Commission, EU Global Strategy (EUGS), European Defence Action Plan (EDAP).

Introducción

«*Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a las realizaciones concretas que creen en primer lugar una solidaridad de hecho*».

El mensaje contenido en esta frase, pronunciada por Robert Schuman, ministro de asuntos exteriores francés, en su declaración de 9 de mayo de 1950 en los «Salons de l'Horloge» del Quai d'Orsay en París, ha sido una constante desde que los seis países fundadores de la actual Unión Europea decidieran poner en marcha el proceso de construcción europeo, tras la firma de los Tratados firmados en Roma el 25 de marzo de 1957¹.

La defensa, como parte de ese proceso de construcción, llevado a cabo paso a paso, no ha escapado a esa constante y tuvieron que pasar casi treinta y seis años para que, tras la Unión Política declarada en el Tratado de Maastricht², se pudiera incluir un título, el V, sobre «Disposiciones relativas a la Política Exterior y de seguridad Común». Y solo una referencia, todavía muy genérica, ambigua y sin ningún tipo de compromiso para los Estados Miembro (EM), a una eventual definición de una política de defensa común «que podría conducir en su momento a una defensa común»³. Política en cualquier caso encuadrada en uno de los denominados «pilares laterales» no basados en poderes supranacionales sino en la cooperación entre los gobiernos y cuyas decisiones habrían de tomarse por consenso y con unas competencias limitadas de las instituciones en un marco siempre de carácter intergubernamental.

Y aún tuvieron que pasar tres años más, (Europa no se hará de una vezque vaticinaba Schuman) para que las instituciones europeas, en concreto la entonces denominada «Comisión de las Comunidades Europeas» empezaran a involucrarse, de manera muy prudente, en los asuntos relacionados con el Mercado y la Industria de Defensa.

1 Uno estableciendo la Comunidad Europea de la Energía Atómica (European Atomic Energy Community; EURATOM en sus siglas en inglés) con el objetivo de crear un mercado común para el desarrollo, para usos pacíficos de la energía nuclear y otro la Comunidad Económica Europea (European Economic Community; EEC en sus siglas en inglés) con la finalidad de crear un mercado común.

2 El artículo A 2e del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y que entró en vigor el 1 de enero de 1993 decía «El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa...»

3 Artículo J.4 del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht.

Las instituciones europeas en los asuntos del mercado y la industria de defensa

No es hasta 1996 cuando la Comisión de las Comunidades Europeas denuncia por primera vez la situación por la que pasan las industrias europeas de defensa tras el final de la guerra fría. Una circunstancia que había conducido a un recorte de los presupuestos militares en los primeros años de la década de los 90 y a la necesidad de reducir sustancialmente las actividades relacionadas con la defensa de dichas industrias. Todo ello con repercusiones directas e importantes tanto en la supresión de puestos de trabajo en el sector, normalmente de alta cualificación, como en la base productiva y en la capacidad de innovación de toda la industria europea en un contexto de mayor competencia internacional y de una gran fragmentación anacrónica de los mercados de defensa en Europa.

El Artículo 296 del Tratado de la Comunidad Europea, vigente en aquel entonces, seguía siendo de constante invocación por los Estados Miembro a fin de evitar la libre concurrencia en los contratos de adquisición de material de defensa. Invocaciones que se basaban en razonamientos asociados a «intereses esenciales de seguridad» que, en muchos casos, eran difícilmente defendibles por el objeto en sí del contrato, pero que obviamente obedecían a otro tipo de intereses, incluidos los relacionados con la seguridad de suministro, tan arraigado a los bienes y servicios de defensa y por ende a la pérdida de soberanía nacional que la apertura de los mercados de defensa podría traer consigo, concepto sin duda muy fuertemente ligado a este sector estratégico de la economía. Por supuesto no eran tiempos para empezar a hablar de un mercado único de defensa.

Sin embargo, cuando continuamos con el análisis de la implicación de las diferentes instituciones europeas en los asuntos del mercado y la industria europea de defensa, podemos comprobar que en los últimos veinte años se ha venido considerando, cada vez con más fuerza y de forma gradual pero decidida, por un lado la necesidad de intervenir en dicho mercado a nivel supranacional y por otro, las muchas posibilidades que se presentaban para poder poner en marcha, con un amplio margen de actuación, políticas específicas en este campo, a nivel de la Unión.

Y todo ello con una idea subyacente: luchar contra la fragmentación del mercado europeo de defensa, incrementar la eficiencia del mercado a través de la libre concurrencia y mejorar con ello la competencia y la competitividad de las industrias de defensa europeas, a través, tanto de la consolidación de la demanda, como de una consolidación razonable de la oferta. Entendiendo como razonable la búsqueda de un equilibrio entre el exceso de industrias de defensa en cada uno de los sectores - es decir el aeroespacial, el terrestre, el naval y el electrónico - y la existencia de monopolios que impondrían sus criterios en un mercado de por sí tan específico como es el de defensa. Y la forma de hacer frente a este nuevo paradigma sería a través de la implantación de

políticas, y no solo de políticas, sino también de una producción normativa de carácter supranacional, de obligada trasposición y cumplimiento en las legislaciones nacionales de los Estados Miembro, por parte de las instituciones.

Para el análisis de la evolución e implicación de las instituciones europeas en los asuntos del mercado y la industria de defensa durante los últimos 20 años, se han considerado en el presente estudio, cinco períodos consecutivos. Períodos que se solapan, pero que se diferencian tanto por el nivel de implicación de las diferentes instituciones europeas en las iniciativas lanzadas en cada período, como por la institución en particular que ha liderado las iniciativas en cada uno de ellos.

La Comisión Europea se interesa por los asuntos de la industria de defensa

La Comunicación de la Comisión Europea publicada en 1996⁴ es la que inicia la serie de iniciativas llevadas a cabo durante los últimos veinte años enfocadas a hacer frente a la siempre presente excepción del actual artículo 346 del TFUE, anterior 296 del TCE y anterior 223.

En esos momentos en los que la política de seguridad y defensa de la Unión acababa prácticamente de nacer tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht y que por tanto se encontraba todavía en un estado de desarrollo muy incipiente, la Comunicación de la Comisión tuvo una intención mucho más de marcado carácter económico que político en el contexto de la seguridad y la defensa europea.

Se trataba de profundizar en el impacto que la situación de la industria de defensa tenía en la economía en general y no en un análisis de la necesidad de crear un verdadero mercado interior de productos de defensa que sirviera de base para el fortalecimiento de la base industrial y tecnológica de la defensa europea y con ello poder hacer frente a la obtención de unas capacidades militares apropiadas para que la Unión pudiera hacer frente a las amenazas a las que se enfrentaba respecto a su seguridad.

Un impacto que no hacía sino incidir en lo que han demostrado los estudios empíricos de algunos de los pocos economistas dedicados a la investigación en la economía de la defensa, es decir el efecto multiplicador del sector industrial de la defensa en su innovación y en la economía en general, efecto que ha sido posteriormente referenciado por los dirigentes de las diferentes instituciones europeas al hablar del sector industrial de la defensa.

4 COM(96) 10 final Bruselas 24.I.1996. Comunicación de la Comisión «Problemas de la Industria europea relacionada con la defensa: propuesta de actuación a nivel europeo».

En este período es la Comisión de las Comunidades Europeas la que lidera el proceso, En la COM(96) la Comisión ya plantea el problema de forma clara y directa, planteamiento que sigue hoy en día absolutamente vigente. En ella se indicaba «La Unión Europea deberá hacer en un futuro próximo a diversos retos que afectan al establecimiento de una identidad europea de seguridad y defensa y al mantenimiento de una base tecnológica e industrial competitiva. De su capacidad para diseñar una estrategia coherente que permita hacer frente a esos retos depende la supervivencia de esas industrias»⁵.

Y a continuación analizaba los retos económicos e industriales, las cuestiones política y de seguridad, los protagonistas y sus medios de actuación y la aportación de los instrumentos y actividades comunitarias de interés para las industrias relacionadas con la defensa.

Resulta de especial interés el análisis que en dicha Comunicación hacía la Comisión del sector de la defensa. El valor anual de la producción de defensa en la Unión Europea se estimaba en 1996 entre un 2% y un 3% de la producción industrial total lo que en términos comparativos suponía algo menos de la mitad de la producción industrial relacionada con la defensa en los Estados Unidos. Se hablaba también del millón de puestos de trabajo relacionados con el sector de la defensa entre los 600.000 directos y los 400.000 indirectos y el importante peso del sector aeroespacial y electrónica respecto al total del sector representando un 70% de las ventas relacionadas con la defensa, resaltando que una buena parte del valor añadido era generado por las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES).

Y curiosamente hacía mención a una circunstancia similar a la que se ha venido viviendo en Europa desde que se inició la crisis económica en 2008, es decir la disminución del gasto en defensa que cifraba en aquella ocasión, entre 1987 y 1992 en un 5,3% en términos reales.

Otro importante aspecto del análisis se refería a la concentración del sector de la defensa en cinco países: Francia, Reino Unido, Alemania, Italia y Suecia con aproximadamente un 90% de la fabricación de material de defensa europeo procedente de sus industrias. Países que junto con España firmarían en el año 1998 la Carta de Intenciones (LoI: Letter of Intent en sus siglas en inglés) y posteriormente el Tratado EDIR (European Defense Industrial Restructuring) en el año 2000, precisamente para hacer frente a la reestructuración de la industria europea de defensa. Una reestructuración que se basaba en esos momentos o bien en la liquidación de las actividades relacionadas con la defensa de las empresas o bien en acuerdos, fusiones y adquisiciones pero todavía en un marco estrictamente nacional y no transfronterizo pero que en ningún caso alcanzaba el ritmo llevado a cabo por las empresas norteamericanas en las que el tamaño medio, medido por la ventas de material de defensa de las 10 principales

5 COM(96) 24.I.1996. *Opus cit.* Apartado 2. Problemática. Pág. 4.

industrias estadounidenses relacionadas con la defensa, duplicaba el de las 10 empresas principales europeas. Todo ello por supuesto con un importante deterioro de la competitividad de las empresas de defensa europeas.

La fragmentación del mercado, también analizada en la Comunicación del 96, se apunta como una razón más de la pérdida de competitividad del sector europeo de la defensa a nivel mundial y por tanto de la pérdida de mercado. En el período que se consideró para el estudio de la Comisión, es decir del 1987 al 92, el 75% de las importaciones de armas convencionales en Europa procedía de los Estados Unidos. Fragmentación que, decía la Comisión, había imposibilitado el aprovechamiento pleno de las economías de escala en la producción de material de defensa, había supuesto una falta de libre concurrencia en la adjudicación de los contratos de defensa y que había llevado a la imposición del concepto del «justo retorno» en los programas de cooperación internacional, generando excesos de capacidad y costes adicionales en los programas.

Esta primera Comunicación relacionada con los asuntos del mercado y la industria de la defensa no deja en el tintero el análisis sobre la práctica habitual de los Estados Miembro de interpretar, lo que la Comisión considera de «manera laxa», las excepciones que autorizaba el entonces artículo 223 del Tratado CEE no aplicando las disposiciones del Tratado cuando la contratación pública estaba relacionada con la «producción o el comercio de armas, municiones y material de guerra». Una práctica que, como matizaba la Comisión, desatendía los requisitos detallados en el artículo 223 que disponía que los regímenes nacionales en la materia deberían por un lado «ser necesarios para la protección de los intereses esenciales de seguridad» y por otro, no deberían alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos no destinados a fines específicamente militares». Además la Comunicación del 96 recordaba que según el artículo 225 del Tratado CEE el Tribunal de Justicia podría controlar las medidas nacionales adoptadas en virtud del artículo 223, artículo este que también indicaba que las medidas nacionales solo podrían adoptarse para los productos que figuraban en la lista adoptada por el Consejo el 15 de abril de 1958 y que aún permanece válida.

Otro aspecto de interés al que se hace referencia en la COM(96) es el de la entonces llamada «Agencia Europea de Armamento» a pesar de que como reconocía la propia Comunicación y a pesar de los importantes progresos conseguidos en cuanto a la definición de sus tareas y a su estatuto, la motivación y el consenso para su creación en los Estados Miembro no había alcanzado todavía un apropiado nivel de maduración. De hecho indicaba la necesidad de posponer su creación, aspecto que tendría que esperar otros ocho años hasta 2004 en que vio la luz la Decisión del Consejo que creaba la «Agencia Europea de Defensa».

En el análisis de las aportaciones de los instrumentos y actividades comunitarias para las industrias relacionadas con la defensa, la Comunicación se centra tanto en los aspectos del mercado interior y la base tecnológica y dentro de ellos en los

relacionados con la contratación pública, el comercio intracomunitario, las actividades de investigación y desarrollo tecnológico, la normalización y armonización técnica, la política de competencia y los fondos estructurales, como en la dimensión exterior tanto en lo referente a la política de exportación de armas como al control de las exportaciones de productos y tecnologías de doble uso, los derechos de importación aplicados al material de defensa y las relaciones comerciales con terceros de cara a establecer las condiciones en las que los suministradores de esos terceros países podrían disfrutar, en relación con la contratación pública asociada al material de defensa y a otros asuntos relativos al acceso al mercado, de los mismos derechos que los suministradores comunitarios del sector, sobre la base de que estos tengan un acceso comparable y efectivo a los mercados de los terceros países, respetando los intereses en materia de seguridad de todos los implicados.

Ya en esta Comunicación se reconoce la necesidad de efectuar ciertos reajustes en las Directivas comunitarias que establecen disposiciones detalladas sobre contratación pública para tener en cuenta las particularidades del sector de la defensa, reajustes que se verían concretados posteriormente con la publicación del llamado «Paquete de Defensa» en 2009.

En definitiva la COM(96) constituye la piedra angular sobre la que descansan todas las iniciativas lanzadas por las diferentes instituciones europeas en los años posteriores y hasta el presente con el lanzamiento del Plan de Acción Europeo de Defensa por la Comisión Europea.

Desde estos inicios la Comisión Europea ha reconocido que las cuestiones relacionadas con el mercado y la industria de defensa están vinculadas a consideraciones relativas a la defensa y a la política exterior de los Estados Miembro pero también al progreso en la creación de una identidad europea de seguridad y defensa. Por ello las actuaciones de las instituciones europeas en este campo se consideran por un lado necesarias y por otro legítimas para ser abordadas tanto en el marco de los mecanismos y procedimientos que ofrece la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) como en el de los instrumentos comunitarios existentes para el establecimiento de un mercado interior, en este caso de defensa teniendo en cuenta sus especificidades, y de una industria europea de defensa fuerte y competitiva capaz de proporcionar las capacidades militares que los Estados Miembro demandan para hacer frente a las amenazas de seguridad y defensa de la Unión.

A esta Comunicación le siguió otra en 1997⁶ en la que con el ritmo tan característico a que nos tiene acostumbrados la Unión Europea, se daba un paso más en el proceso de construcción del mercado europeo de defensa.

6 COM(97) 583 final. 24-12-1997. Implementando la Estrategia Europea en las industrias relacionadas con la defensa.

En ella se establecían dos propuestas: Una primera relativa a la adopción de una «Posición Común» en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa (CFSP Common Position en la jerga de la Unión) para abrir el debate dirigido a la elaboración de una Política Europea de Armamentos promoviendo el compromiso de los Estados Miembro para su establecimiento, en concreto en las áreas de transferencias intracomunitarias, contratación pública y regímenes aduaneros comunes. Una segunda relativa a un Plan de Acción para las industrias relacionadas con la defensa.

Este Plan de Acción se establecía con cuatro claros objetivos: a) fortalecer la competitividad de la industria europea de defensa; b) preservar la base tecnológica e industrial de la defensa europea; c) favorecer la integración de la base tecnológica e industrial de la defensa europea en la economía general para evitar duplicidad de esfuerzos entre los sectores civil y militar; d) crear las condiciones necesarias para el desarrollo de una identidad europea de seguridad y defensa.

Este Plan de Acción proponía hasta catorce acciones concretas para ser implementadas en el corto o el medio plazo según los casos, en los campos de: simplificación de las transferencias intracomunitarias; estatuto de la Compañía Europea; contratación pública de material de defensa; investigación y desarrollo tecnológico; estandarización; derechos arancelarios; innovación, transferencias de tecnologías y PYMES; política de la competencia; exportaciones; fondos estructurales; impuestos directos e indirectos; principios para acceso al mercado de defensa; evaluación comparativa y ampliación en el sentido de analizar el impacto en la industria de defensa europea de la inclusión de la base industrial y tecnológica de la defensa de la Europa Central y del Este⁷.

Es importante resaltar la clasificación que esta Comunicación hace de los bienes y servicios de defensa en el contexto de las reglas que deberían aplicarse en la contratación pública relacionada con la defensa. Un primer grupo lo constituyen los productos de defensa no destinados al uso militar y por tanto no cubiertos por el entonces artículo 223 ni por la Directiva 93/36 relacionada con los mercados declarados secretos o la seguridad nacional; un segundo grupo formado por los productos destinados a las Fuerzas Armadas para uso militar pero que no constituyen equipos declarados de alta sensibilidad. Y un tercer grupo formado por aquellos equipos de uso militar declarados altamente sensibles y por tanto cubiertos por el artículo 223.

Una tercera Comunicación en este periodo ve la luz en 2003 en la que no solo se recogen los principios, ideas y propuestas de las dos anteriores sino también los acontecimientos acaecidos dentro y fuera de la UE en las postrimerías del siglo XX y en los comienzos del siglo XXI.

.....

7 Recordemos que en la fechas en las que se publicó la COM(97) 583 los países de Centro Europa y Europa del este no formaban parte todavía de la Unión Europea. Hecho que se produjo en el marco de la sexta ampliación en 2004.

En primer lugar la cumbre de Saint Malo entre el presidente francés Jacques Chirac y el primer ministro británico Tony Blair el 4 de diciembre de 1998 en cuyas declaraciones finales se decía: «La Unión debe tener una capacidad autónoma de acción apoyada en unas fuerzas militares creíbles, con los medios adecuados para tenerlas listas para su utilización a fin de responder a las crisis internacionales».

En segundo lugar las Conclusiones de los Consejos Europeos de Colonia y Helsinki de 1999 en los que se dio un impulso decisivo a la Política Europea de Seguridad y Defensa. En concreto en la de Helsinki se fijaron los objetivos y el calendario para la creación de una Fuerza de Acción Rápida Europea con objeto no de crear un ejército europeo sino de mejorar las capacidades nacionales ya existentes para operar de forma conjunta y por tanto más eficiente, en operaciones lideradas por la UE.

Por último en el año 2000 se crean tres instituciones importantes en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común Europea. El Comité Política y de Seguridad (COPS), el Comité Militar de la UE y el Estado Mayor de la UE.

El propósito de la Comunicación de 2003 fue el de aportar una nueva contribución para lograr una mayor eficiencia de la industria de equipo de defensa, un objetivo en sí mismo y un desafío importante para el desarrollo de la PESD de la Unión.

Este período podemos decir que finaliza con la publicación del «libro verde de los contratos públicos de defensa»⁸.

La actuación intergubernamental: la Agencia Europea de Defensa

Tras los primeros escauceos de la Comisión Europea en los asunto del mercado y la industria de defensa surgió la creación de la Agencia Europea de Defensa (EDA: European Defence Agency en sus siglas en inglés), en 2004⁹ si bien Capacidad Operativa Plena no se alcanzó hasta julio de 2005. Una época, la de los primeros años de la EDA, verdaderamente activa, a nivel europeo, en los asuntos del mercado y la industria de defensa.

A pesar de que la EDA figuraba ya como tal en el proyecto de Tratado para una Constitución Europea¹⁰, los jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea,

8 COM(2004) 608 final. 23.09.2004. Libro Verde. Los contratos públicos en defensa.

9 ⁹ Acción Conjunta del Consejo (2004/555/PESC) de 12 de julio de 2004 por la que se crea la Agencia Europea de Defensa.

10 En su artículo I-41: «Disposiciones particulares relativas a la PESD» se establecía que: «Los Estados miembros se comprometen a mejorar progresivamente sus capacidades militares. Se crea una Agencia en el ámbito del desarrollo de las capacidades de defensa, la investigación, la adquisición y el

en el Consejo de Salónica celebrado los días 19 y 20 de junio de 2003, decidieron acelerar su proceso de creación. Es en esa fecha y con gran acierto por su parte cuando desligaron la creación de la Agencia de la futura Constitución, que finalmente no salió adelante, en donde se acordó que: «Los organismos pertinentes del Consejo tomarán las acciones necesarias conducentes a la creación, a lo largo del año 2004, de una agencia de carácter intergubernamental en el campo del desarrollo de las capacidades de defensa, la investigación, la adquisición y el armamento».

La EDA lanza el Régimen Intergubernamental para las adquisiciones de defensa y el Código de Conducta por el que los Ministerios de Defensa se comprometían, de forma voluntaria, a aplicar los principios de transparencia, libre concurrencia y no discriminación en los procesos de contratación para la defensa y es la época del Código de Mejores Prácticas en la Cadena de Suministro por el que, al menos en teoría, las grandes empresas de defensa se comprometían a trasladar dichos principios, aguas abajo, en la cadena de suministradores y subcontratistas.

Es la época también de la estrategia de EDTIB de la EDA basada en las tres características que deberían definir a dicha Base Tecnológica e Industrial de la Defensa:

- Una base industrial y tecnológica realmente orientada a las capacidades militares requeridas por las fuerzas armadas;
- Una base industrial y tecnológica más competente tecnológicamente;
- Y una base industrial y tecnológica más competitiva a nivel global.

Posteriormente a la Estrategia para el fortalecimiento de la EDTIB la EDA lanza también la Estrategia de Investigación y Tecnología, la Estrategia de Cooperación en Armamentos y el Plan de desarrollo de Capacidades, coordinados y aprobados por los Estados Miembro participantes en la Agencia.

El carácter intergubernamental dado a la agencia desde su creación, ayudó sin duda en esos momentos a que los Estados Miembro empezaran a hablar en los diferentes foros de la EDA, del mercado y la industria de defensa a nivel europeo, temas hasta entonces tabú ya que afectaban directamente a la soberanía nacional.

El protagonismo de la EDA en esta etapa es claro y es de justicia resaltar el papel que la Agencia jugó durante la misma, dejando preparado el terreno para que, en particular la Comisión Europea, tomará a continuación las riendas en lo referente a los asuntos relacionados con el mercado y la industria de defensa.

armamento (EDA), para identificar las necesidades operativas, fomentar medidas para satisfacerlas, contribuir a identificar y, en su caso, a aplicar cualquier medida oportuna para reforzar la base industrial y tecnológica del sector de la defensa, para participar en la definición de una política europea de capacidades y de armamento, así como para asistir al Consejo en la evaluación de la mejora de las capacidades militares».

El denominado «Régimen Intergubernamental para la promoción de la transparencia y la libre competencia en las adquisiciones de defensa», fue aprobado por la SB de la EDA en noviembre de 2005 y es el primer proyecto estrella «flagship» llevado a cabo por la Agencia. Este Régimen se enmarca en el contexto del entonces artículo 296 del TCE y se regía por los principios establecidos en sus dos Códigos de Conducta. El Código de Conducta propiamente dicho, acordado entre los ministros de Defensa, fue aprobado al mismo tiempo que el Régimen Intergubernamental y como parte integrante de él. El Código de Mejores Prácticas en la Cadena de Suministro fue aprobado en abril de 2006, conjuntamente por la SB de la EDA y el Consejo de Administración de la Asociación de industrias de defensa y aeroespaciales europea (ASD). Todo el paquete, incluida su herramienta basada en tecnologías de la información, fue implementado el 1 de julio de 2006.

El Código de Conducta contenía cinco principios cuyo objetivo era ir modificando los modelos tradicionalmente seguidos en las adquisiciones de defensa, en los que, amparados por la interpretación amplia del artículo 296 del TCE, los Estados miembros prácticamente habían venido excluyendo de forma sistemática a las empresas no nacionales en sus contrataciones. En el Código de Conducta se incluían también una serie de casos especiales asociados a exclusiones y excepciones frente a los principios del Código. Como tal Código de Conducta, el primero de sus cinco principios era su «*carácter voluntario y no legalmente vinculante*».

Sólo un régimen con estas características podía en ese momento tener resultados positivos en la apertura de los mercados. En su segundo principio, el Código de Conducta predicaba un «*tratamiento justo, igualitario y no discriminatorio de los posibles suministradores*». Se trataba de maximizar las oportunidades para todos los suministradores de material de defensa localizados en los territorios de los países subscriptores. Cuatro eran los aspectos que buscaba esa maximización:

1. *Criterio de selección*: todas las empresas deberían ser evaluadas sobre la base de estándares objetivos y transparentes.
2. *Especificaciones técnicas*: éstas deberían ser formuladas en términos de funcionalidades. Los estándares internacionales deberían ser incluidos, siempre que fuera posible, en las especificaciones técnicas, evitando los requisitos basados en estándares nacionales o en especificaciones concretas ligadas a empresas concretas.
3. *Criterio de adjudicación*: debería estar especificado desde el principio del proceso de contratación. El criterio fundamental para la selección final del contratista debería ser el de la oferta más económicamente ventajosa de acuerdo con la especificación técnica, teniendo en cuenta consideraciones como coste (tanto de adquisición como de ciclo de vida), cumplimiento con las especificaciones, aseguramiento de la calidad, seguridad del aprovisionamiento o las compensaciones industriales. Todavía en aquel entonces los denominados

«offsets» no habían sido objeto de análisis por parte de la Comisión en el sentido de prohibir su utilización en los contratos de defensa como luego ocurriría.

4. *Informes pos adjudicación*: los contratistas que no fueran adjudicatarios de los contratos y que lo demandasen, deberían ser informados del proceso de contratación una vez que hubiera sido tomada la decisión final respecto a la adjudicación del contrato.

La «*transparencia y confianza mutua*» entre los subscriptores del Régimen Intergubernamental –tercero de los principios del Código– era fundamental para una correcta implementación del mismo. La mutua confianza necesitaba de una construcción progresiva y gradual sobre la base de una información clara y compartida sobre las adquisiciones de defensa realizadas por los países subscriptores. La EDA jugó un papel fundamental en este principio ya que fue la receptora de la información que los países subscriptores del Régimen Intergubernamental se habían comprometido a proporcionar. El «*apoyo mutuo*» entre los Estados Miembros suscriptores (sMS), el cuarto principio, estaba profundamente asociado a la seguridad del aprovisionamiento, otro de los aspectos clave en el mercado de la defensa.

Por último el «*beneficio mutuo*» entre los sMS, el quinto de los principios del Código de Conducta. Un factor importante en este contexto fue el Código de Mejores Prácticas en la Cadena de Suministro. En él, también de forma voluntaria, las industrias, es decir los contratistas principales de programas así como otros relevantes contratistas de defensa, se comprometían a aplicar los principios del Código de Conducta en sus subcontratos y para con ello incrementar al máximo la participación en el mercado de defensa europeo de las Pequeña y Mediana Empresa (PYME) de los países subscriptores.

Para controlar la correcta aplicación del Régimen Intergubernamental por parte de los sMS se puso en marcha en julio de 2006, al mismo tiempo que el Régimen Intergubernamental se declaraba operativo, el llamado Boletín Electrónico, EBB (Electronic Bulletin Board), una herramienta basada en las tecnologías de la información. En él, además de facilitar vía Internet toda la información necesaria relacionada con los dos Códigos de Conducta que pudieran ser de interés de cualquier gobierno o contratista de defensa, se incluían, de una forma integrada, dos áreas principales. Una dedicada a la publicación de las oportunidades de contratación provenientes de los Gobiernos (EBB 1) y otra dedicada a las oportunidades de subcontratación procedentes de las industrias registradas en el Código de Mejores Prácticas de la Cadena de Suministro (EBB 2).

Esta aportación de la EDA a la creación de un verdadero mercado interior de defensa fue clave para abrir el camino a todas las actividades que la Comisión Europea pondría en marcha a partir de la publicación de su «Comunicación Interpretativa

sobre la aplicación del artículo 296»¹¹ del entonces Tratado de la Comunidad Europea, hoy artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la UE. El contenido de esta Comunicación Interpretativa, de carácter puramente legal, se trata en otros capítulos de este trabajo.

Con este gesto, la Comisión Europea empezó a adentrarse en el marco legislativo de carácter supranacional relacionado con las adquisiciones de defensa.

El «Paquete de Defensa»: la Comisión lidera las políticas del mercado y la industria de defensa

La publicación del llamado «*Paquete de Defensa*» y la posterior aprobación de las Directivas de transferencias intracomunitarias de defensa¹² y la de adquisiciones de seguridad y defensa¹³, con sus correspondientes guías de aplicación y su posterior transposición a las legislaciones nacionales, marca sin duda este segundo periodo.

Es en las postrimerías de esta tercer periodo es cuando la crisis económica, que había hecho su aparición en 2008, empieza a tener un fuerte impacto en los presupuestos de defensa de los Estados Miembro.

La caída de estos presupuestos –en el caso español un 35% entre 2008 y 2015 en el capítulo de inversiones - ha venido impactando negativamente en el lanzamiento de nuevos programas de armamento y material y en las inversiones en I+D en defensa a nivel europeo, con el consiguiente deterioro del sector y el riesgo de pérdida de autonomía estratégica de la Unión.

«Este deterioro - afirmaba la Comisión - está poniendo en grave riesgo la competitividad a nivel global y el futuro de un sector estratégico como es el de la industria de defensa, clave tanto para el desarrollo presente como futuro de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) de la Unión Europea».

¹¹ 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».

¹² 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.

¹³ 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.

Es precisamente el riesgo de pérdida de autonomía estratégica de la Unión, el que la Comisión Europea ha tomado como base para justificar su «*injerencia*» en este campo tan ligado al concepto de soberanía nacional.

Sin duda la Comisión puede actuar, a través de su facultad regulatoria y competencias, en áreas de la política de la Unión que tengan directa o indirectamente interés en el campo de la industria y el mercado de defensa y eso es lo que ha venido haciendo para contrarrestar la falta de transparencia y libre competencia en las adquisiciones de defensa por parte de los Estados Miembro, en buena parte derivada de lo que de alguna manera podríamos calificar invocación «exhaustiva» de la excepcionalidad a las reglas de mercado interior existentes en el artículo 346 del TFUE. Y ello sobre la base de la declaración de unos «intereses nacionales de seguridad», en muchos casos ciertamente discutibles, al menos desde la óptica del concepto de comunidad subyacente a cualquier política de la UE. Aunque por supuesto sin olvidar el todavía carácter intergubernamental de la PCSD en el que se vienen escudando los Estados Miembro a la hora de aplicar, con excepciones, la legislación comunitaria.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 supuso un hito importante en este contexto ya que por una parte en él se da un paso más al definir la Política de Seguridad y Defensa como «Común» y por otra al establecer de forma clara la responsabilidades de las instituciones de la Unión en el campo de la defensa, en particular la Agencia Europea de Defensa, única Agencia a la que se hace mención en el Tratado.¹⁴

Los cimientos del último impulso a la PCSD

La crisis económica unida a la crisis de los refugiados puso una vez más en un brete al desarrollo del proceso de construcción europeo. Es entonces cuando en el Consejo Europeo de diciembre de 2012 se pone en marcha un nuevo período en el que ya de forma coordinada, la Alta Representante de la Política Exterior y de Seguridad y el Presidente de la Comisión Europea, a través del Consejo, del Servicio de Acción Exterior de la UE, de la Agencia Europea de Defensa, de la Dirección General de Crecimiento (GROWTH) responsable de mercado interior, industria, emprendedores y PYMES y con la involucración del Parlamento Europeo, dan un nuevo enfoque de carácter más integral a la Política Común de Seguridad y Defensa, considerándola como un todo.

¹⁴ Tratado de Lisboa. Sección 2. Disposiciones sobre la Política Común de Seguridad y Defensa. Artículos 42 a 46 y Protocolo sobre la Cooperación Estructurada Permanente.

El comienzo de esta etapa lo marca el Consejo Europeo de diciembre de 2012. En las Conclusiones del Consejo se recuerda que la Unión Europea está llamada a asumir crecientes responsabilidades en el mantenimiento de la paz y la seguridad, a fin de garantizar la seguridad de sus ciudadanos y la promoción de sus intereses y por ello detalla: «el Consejo Europeo mantiene su empeño en mejorar la eficacia de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD), como contribución tangible de la UE a la gestión internacional de las crisis. La UE desempeña un papel importante en los países que la circundan y en todo el mundo».

Y además establece tres objetivos o áreas de actuación para el desarrollo de la PCSD, acordando al mismo tiempo la revisión de los avances realizados en diciembre de 2013:

- Aumento de la eficacia, visibilidad e impacto de la PCSD entre los ciudadanos.
- Mejora de Desarrollo de Capacidades Militares, en particular de aquellas en las que existen carencias en la UE.
- Fortalecimiento del sector industrial de defensa europeo.

La actividad durante esta etapa la marca la Comunicación de la Comisión Europea «Hacia un sector de defensa y seguridad más competitivo y eficiente»¹⁵, el Informe de la Alta Representante (AR) sobre las prioridades de la PCSD¹⁶ y la Comunicación de la Comisión Europea «Un nuevo acuerdo para la defensa de Europa. Hoja de ruta para la aplicación de la Comunicación: Hacia un sector de la defensa y seguridad más competitivo y eficiente»¹⁷ a la que antes hacíamos mención.

El Consejo Europeo de Junio de 2015, con menos énfasis del esperado tras los importantes pasos hacia adelante llevados a cabo tanto por la Alta Representante como por la Comisión Europea a lo largo de 2013 y 2014, y como siempre limitado por las circunstancias del momento, continuó apoyando el proceso.

Así decía que «la AR proseguirá el proceso de reflexión estratégica para preparar, en estrecha cooperación con los Estados miembros, una estrategia global de la UE sobre política exterior y de seguridad que se presentará al Consejo Europeo a más tardar en junio de 2016; y más adelante «se seguirá trabajando en la definición de una política común de seguridad y defensa (PCSD) más eficaz, con mayor proyección pública

¹⁵ COM(2013) 542 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las regiones «Hacia un sector de la seguridad y defensa más eficiente y competitivo».

¹⁶ https://eeas.europa.eu/statements/docs/2013/131015_02_en.pdf.

¹⁷ COM(2014) 387 final. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones: Un nuevo acuerdo para la defensa europea. Hoja de ruta para la aplicación de la Comunicación COM (2013) 542 Hacia un sector de seguridad y defensa más competitivo y eficiente.

y más orientada a los resultados, en el desarrollo de capacidades tanto civiles como militares y en el fortalecimiento de la industria europea de la defensa, incluidas las pymes».

Igualmente el Consejo Europeo recordaba la necesidad: – de que los Estados miembros destinaran recursos suficientes al gasto en defensa y de que estos recursos se utilizaran con la máxima eficacia; – de que el presupuesto de la UE garantice una financiación adecuada para la acción preparatoria de investigaciones relacionadas con la PCSD, que sienten las bases para un posible programa futuro de investigación y tecnología de defensa; – de la promoción de una cooperación europea más intensa y más sistemática en materia de defensa, que permita que se materialicen las capacidades esenciales, entre otras cosas mediante fondos de la UE; – de la movilización de los instrumentos de la UE a fin de contribuir a la lucha contra las amenazas híbridas; – de intensificar las asociaciones, en particular con las Naciones Unidas, la OTAN, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y la Unión Africana; – de empoderar y capacitar a los socios para que puedan prevenir y gestionar las crisis, en particular mediante proyectos concretos de creación de capacidades con un ámbito de aplicación geográfico flexible.

Por último establecía el examen con carácter regular de las cuestiones relativas a la política de seguridad y defensa.

La PESC, y la PCSD como parte integrante de ella, motor de revitalización de la UE

Las Políticas e iniciativas llevadas a cabo por las instituciones europeas desde 2013, alcanzan especial relevancia en el 2016. Efectivamente, el Consejo Europeo de Jefes de Estado y de Gobierno del 15 de diciembre de 2016 cerraba un año de una gran actividad en el marco de la PCSD. Un año en el que también se ponía en entredicho el futuro de la misma ante la diferente respuesta de los EM a la crisis de los refugiados y ante la situación de incertidumbre creada tras la decisión del Reino Unido de no continuar como miembro de la Unión tras el referéndum británico sobre su permanencia de junio de 2016. Pero que al mismo tiempo motivaron una reacción de las instituciones encaminada a revitalizar el sueño europeo. Reacción respaldada por Francia y Alemania, seguidos de Italia, ante lo que se prevé como una revisión del liderazgo en la UE tras el Brexit y que desafortunadamente, debido a la situación política en la que se encontraba España, no nos permitió unirnos a ese pelotón de cabeza en ese momento.

En dicho Consejo se refrendaban las Conclusiones del Consejo de Asuntos Exteriores de la UE del 14 de noviembre y de 17 de octubre de 2016 sobre la aplicación de la Estrategia Global de la UE en materia de Seguridad y Defensa, que establecen el

nivel de ambición de la UE en un mundo más global y más competitivo demandando un papel más relevante de la misma en la esfera internacional.

En particular el Consejo instaba a la AR y a los Estados Miembros (EM) a realizar un seguimiento exhaustivo de los asuntos allí incluidos y a presentar propuestas en los próximos meses en relación; con el desarrollo de capacidades civiles; con los parámetros de una revisión anual coordinada de defensa liderada por los EM; con el proceso de desarrollo de capacidades militares teniendo en cuenta la investigación y la tecnología (I+T); con los aspectos industriales; con el establecimiento de una capacidad operativa permanente de planeamiento y conducción de operaciones a nivel estratégico; y con los elementos y opciones para una cooperación estructurada permanente inclusiva. (PESCO en sus siglas en inglés)

Igualmente el Consejo Europeo de diciembre celebraba las propuestas de la Comisión sobre el Plan de Acción Europeo de Defensa como contribución al desarrollo de la política europea de seguridad y defensa, subrayaba la importancia de la plena participación de los EM y pedía a todas las partes afectadas que impulsaran los trabajos que de ello se derivaran.

Por último el Consejo Europeo de diciembre instaba a que se adoptaran medidas para dar seguimiento a las Conclusiones del Consejo de 6 de diciembre de 2016 sobre la aplicación de la Declaración conjunta firmada en la cumbre de Varsovia de julio por los líderes de la UE y de la OTAN, para evitar la duplicación y garantizar la complementariedad entre la UE y la OTAN en lo que se refiere a las amenazas híbridas, las cuestiones marítimas, la ciberseguridad, la comunicación estratégica, las capacidades de defensa, la industria de la defensa y la investigación sobre defensa, los ejercicios y el desarrollo de capacidades en materia de defensa y seguridad.

Quizás un aspecto de los más relevantes del Consejo de diciembre haya sido la decisión de mantener en su orden del día las cuestiones relacionadas con la seguridad y la defensa, con vistas a evaluar regularmente los progresos realizados y determinar, sobre dicha base, las prioridades de estrategia y de política que correspondan.

Este paquete integral de actuaciones de 2016, relacionado con la PCSD en su sentido más amplio, comenzaba con la publicación en junio de la «Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la Unión» (EGUE) presentada por la Alta Representante de la Política Exterior y de Seguridad Común y Vicepresidenta de la Comisión Europea, la italiana Federica Mogherini. Una estrategia que reemplazaba a la Estrategia de Seguridad de la UE, la denominada «Estrategia Solana», publicada en 2003 y revisada en 2008 antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009. La nueva Estrategia Global hacía hincapié en la necesidad de la cooperación al incluir como subtítulo la frase: «Una visión compartida, Acción común; una Europa más fuerte».

En la nueva Estrategia Global de Seguridad, que como novedad respecto a la anterior, sí incluye varias referencias a la defensa y a la industria de defensa, ya se adelantaba

una posible actuación de la Unión en el ámbito de la financiación de la defensa como una necesidad imperiosa. «Los fondos de la Unión para apoyar la investigación y la tecnología en defensa, la cooperación multinacional y el máximo aprovechamiento del potencial de la Agencia Europea de Defensa, son prerequisites esenciales en los esfuerzos hacia una Seguridad y Defensa europeas sustentadas por una fuerte industria europea de defensa».

El propio Presidente de la Comisión Europea Jean-Claude Juncker declaraba en su discurso sobre el estado de la Unión el 14 de septiembre de 2016 titulado «Hacia una Europa mejor- Una Europa que protege, capacita y defiende» que : «Para garantizar nuestra seguridad colectiva, tenemos que invertir en el desarrollo común de tecnologías y equipos de importancia estratégica..... Para ello es necesario que los Estados Miembros cooperen más y pongan más en común los recursos nacionales», volviendo con ello a insistir en los aspectos de la financiación de la defensa europea, fuertemente afectada como consecuencia de la crisis económica vivida en Europa en los últimos ocho años.

En esa importante actividad de las instituciones europeas en el contexto de la PCSD durante 2016, el 14 de noviembre, la Alta Representante presentaba a su vez el «Plan de Implementación de la Estrategia Global de la UE en Seguridad y Defensa». Un Plan que si bien se centra en los aspectos de respuesta a las crisis y los conflictos externos, en el desarrollo de capacidades en los países socios de la UE y en la protección de la Unión y sus ciudadanos, también hace referencia a la financiación como un elemento clave en el proceso de definición del nivel de ambición de la Unión en el ámbito de la PCSD.

Pero sin duda ha sido el Plan de Acción de Defensa Europeo (EDAP en sus siglas en inglés), refrendado por el Colegio de Comisarios de la Comisión Europea el 30 de noviembre de 2016, el que ha incidido de forma directa en la financiación de la defensa en la UE.

El esquema presentado por el EDAP es simple y directo. Europa debe adquirir mayores responsabilidades en el marco de su seguridad y la de sus ciudadanos. Ello significa que los europeos deben invertir en el desarrollo y obtención de capacidades claves para ser capaces de disuadir, responder y protegerse contra las amenazas externas, amenazas que hoy en día se originan principalmente fuera del territorio de la Unión. Europa en definitiva debe demostrar que puede actuar como un proveedor no solo de la «soft security» sino también de la «hard security».

Para que Europa sea capaz de identificar y obtener esas capacidades deben crearse las condiciones para una mayor cooperación que maximice la eficiencia de los gastos en defensa. Ello debe ir unido tanto a la creación de un mercado único europeo de defensa, reduciendo duplicidades, como al fortalecimiento de la base tecnológica e industrial de la defensa europea mejorando su competitividad y la innovación, en beneficio de la economía en general. Beneficio que viene de la mano del efecto multiplicador del

gasto en defensa en términos de creación de «spin-offs» y transferencias de tecnología a otros sectores al igual que en la creación de empleos. En este sentido el EDAP hace referencia a los análisis publicados en 2013 relativos al sector de la defensa, en los que se estimaba que cada euro invertido en defensa generaba un retorno de 1,6 euros, en particular a través de empleo cualificado, investigación y tecnología y exportaciones. No en vano es un sector que factura anualmente en Europa 100 millardos de euro y genera 1,4 millones de puestos de trabajo, directos e indirectos, y es un gran contribuidor a la economía general europea.

Al mismo tiempo que la Comisión Europea reconoce en el EDAP que la decisión de invertir en defensa y lanzar programas de desarrollo de capacidades es una prerrogativa y responsabilidad de los EM, reclama como suya la responsabilidad de complementar, nivelar y consolidar los esfuerzos colaborativos de los EM en desarrollar aquellas capacidades que respondan a los retos de seguridad y que apoyen a la industria europea de defensa.

Por primera vez la CE en su EDAP afronta en un solo documento las necesidades de capacidades, su financiación y el apoyo a la industria de defensa. Los tres pilares del EDAP abordan las necesidades diferentes pero complementarias del ciclo de desarrollo de capacidades enfocándose en las tecnologías y en los productos derivados de dichas tecnologías.

El primer pilar del EDAP es el del lanzamiento de un «Fondo Europeo de Defensa» (EDF en sus siglas en inglés), el segundo el del fomento de las inversiones en la cadena de suministradores de defensa (Pequeñas y medianas empresas PYMES, en particular) y por último el del reforzamiento del mercado único europeo de defensa. Todo ello sin olvidar la necesaria búsqueda de sinergias cívico-militares en el marco de las políticas más generales de la Unión y teniendo en cuenta el trabajo ya llevado a cabo por la Agencia Europea de Defensa (EDA) en lo referente al Plan de Desarrollo de Capacidades (CDP en sus siglas en inglés), las prioridades en I+T y el análisis de las actividades estratégicas claves. (KSA en sus siglas en inglés).

El EDF, anunciado por el Presidente Juncker en su discurso sobre el Estado de la Unión de septiembre pasado, consiste concretamente en dos «Secciones» o «Windows» como se las denomina en inglés. Una «Sección de Investigación» para financiar proyectos colaborativos en investigación en defensa a nivel europeo. Sección que de hecho ya se ha puesto en marcha en la segunda mitad de 2016 a través de la llamada «Acción Preparatoria» y que debería dar como resultado un programa en Investigación en defensa en el Marco Multianual Financiero (MFF en sus siglas en inglés) de la Comisión posterior al 2020. Las cifras que se manejan aquí son de 90 millones de euros hasta 2020 en la Acción Preparatoria y 500 millones anuales en el MFF posterior al 2020. Y una «sección de Capacidades» para financiar desarrollos conjuntos de capacidades de defensa acordadas por los EM. Esta financiación provendría de las aportaciones nacionales y, donde fuera posible, apoyadas por el presupuesto de la UE. Como una estimación inicial en esta «Sección» el EDAP habla de 5 millardos de euro

anuales cifra que se correspondería con el 2,5% del gasto total nacional en defensa en la UE y un 14% del gasto de capacidades en defensa completando con ello el objetivo de los EM participantes en la EDA de alcanzar un 35% en proyectos en colaboración del total de su gasto en equipamiento.

La «Sección de Capacidades» se desarrollaría en dos niveles. Un primer nivel abierto a todos los EM consistente en una «estructura paraguas» o «estructura marco» que establecería las reglas de juego para el desarrollo de proyectos específicos a través de normas comunes y las correspondientes herramientas legales y financieras. Este primer nivel podría ayudar en los requerimientos presupuestarios de los EM y compensar la falta de sincronización de los ciclos presupuestarios nacionales. El segundo nivel consistiría en proyectos específicos para el desarrollo conjunto de capacidades sobre la base de la participación voluntaria de los EM que tomarían las decisiones financieras y operativas para cada proyecto en cuestión y todo ello dentro de las reglas establecidas en la «estructura paraguas».

Estas «Secciones» funcionarían a través de un mecanismo coordinado en forma de un «Consejo de Coordinación» en el que estarían presentes la propia CE, la Alta Representante, los EM, la EDA y en su caso, la industria, y que tendría como misión principal la de asegurar la máxima consistencia entre las dos «Secciones» para apoyar de la mejor manera el desarrollo de capacidades que los EM acuerden y decidan de forma conjunta en un proceso de Revisión Anual Coordinada bajo la dirección de los EM, la participación de la EDA y en base a propuestas de la Alta Representante acordes con las decisiones del Consejo.

El segundo pilar, el del Fomento de las inversiones en la cadena de suministradores de defensa, va enfocado principalmente: al acceso a la financiación de las PYMES y a las inversiones en el sector de la defensa, adaptando los criterios existentes en el Banco Europeo de Inversiones (EIB) para incluir al sector industrial de la defensa dentro de los límites del Tratado de la UE; al apoyo de los fondos europeos para la inversión en defensa: Fondos Estructurales (ESIF: European Structural and Investment Funds) y a las inversiones en el sector de la defensa para contribuir al desarrollo regional (ERDF: European Regional Development Fund) que contribuyan tanto en el área de defensa como en el de las tecnologías de doble uso; y al fomento de «Clusters» regionales de excelencia en industrias relacionadas con la defensa. Apoyar el mantenimiento y desarrollo de las cualificaciones necesarias para el personal técnico asociado a las industrias de defensa basado en el Programa COSME (Competitiveness of Enterprises and small and médium Enterprises (2014-2020) es otro de los aspectos relevantes de este pilar.

Por último, el tercer pilar, el del Fortalecimiento del mercado único de defensa europeo va dirigido al: Seguimiento de la implementación de las Directivas del «Paquete de Defensa» relacionadas con la Transferencias Intracomunitarias de bienes y servicios de defensa y seguridad y la de Adquisiciones de bienes y servicio de defensa y seguridad ya traspuestas a las respectivas legislaciones nacionales de los

Estados Miembro; al Fortalecimiento del concepto de «Seguridad de Suministro» a través de un acuerdo de nivel político que asegure el sostenimiento de los sistemas durante el ciclo de vida y en tiempos de crisis con independencia de la localización de la respectiva industria suministradora; a la Mejora del acceso a los mercados transfronterizos relacionados con los bienes y servicios de defensa de las PYMES; al desarrollo de estándares y a la armonización de los procesos de certificación necesarios para los proyectos en cooperación en áreas prioritarias; a maximizar las sinergias civiles/militares en consonancia con otras políticas y otros sectores de la UE. (Estrategia Europea del Espacio, Control de fronteras y seguridad marítima. Programa Copernicus); Entrenamiento Ciber y plataformas de educación ciber para cubrir las carencias en ciber seguridad y ciber defensa y a la creación de una agenda para la investigación coordinada en seguridad civil/militar marítima y el desarrollo de capacidades de vigilancia marítima.

Para facilitar el desarrollo y control de las actividades del EDAP, la Comisión creará un Comité de Dirección «Steering Group» de implementación, en cooperación con los Estados Miembros y la Alta Representante en calidad de Directora de la Agencia Europea de Defensa.

¿Hacia un verdadero Mercado Europeo de Equipos de Defensa (EDEM)?

A lo largo del presente capítulo hemos pretendido mantenernos en los márgenes de la discusión legal sobre el contenido del artículo 346 del actual TFUE. No hemos intentado analizar el concepto de «intereses esenciales de seguridad» desde un punto de vista legal. Porque ¿Quién es capaz de definir el concepto y alcance asociado a «los intereses esenciales de seguridad»? Por el contrario este capítulo ha querido aportar el otro plato de la balanza. Es decir la estrategia de la Unión para, a pesar de la existencia del artículo 346, promover de forma progresiva, el objetivo de un mercado único de defensa europeo. La Comisión Europea, en la Directiva 2009/81 de adquisiciones en el sector de la defensa y la seguridad, reconoce en su preámbulo que «La seguridad nacional sigue siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro, tanto en el ámbito de la defensa como de la seguridad». Pero al mismo tiempo lanza la Directiva para proporcionar a los Estados Miembro un marco legal en el que basar la gran mayoría de sus procesos de contratación de bienes de defensa así como otras iniciativas de carácter no legalmente vinculante para crear esa conciencia de comunalidad entre los Estados Miembro.

Por ello he considerado que sería de interés complementar los brillantes análisis, más de carácter legal y contractual, realizados por mis colegas en los otros capítulos de esta publicación, con el análisis de las múltiples iniciativas, más de carácter «políticamente» vinculante, que las instituciones europeas llevan poniendo en marcha desde hace ya veinte años. Y todo ello en convivencia con la existencia del artículo 346 del TFUE.

Con independencia de la existencia del artículo 346 del TFUE, la creación de un verdadero mercado de defensa europeo viene siendo, sin duda, un claro objetivo de la UE, y en particular de la Comisión Europea, que cuenta con la voluntad, las competencias, los fondos y el tiempo necesarios para desarrollar sus políticas en la materia. Para la Comisión, la crisis económica ha puesto de relieve la imposibilidad de hacer competitivo el Mercado Europeo de Defensa basándose exclusivamente, como se ha hecho al tratar otros mercados sectoriales, en instrumentos normativos.

Por tanto, ha decidido incidir por una parte en la armonización y consolidación de la demanda y por otra en políticas de apoyo al desarrollo tecnológico y productivo de las industrias de defensa. Prestando, eso sí, a la debida atención a las consideraciones políticas ligadas a la soberanía nacional propias de este mercado, pero al mismo tiempo dando pasos firmes hacia la inclusión del mercado de defensa en el mercado interior de la Unión.

La actitud de los Estados Miembro frente a todas estas iniciativas de las instituciones sigue siendo dispar y cautelosa sin duda influenciada no solo por el concepto de soberanía nacional y el de «seguridad de suministro» que tan profundamente se encuentran ligados a los procesos de adquisición de capacidades de defensa, sino también por intereses de carácter económico asociados a sus respectivas bases tecnológicas e industriales de la defensa. Además de otros de carácter político derivados de la visión de cada uno de ellos respecto a las relaciones transatlánticas. Bases tecnológicas e industriales que por otra parte presentan grandes diferencias entre ellas. No debemos olvidar que prácticamente el 95% de la producción industrial de defensa se concentra en poco más de media docena de países de los 28 de la Unión y parece lógico pensar que ninguno de ellos aceptaría una todavía mayor concentración de dicha base en tan solo un par de esos países.

Las Comisión Europea ha ido reorientando su estrategia a medida que se han ido dando avances en el desarrollo de la PCSD. Primero analizando el mercado y la industria de defensa desde una perspectiva principalmente económica. Luego enfocando su actuación a la necesidad de la cooperación civil-militar, situando su heterogéneo conjunto de posibles iniciativas en la línea intermedia entre lo civil (ámbito de actuación consolidado de la Comisión) y lo militar (ámbito competencial de los Estados Miembros y, por el momento, intergubernamental). Finalmente los asuntos del mercado y la industria de defensa se han incluido en la Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad Común, documento de alto nivel que marca la orientación futura de la Unión.

Por primera vez tras la denominada «Estrategia Solana» publicada en 2003 y su revisión en 2008, aparecen en la Estrategia Global de la Unión los conceptos de mercado e industria de defensa. «Una industria europea competitiva, innovadora y sostenible es esencial para una autonomía estratégica Europea y para una creíble PCSD».

Y «La Política de defensa también necesita estar más ligada a las políticas asociadas al mercado interior, la industria y el espacio»¹⁸

La Comisión Europea y otras instituciones como la EDA han venido jugando un papel muy activo en el proceso de concienciación sobre la necesidad de desarrollar de forma conjunta los planes de capacidades, de cooperar en la adquisición de equipos de defensa y de buscar políticas comunes para fortalecer la base tecnológica e industrial de la defensa europea. La crisis económica ha influido sin duda en los pasos, lentos pero pasos, que se han dado en los últimos años para concienciar a los Estados Miembros sobre la necesidad de poner en común las necesidades de defensa, lo que pasa, entre otras cosas, por la creación de un mercado europeo de defensa en el que se consolide la demanda y en el que se apliquen los principios de transparencia, libre competencia y no discriminación.

Además de su papel de regulador, que ha ejercido con la publicación de las directivas del 2009, la Comisión pretende dar un importante salto cualitativo, esta vez con fondos europeos para financiar tanto la investigación y la tecnología de la defensa como para la obtención de capacidades y con ello adquiriendo nuevos roles de planificador (capacidades, tecnologías...) en el mundo de la defensa.

Cualquier país de la Unión que quiera jugar un papel relevante en este proceso, debe involucrarse en el proyecto, para asegurarse de que sus requerimientos son tenidos en cuenta en el desarrollo de las iniciativas. Porque la realidad es la que es y no podemos por tanto alegar sorpresa a lo que se avecina en este campo, ya que si algo caracteriza la acción de la Comisión es su previsibilidad y su constancia. El seguimiento de las iniciativas y actividades puestas en marcha por la Comisión Europea debe continuar siendo prioritario tanto a nivel de la Administración como de las industrias de defensa. Porque los cambios están ya ahí y otros más vendrán, lentamente, pero vendrán.

¹⁸ A Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy, Shared vision, Common Action: A stronger Europe. Págs. 45 y 46. https://eeas.europa.eu/top_stories/pdf/eugs_review_web.pdf.

Capítulo II

El Artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa

El Artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa

Justo Alberto Huerta Barajas

*Profesor del Master de Contratos y Programas IUGM/UNED. Auditor Nacional
IGAE*

Resumen

Analizar desde un punto de vista doctrinal la normativa de contratación pública de defensa y seguridad a tenor de las Directivas europeas y de la exclusión que de la misma permite el artículo 346 del TFUE.

Palabras clave

Tratado de Roma, Directivas europeas, contratación, defensa y seguridad.

Abstract

Analyze from a doctrinal point of view the rules of public contracting of defense and security according to the European Directives and of the exclusion that of the same allows article 346 of the TFEU.

Key words

Treaty of Rome, European directives, recruitment, defense and security.

Introducción

Como decía Cicerón (Phillipicae 5,5): *Pecunia nervum belli est*, y de manera más explícita y contundente el genio de Napoleón al señalar que: « *tres cosas hacen falta para la guerra: dinero, dinero, dinero, las batallas baratas se pierden* ». Luego ya desde antiguo sin tener que acudir al gran estratega chino Sun Tzu se hace necesario el concurso de recursos materiales, medios personales y doctrinales como columna vertebral de la defensa de la nación, siempre con el propósito de garantizar el suministro y la información de bienes y servicios para el combate.

La realidad de la España actual se mueve en un nuevo entorno sociopolítico por la pertenencia a organismos supranacionales europeos que modifican la gestión de los escasos recursos materiales que se dedican a la defensa, límites que empezaron a evidenciarse ya desde la firma del Tratado de Adhesión a la Comunidad Económica Europea el 12 de junio de 1985, y de manera plausible desde la Directiva 2009/81/EC del Parlamento Europeo y del Consejo¹, de 13 de julio de 2009, que fue transpuesta por medio de la Ley 24/2011, del 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y Seguridad (en adelante LCSPSD) con el objetivo coordinar los procedimientos de adjudicación en los distintos países de la Unión para racionalizar y ordenar el prolijo sistema normativo existente en los mercados de seguridad y defensa europeos.

El objetivo estaba ya dispuesto unos meses antes por una anterior Directiva, la 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, nacida para lograr la simplificación de las transferencias intracomunitarias de productos relacionados con la defensa por medio de un procedimiento armonizado de autorización de proyectos comunes de producción, todo ello para lograr un Mercado Único de Defensa europeo. Sin embargo, surgió una piedra angular en la arquitectura de la defensa y que no era otra que salvaguardar el control que los Estados miembros ejercen sobre su defensa y los intereses esenciales para su seguridad fundamentado en los contenidos del vigente artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²(en adelante TFUE).

1 Entre los modelos de trasposición efectuada destacan los de los países siguientes de nuestro entorno: Gran Bretaña *El Reglamento de Contratos de Defensa y Seguridad Pública de 2011*, que entró en vigor el 2 de agosto de 2011. Característica de rango reglamentario y no de carácter legal. MINISTRY OF DEFENSE .UK *Aplicación de la Directiva de Seguridad .Respuesta MOD a la segunda propuesta*. 2011. Francia. Ley n ° 2011-702 de 22 de junio de 2011 y con posterioridad por el Decreto N° 2011-1104, de 14 de septiembre, sobre *adjudicación y ejecución de contratos de defensa y seguridad*, que modifica la Ordenanza n° 2005-649 de 6 de junio 2005 y deroga el Decreto n° 2004-16, de 7 de enero de 2004.

2 Su origen es el artº 223.I.b. del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 2007, convertido en artº 296 por la modificación operada en el Tratado de

El artículo 346 del TFUE se constituyó desde el inicio como una excepción al principio de competencia que rige en todos los sectores a los que se aplica la legislación de contratos del sector público. Principio esencial que ya se recogía en el artículo 95 del Tratado de Roma, y que disponía el establecimiento de un mercado interior único, con la libre circulación de bienes y servicios y supresión de obstáculos entre los estados miembros, todo ello con el propósito de favorecer la implantación de mecanismos que ayudasen a su puesta en marcha y un correcto funcionamiento.

Sin embargo, en palabras del luxemburgués Joseph Weyland: « [...] *este artículo no significaba en absoluto que los armamentos están sustraídos al campo de aplicación del Tratado; permite simplemente a los Estados derogar las reglas del Tratado en ciertas condiciones*»³. Se reconoce a los Estados miembros que adopten las medidas que estimen necesarias para la protección de sus intereses esenciales al excluir de la legislación general, tanto, la producción, el comercio de armas, municiones, y material de guerra.

Esta excepción de los Tratados no ha estado exenta de polémica por la excesiva invocación e interpretación que han hecho los Estados, sino también por las correcciones que ha tenido que elaborar la Justicia de la Unión Europea⁴ y que ha obligado a tomar postura a la Comisión a través de diversas interpretaciones⁵.

Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997 y en vigente art. 346 del Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007. CHAPLEAU PH, « Transposition de la Directive défense : la fin d'un âge d'or ? ». Lignes de Defense .2011. Italia por el Decreto del Presidente de la República, n. 236 de 15 de noviembre 2012, por el que se aprueba el *Reglamento de contratación de obras, servicios y suministros en el Ministerio de Defensa*.

3 CLOOS, J, PRINESCU, VIGNES D., WEYLAND J. «Le Traité de Maastricht : genèse, analyse, commentaires» Bruselas. ED. Bruylant 1993.

4 La validez por el Tribunal de Justicia Europeo se condiciona a la exigencia de dos requisitos: 1º Que la exención se pretendiera aplicar estrictamente en relación con equipos, materiales o productos de naturaleza armamentística y militar que aparecieran recogidos en el listado de la Decisión n.º 255/58, del Consejo de Europa, de 15 de abril de 1958 y 2º Que la exención de los principios y normas de contratación pública que se pretenda aplicar estuviera rigurosamente justificada en la protección de «intereses de seguridad esenciales» del Estado miembro. Sentencia de 4 de octubre de 1991 en el asunto C-367/89, Richardt y Les Accessoires Scientifiques, apartado 20; sobre los contratos públicos en particular: sentencia de 3 de mayo de 1994 en el asunto C-328/92, Comisión contra España, apartado 15; sentencia de 28 de marzo de 1995 en el asunto C-324/93, Evans Medical y Macfarlan Smith, apartado 48.

5 Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea «sobre la aplicación del artº 296 del TFUE en el ámbito de los contratos públicos de defensa» (COM 2006, 779 final CC/2006/09 EN) Bruselas ,13 de julio de 2006 y difundida en el MINISDEF por la Subdirección Gral. de Contratación el 24 de julio. Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 (incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley 24/2011, del 2 de agosto) y que ha sido objeto de evaluación por parte de la Comisión Europea dando lugar al Documento de Trabajo COM (2016 762 final) con la aprobación de unas «guidelines».

Nuestro legislador ha estado muy atento a estos avatares y cambios, y ha realizado sus tareas legislativas con responsabilidad, si bien, tal vez debiera haber esperado a legislar después de las experiencias acumuladas y lecciones aprendidas. La característica fundamental de estas disposiciones es que no llegan a tener carácter reglamentario ya que forman un conjunto de normas procedimentales junto con algunas disposiciones sustantivas complementarias y aclaratorias que pueden ser modificadas por su rango legal.

La primera acción importante fue la integración en nuestra legislación de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por medio de la Ley 24/2011, del 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y Seguridad (en adelante LCSPDS), dando el máximo rango legal frente a los hechos por otros Estados miembros.

La segunda, fue la *Orden de Servicio sobre contratación nº 1/12*, de 6 de febrero de 2012 del Director General de Asuntos Económicos (en adelante DIGENECO)⁶. Esta iniciativa organizativa nació con el loable objetivo de obtener una unidad de doctrina y evitar una diferente interpretación dentro del ámbito de aplicación de la LCSPDS por los diversos órganos de contratación o poderes adjudicadores dependientes del Ministerio de Defensa.

Al tiempo, incluyó algunos criterios adicionales para interpretar de forma homogénea el artículo 7 de la misma en relación con los negocios jurídicos excluidos, así como los procedimientos y normas que deben seguirse para asegurar que tales exclusiones sean conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dando lugar a que en su punto 4.2, Protección de los intereses esenciales de la Seguridad, se regulase el procedimiento para invocar la exclusión del artº 346 del TFUE. Poco tiempo después, esta norma fue integrada en la vigente *Instrucción comunicada 14/2015*, de 13 de febrero de 2015, del Secretario de Estado de Defensa (en adelante SEDEF) que regulaba el procedimiento contractual en el Ministerio de Defensa de manera muy detallada en su Anexo 1⁷. En relación al Ministerio de Interior no se tiene conocimiento de actividad regulatoria en la materia. Hechas estas consideraciones normativas, del análisis de nuestra doctrina hay que señalar que ha sido parca en el estudio de la materia con rigurosas excepciones⁸, por esta razón, el propósito de este trabajo es añadir

6 ORDEN DE SERVICIO nº 1/12, de 6 de febrero de 2012, firmada por el Director General de Asuntos Económicos en virtud de las competencias delegadas del SEDEF a través de la orden DEF/3389/2010, de 28 de diciembre con el objeto de dictar normas aclaratorias sobre los artículos 2 y 3 de la LCSPDS.

7 INSTRUCCIÓN COMUNICADA 14 /2015, de 13 de febrero, del Secretario de Estado de Defensa, en materia de contratación en el Ministerio de Defensa.

8 GONZALEZ BARRAL, Juan Carlos. «Artículo 223.1.b (296) del TC. Y la Ley 53/1999, de Contratos de las Administraciones Públicas», y «Aspectos jurídicos de la política europea de Armamentos: La Agencia Europea de Armamento» «Reflexiones jurídicas en relación a la reestructuración de la Industria Europea

una pequeña aportación analizando los esfuerzos hechos por nuestro Legislador para así conseguir atemperar y combinar la doctrina europea con los intereses de nuestra Defensa y Seguridad, y los de la industria nacional⁹.

No obstante, la transposición de la Directiva 2009/81/CE a través de la LCSPDS, como señala Pilar Martínez Chueca¹⁰, está produciendo en España una *vis* atractiva para la normalización de la legislación de contratación pública de determinados contratos por razón de su objeto: Defensa y Seguridad, que antes eludían, en la medida de lo posible, por un uso sistemático -y no siempre justificado- del muy citado artículo 346 que surge del Tratado de Lisboa. Hoy comparten espacio legislativo como régimen ordinario de la contratación de la Administración de Defensa (y también de la Seguridad) para la preparación y adjudicación de los contratos, tanto el régimen general de contratación previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSPP)¹¹ como la norma especial de la misma que es la LCSPDS.

Sin embargo, conviene tener muy en cuenta el entorno en el que se desarrolla el nuevo marco europeo derivado de las nuevas Directivas contractuales al tener que afrontar la difícil consolidación del mercado europeo salvaguardando soberanía e intereses relacionados con la seguridad nacional de los Estados miembros, además de evitar posibles situaciones de conflicto derivadas de las actuales normas y procedimientos en materia de política de exportación.

de Armamento» Privatización de las empresas públicas en el ámbito de la Defensa y otros estudios jurídicos militares. II Jornadas de Asesoramiento Jurídico en el ámbito de la Defensa. Subsecretaría Ministerio de Defensa. Madrid, marzo 2000. Pág. 76 y ss. MARTÍNEZ CHUECA, Pilar. «Novedades y consecuencias prácticas de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad». 2015. TFM Instituto Universitario Gral. Gutiérrez Mellado/ UNED.

9 CANALES GIL, Álvaro y HUERTA BARAJAS, Justo A: «La Ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad. Transposición de Directiva 2009/81/CE», Revista LA LEY Contratación Administrativa Práctica. Número 113, noviembre 2011. HUERTA BARAJAS, Justo A.: «Contratos de Seguridad y Defensa», Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Época III, nº 2 abril-junio, año 2011. BERNAL GUTIÉRREZ, Pedro y MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Antonio: «Nuevas directivas europeas sobre transferencias y adquisiciones de defensa: un paso adelante hacia un mercado europeo de defensa y seguridad», www.revistatenea.es/RevistaAtenea/REVISTA/articulos/GestionNoticias. 19.12.2016.

10 MARTÍNEZ CHUECA, Pilar. «Novedades y consecuencias prácticas de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad». 2015. TFM Instituto Universitario Gral. Gutiérrez Mellado/ UNED. Pág. 7.

11 PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. El Consejo de Ministros de 25/11/2016, acordó su remisión a las Cortes para transponer 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. Publicado BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES CONGRESO DE LOS DIPUTADOS de 2 de diciembre de 2016.

Por lo expuesto de la materia, se ha de ser muy prudente y restrictivos a la hora de su regulación organizativa, dado que pudiera resultar demoledor para la base industrial y tecnológica de la defensa española, en particular de nuestras PYMES, que podrían llegar a poner en riesgo su propia existencia.

Sin embargo, conviene hacer hincapié que el nuevo marco de las nuevas Directivas en materia de contratación pública, nació«[...] *con el objetivo de crear un espacio europeo de contratación pública en el marco del mercado interior comunitario y en el marco de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*»¹².

Condiciones sustantivas

Para poner exponer los condicionantes de la aplicación del artículo 346 del TFUE en nuestra legislación contractual pública conviene analizar los:

Elementos excluidos de la ley de Contratos del Sector Público por razón de la defensa y seguridad

Así podemos señalar que en el ámbito del artículo 4 del TRLCSP¹³, las relaciones

12 GÓMEZ-ACEBO & POMBO: «Innovación, simplificación, calidad y competencia: la modernización del derecho comunitario de la contratación pública, las nuevas Directivas comunitarias». Grupo de Contratos del Sector Público nº 51. Pág. 1 <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/innovacion-simplificacion-calidad-y-competencia-la-modernizacion-del-derecho-comunitario-de-la-contratacion-publica-las-nuevas-directivas-comunitarias-gcsp-n-51.pdf>. 22.12.2016.

13 En el artº 5 del PLCSP se recoge sólo las de Defensa y Seguridad: Artículo 5. Negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito de la Defensa y de la Seguridad:

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, así mismo, 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.*

Quedan también excluidos los contratos de concesiones de obras y concesiones de servicios, que se celebren en el ámbito de la seguridad y de la defensa, en los que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) *Que sean adjudicados en el marco de un programa de cooperación basado en la investigación y el desarrollo de un nuevo producto y, en su caso, también relacionados con el ciclo de vida del mismo o partes de dicho ciclo, siempre que participen en el programa al menos dos Estados miembros de la Unión Europea.*

jurídicas, negocios y contratos de Defensa y Seguridad quedan excluidos del TRLCSP y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley sólo para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse. Es el artículo 7 de la LCSPSD, la norma que recoge de forma idéntica estas excepciones, pero da un paso más cuando concreta sus contenidos, ya que está inspirado en los artículos 11, 12 y 13 de la Directiva 2009/81/CE, también recogidos en los artículos 10,6 de la Directiva 2014/23/UE y 15 de la 2014/24/UE.

Pero un hecho determinante es que desde el punto de vista procesal corresponderá a los poderes adjudicadores la carga de la prueba, razón por la que han de velar en que no se use de forma abusiva como señala el apartado 2 del artículo 7. Luego las materias que se excluyen de su regulación se agruparan de la manera siguiente:

- Normas internacionales (Art. 7.1.a.).
- Protección de los intereses esenciales de la Seguridad (Art. 7.1.b.).
- Actividades de inteligencia (Art. 7.1.c.).

b) Los que se adjudiquen en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea para efectuar compras, incluidas las de carácter civil, cuando las Fuerzas Armadas estén desplegadas fuera del territorio de la Unión y las necesidades operativas hagan necesario que estos contratos se concluyan con empresarios situados en la zona de operaciones. A los efectos de esta Ley, se entenderán incluidos en la zona de operaciones los territorios de influencia de ésta y las bases logísticas avanzadas.

46.

c) Las concesiones que se adjudiquen a otro Estado en relación con obras y servicios directamente relacionados con el equipo militar sensible, u obras y servicios específicamente con fines militares, u obras y servicios sensibles.

3. Lo establecido en los dos apartados anteriores se aplicará aún en el supuesto de que parte de las prestaciones correspondientes estén sometidas a la presente Ley, y no se haya optado por adjudicar un contrato separado por cada una de las distintas prestaciones que constituyan el objeto del contrato.

No obstante, constituirá una condición necesaria para la aplicación de lo señalado en el párrafo anterior el hecho de que la opción entre adjudicar un único contrato o varios contratos por separado no se ejerza con el objetivo de excluir el contrato o contratos del ámbito de aplicación de la presente Ley.

4. Quedan excluidos, también, del ámbito de la presente Ley 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:

a) En virtud de un acuerdo o convenio internacional celebrado de conformidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con uno o varios Estados no signatarios de este último, relativo a las obras, suministros o servicios que resulten necesarios para la explotación o el desarrollo conjunto de un proyecto por los Estados firmantes.

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.

c) En virtud de las normas de contratación establecidas por una organización internacional o por una institución financiera internacional, cuando además los contratos que se adjudiquen estén financiados íntegramente o en su mayor parte por esa institución.

- Programas de cooperación basados en I+D (Art. 7.I.d.).
- Contratos en un tercer Estado en zona de operaciones (Art. 7.I.e.).
- Contratos entre Gobiernos (Art. 7.I.g.).
- Servicios de I+D en ciertas circunstancias (Art. 7.I.k.).

Normas internacionales

Con carácter general, la exclusión permite eludir los procedimientos de adjudicación de la Ley contractual en los supuestos de acuerdos internacionales o en los que la organización internacional disponga de procedimientos específicos para la adjudicación¹⁴. Los casos de aplicación son:

- a) Los «*acuerdos, convenios o tratados internacionales*» en un sentido amplio, incluyendo también acuerdos técnicos y Memorandos de Entendimiento (MOUs). Se requiere la participación de, al menos, un Tercer Estado.
- b) Los «*acuerdos relacionados con el estacionamiento de tropas*», con independencia de quienes sean los Estados participantes.
- c) Los contratos en los que «*el poder adjudicador ya sea una Organización Internacional o Estado miembro*», siempre que exista un procedimiento específico y el contrato este amparado por los fines estatutarios de Institución; incluyéndose compras que, de acuerdo con estos fines, las realice la Organización Internacional para un Estado que forma parte de la misma.

Como bien señala Pilar Martínez¹⁵, la LCPSD matizó el texto de Directiva y se separó de la interpretación de la Comisión. Esta interpreta que cuando una Organización Internacional adjudica para un Estado miembro específicamente, no se ha de excluir de aplicar la Directiva, salvo que estén financiados íntegramente por la Organización Internacional¹⁶.

14 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.

15 MARTINEZ CHUECA, Pilar. «Novedades y consecuencias prácticas de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad». 2015. TFM Instituto Universitario Gral. Gutiérrez Mellado/UNED. Pág. 15.

16 COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN EUROPEA «sobre la aplicación del artº 296 del TFUE en el ámbito de los contratos públicos de defensa» (COM 2006, 779 final CC/2006/09 EN) Bruselas ,13 de julio de 2006 y difundida en el MINISDEF por la Subdirección

Protección de los intereses esenciales

Es uno de los puntos más controvertidos y en los que pudieran ampararse los poderes adjudicadores para quebrar el espíritu de la norma. Es claro el bien jurídico protegido en el caso del denominado «*material de guerra propio*»¹⁷: compras especialmente sensibles que requieren un nivel extremadamente elevado de confidencialidad, como por ejemplo, determinadas compras destinadas a la protección de 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.

Pero la interpretación de «*intereses esenciales de la Defensa y de la Seguridad Nacional*» es más compleja, y por eso la Disposición Adicional novena de la LCSPDS encargó al Gobierno para que, en el plazo de tres meses desde la publicación de la Ley, determinase las capacidades industriales y las áreas de conocimiento que afecten a los intereses esenciales de la defensa y de la seguridad nacional, es decir, los denominados sectores estratégicos. La Secretaría de Estado de Defensa elaboró un documento, aprobado por Consejo de Ministros el 29 de mayo de 2015¹⁸.

Se ha sido prudentes en la gestión de este mandato por el Legislador, ya que como señalamos: «[...] *se hace necesario un proceso de reflexión sin premura de tiempo, derivado de la situación de «crisis económica» nacional y europea para poder hacer un estudio riguroso y no precipitado*»¹⁹. El hecho es que nos encontramos con una aplicación compleja de esta exclusión, además de situarnos en una posición de clara desventaja respecto a otros países de nuestro entorno en los cuales ya se ha producido la concreción de dichos sectores. El interrogante como Nación es ¿conviene acotar estos conceptos

Gral. de Contratación el 24 de julio.

17 CANALES GIL, Álvaro y HUERTA BARAJAS, Justo A. Como señalamos: «La Ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad. Transposición de Directiva 2009/81/CE», *Revista LA LEY Contratación Administrativa Práctica*. Número 113, noviembre 2011. Pág. 41.

18 BOE núm. 187, de 6 de agosto de 2015, páginas 70583 a 70587. El Consejo de Ministros de 29 de mayo aprobó un Acuerdo 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. El Acuerdo recoge los principios y circunstancias necesarias para identificar que una capacidad industrial o áreas de conocimiento afecta a los intereses esenciales de la defensa y seguridad nacional. Se recoge en la 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.

19 . CANALES GIL, Álvaro y HUERTA BARAJAS, Justo A. Como señalamos: «La Ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad. Transposición de Directiva 2009/81/CE», *Revista LA LEY Contratación Administrativa Práctica*. Número 113, noviembre 2011. Págs. 43 y 44.

en un mundo en el que las amenazas contra la Defensa y Seguridad está variando? ¿Ponerlo en un documento revela nuestros intereses nacionales frente a terceros con intenciones aviesas? En el fondo es la controversia entre transparencia y seguridad.

Actividades de inteligencia

Como señala el título preliminar de la Comunicación²⁰ no puede ofrecer una interpretación de los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembros ni determinar *a priori* a qué contratos de adquisición se aplica o no la excepción prevista en el artículo 346 del TFUE. La confidencialidad le corresponderá a los poderes adjudicadores su valoración y la oportunidad de si está justificado el recurso a la excepción. Las actividades de inteligencia y de contrainteligencia no están específicamente ligadas a un determinado organismo y pueden ser desarrolladas en diferentes ámbitos por diferentes entidades de carácter civil o militar²¹. Si bien, solo pueden utilizar esta excepción en adquisiciones de bienes o servicios específicos de dichas actividades y nunca de manera genérica.

Programas de cooperación basados en I+D

El fomento de la investigación y del desarrollo tecnológico constituye uno de los medios para reforzar las bases científicas y tecnológicas de la industria comunitaria. Se excluyen los contratos de investigación y desarrollo cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad o poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.

Son las notas características de la exclusión contratos adjudicados en el marco de un programa de cooperación, basado en la investigación y el desarrollo de un nuevo producto.

20 COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN EUROPEA «sobre la aplicación del artº 296 del TFUE en el ámbito de los contratos públicos de defensa» (COM 2006, 779 final CC/2006/09 EN) Bruselas ,13 de julio de 2006 y difundida en el MINISDEF por la Subdirección Gral. de Contratación el 24 de julio.

21 ORDEN DE SERVICIO nº 1/12, de 6 de febrero de 2012, firmada por el Director General de Asuntos Económicos en virtud de las competencias delegadas del SEDEF a través de la orden DEF/3389/2010, de 28 de diciembre con el objeto de dictar normas aclaratorias sobre los artículos 2 y 3 de la LCSPDS. Punto. 4.2. INSTRUCCIÓN COMUNICADA 14 /2015, de 13 de febrero, del Secretario de Estado de Defensa, en materia de contratación en el Ministerio de Defensa. Punto 3.6.3.

El programa cooperativo puede incluir también a terceros países, se requiere la participación de, al menos, dos Estados Miembros de la Unión Europea para promover la cooperación intraeuropea en investigación y desarrollo, tanto si el programa cooperativo es gestionado por una Organización Internacional, como si se desarrolla bajo el concepto de Nación Líder.

El concepto de I+D+i, es uno de los puntos fuertes que impulsa la nueva Directiva 2014/24/UE a través de su Considerando 47 y del «*Horizonte 2020*». Su contenido comprende tanto la investigación fundamental, la investigación aplicada y el desarrollo experimental²².

Contratos en un tercer Estado en zona de operaciones

Esta exclusión se refiere a los contratos militares y civiles²³ celebrados por las fuerzas armadas o las fuerzas de seguridad del Estado en operaciones fuera de las fronteras de la Unión Europea, y cuando lo requieran los requisitos operativos. Las condiciones que se han de cumplir son:

- Despliegue de fuerzas en Zona de Operaciones, fuera del territorio de la UE.
- Contratos adjudicados por los poderes adjudicadores con competencia en dicha Zona.
- Que los adjudicatarios con los que se concluya el contrato estén igualmente situados en la Zona de Operaciones.

22 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.

23 DIRECTIVA 2009/81/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de julio de 2009. En su Considerando 29 y su artículo 1.28 de la define *las compras civiles como los contratos que no están sujetos al artículo 2 –Ámbito de aplicación- relativos a la contratación de productos, obras o servicios no militares para fines logísticos.*

Contratos entre Gobiernos

Este tipo de contratos que se excluyen representan un parte no despreciable del Mercado de defensa en el seno de la UE, en términos cuantitativos supone aproximadamente un 9% del gasto total de la UE sobre los equipos de defensa²⁴. La mayoría de los países, a diferencia de España²⁵, 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 transposición de la Directiva 2009/81/CE. Sin embargo, en nuestra Patria este sistema no ha cuajado desde octubre de 2010, momento en que surgió la primera iniciativa de este tipo de contratos²⁶.

En cuanto a su regulación desde su nacimiento se observaron contradicciones como se apuntó por varios informes fruto principalmente de su naturaleza especial²⁷ y mixta²⁸. Al mismo tiempo las críticas también surgieron desde la doctrina, así para el profesor José Luis Morros²⁹, constituye una tercera vía de colaboración pública privada ya que:

24 FELIPE HERNÁNDEZ, Monserrat. TFM «Contratos Gobierno a Gobierno en el Ministerio de Defensa» IUGM/UNED. Madrid 2016.

25 En España se regula a través de Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, así como del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de dicha Ley 12/2012 y su Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo, por la que se dictan normas para la aplicación de la Ley 12/2012. 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, Publicada en BOD número 12, de 22 de enero de 2016.

26 Se han efectuado negociaciones por parte de España con Arabia Saudí, Perú, y Bahréin.

27 ABRIL MARTÍNEZ, Javier. Los contratos gobierno a gobierno en materia de defensa. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº 37. Año 2014. <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4267/documento/eo6.pdf?id=5459>. 26.12.2016.

28 Jurídicamente se han observado diferencias interpretativas en la legislación, Consejo de Estado (informe 1.411/2013, de 9 de enero, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 12/2012, de 26 de diciembre) y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe JCCA 47/13, de 16 de diciembre, sobre el citado proyecto). Por otra parte se observan disfunciones en la regulación del régimen económico financiero ya que ha sido establecida de forma precisa por el legislador, que no se adecuan a la ejecución que el contrato puede demandar. En este sentido, puede ser conveniente establecer un régimen de subcontratación específico, teniendo en cuenta qué participación debe darse al Gobierno extranjero en la decisión de aprobar o no las mismas y determinar su porcentaje. Otras cuestiones que merecerían un tratamiento diferenciado serían el régimen de penalidades y recursos, donde el Gobierno extranjero podría tener algún tipo de responsabilidad y, en determinados casos, sería conveniente su participación o informe para determinar la imputabilidad de retrasos o defectos de ejecución de la empresa contratista, que deriven en la imposición de penalidades.

29 MORROS CÁMARA, J Luís. Entorno Legal y Contratación Internacional. 2015 2ª edición. Jornadas de Comercio Exterior para el personal del Ministerio de Defensa. ICEX – CECO.

- En ningún caso el material de defensa pasará a formar parte del patrimonio de las Administraciones Públicas (artículo 9 de la Ley 12/2012).
- La transferencia de la propiedad se realizará directamente desde el contratista al Gobierno extranjero (artículo 8.3 del RD 33/2014).
- No se altera la condición de exportador del contratista (artículo 10 de la Ley 12/2012).

Las notas características de estos contratos son que su objeto tenga alguna de las prestaciones que se indican a continuación.

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

Existen serias reservas a considerar³⁰. Por ejemplo, no está sometido a una jurisdicción determinada y sus posibles conflictos suelen dirimirse sin recurrir a terceros; además, no existe ningún poder exorbitante por parte de la Administración contratante, sino que se consideran un acuerdo de buenas voluntades, lo que a veces se ha traducido como un «pacto entre caballeros». A estas circunstancias se suma elementos complejos que impiden hacer atractivo el sistema, como pudiera ser el depósito inicial³¹.

Dos relaciones jurídicas: una horizontal, de Gobierno a Gobierno, entre el Gobierno solicitante y el Gobierno español (prevista en el artículo 7.1 g), y una vertical, entre el Gobierno español -Ministerio de Defensa- y una o más empresas suministradoras, aplicando los mecanismos vigentes de contratación administrativa del sector público. Pero tal vez las causas derivan de la propia esencia del contrato que si bien funciona en otras legislaciones anglosajonas en nuestro ordenamiento ocasionan desconfianza y que podemos resumir en los puntos siguientes:

El bien suministrado no se integra en el patrimonio de las Administraciones Públicas, no se modifica la normativa vigente en materia de control del comercio exterior de material de Defensa y, además, se transmiten de manera directa entre los

30 FELIPE HERNÁNDEZ, Monserrat. TFM «Contratos Gobierno a Gobierno en el Ministerio de Defensa» IUGM/UNED. Madrid 2016. Pág. 33 y ss.

31 El Apartado 6.4.2 de la Guía de Apoyo a la Exportación, señala que el objeto de este depósito inicial es cubrir los riesgos potenciales derivados de incumplimiento total o parcial del contrato, así como todas las obligaciones que se deriven del mismo. Este depósito puede alcanzar hasta el 30% del presupuesto del contrato, en función de la cuantía y el objeto, y debe ser negociado con el Gobierno extranjero. Asimismo, hay que indicar que este depósito se irá reduciendo a lo largo de la vida del contrato a medida que se vayan reduciendo las responsabilidades y obligaciones establecidas en el mismo.

contratistas y el Gobierno extranjero las responsabilidades y riesgos derivados de los contratos.

La contratación no se realiza con cargo a fondos públicos, se prevé la apertura de cuentas de situación de fondos del Gobierno extranjero de las que únicamente el Gobierno español está habilitado para extraer los mismos.

El reembolso de los costes en los que incurra el Ministerio de Defensa no se deberá hacer con cargo a la cuenta de situación de fondos del programa que se gestione. Tiene que ser negociada con el contratista o pactarse con el comprador, es la única forma transparente en que el apoyo prestado se realice sin coste ni beneficio para el Ministerio de Defensa.

Servicios de I+D en ciertas circunstancias

La nueva Directiva 2014/24/UE, en su Considerando 35, establece que: «debe fomentarse la cofinanciación de los programas de I+D por parte de la industria» y, en su artículo 14 regula, para los contratos de I+D, el mismo criterio de exclusión que hacía la Directiva 2009/81. La razón por la que se excluyan estos contratos es que tienen características similares a las de los convenios, pues se rigen por sus propias normas, responden a un interés común y no presentan un carácter oneroso.

El objetivo de esta exclusión es incrementar la investigación y desarrollo. Luego se excluyen los contratos de I+D siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes:

- a) Que los beneficios no pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad (beneficios y riesgos compartidos).
- b) Que el servicio prestado no sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador, (cofinanciados).

Estos contratos, como señalar Pilar Martínez ³²la principal diferencia entre los programas cooperativos de I+D y programas de I+D es que la exclusión aplicada a estos últimos sólo abarca la fase de investigación y desarrollo pero no las siguientes; sin embargo, en los programas cooperativos de I+D en los que participan dos o más Estados miembros, la exclusión puede alcanzar todas las fases del programa.

.....

32 MARTINEZ CHUECA, Pilar. «Novedades y consecuencias prácticas de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad». 2015. TFM Instituto Universitario Gral. Gutiérrez Mellado/UNED. Pág. 22.

Ámbito objetivo

Contratos

Con carácter general, el artículo 4.1.e. del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) determina que quedan excluidos de su ámbito de aplicación: «*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*». El nuevo Proyecto de Contratos del Sector Público (en adelante PLCSP) ha mejorado su contenido en parte, ya que no se limita a excluir a la Defensa, sino que también, en su art. 5.1 la amplía a la Seguridad de acuerdo con el contenido de las Directivas Europeas y una mejor técnica legislativa³³.

Sin embargo, se sigue hablando de «*convenios*» y no de «*contratos*», distinción que no fue resuelta por el TRLCSP, tal vez siguiendo la vacilante jurisprudencia³⁴ en contra de los postulados de nuestra doctrina representada por el maestro García de Enterría que fijó un criterio claro al distinguir que el convenio lleva aparejada una relación jurídico pública previamente establecida, frente a la figura del contrato, en la que prima una relación de intercambio patrimonial, luego sinalagmática.³⁵ Distinción que paradójicamente se hace en otros casos en el vigente TRLCSP, como es su art. 4.1.c, d, i, j, circunstancia que mejora en el nuevo PLCSP, en el título de su art. 5, pero que desaparece ya en su párrafo 1.

Luego si atendemos al espíritu de la nueva Directiva de Contratos 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, obtenemos una respuesta clara para acotar la excepción solo a los contratos públicos, ya que su sustantividad se declara en su artículo 2, apartado 5, cuando se definen los mismos como: «*[...] contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios*». Al tiempo que su elemento calificativo ya figuraba transpuesto en el art. 1.2 LCSPDS al referirse a contratos de Defensa y Seguridad.

33 Artículo 5. Negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito de la Defensa y de la Seguridad.

34 Sentencia del TS de 16 de enero de 1990, equipara Convenio y Contrato:» por cuanto es clara la presencia negocial, como tal, con otra persona jurídica». Sin embargo, la Sentencia del TS de 8 de junio de 1984 si establece la diferenciación. Ver RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JM. Los Convenios entre Administraciones Públicas. Marcial Pons. Madrid 1997. Pág. 41 y ss.

35 GARCIA DE ENTERRIA. E. «Ámbito de aplicación de la Ley». En Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dir. Gómez –Ferrer. Ed. Civitas. Madrid 1996. Pág. 16.

Objeto de los Contratos

En cuanto al tipo de contratos que se excluyen se limita, en un principio, solo a los contratos públicos de suministro de equipo sensible, tanto en el sector de la defensa como en el de la seguridad que se encuentre recogido en la lista de material militar elaborada por la Decisión del Consejo 255/58, de 15 de abril de 1958³⁶. Lista que sólo puede modificar el Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión.³⁷ Pero se amplía conforme señaló el punto tercero de la Comunicación Interpretativa COM (2006) 779 final, de 7 de diciembre de 2006, también a 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 de la excepción.

De aquí la importancia del Anexo I de la Instrucción comunicada 14/2015, de 13 de febrero, del Secretario de Estado de Defensa, en materia de contratación en el Ministerio de Defensa que incorporó las normas y recomendaciones de la Orden de Servicio nº 1/12, de 6 de febrero de 2012, del Director General de Asuntos Económicos, nacida ante la posibilidad de una diferente interpretación por parte de los diversos órganos de contratación o poderes adjudicadores dependientes del Ministerio de Defensa, y que pueda dar lugar a la aplicación de diferente normativa legal para contratos con idéntico o similar objeto.

En este mismo Anexo I se incluyen criterios adicionales para interpretar de forma homogénea el artículo 7 de la LCSPSD de la misma, en relación con los negocios jurídicos excluidos, así como los procedimientos y normas que deben seguirse para asegurar que tales exclusiones se interpretan de forma estricta, tal y como establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Luego cuando se invoque esta excepción, su consecuencia es que no se ha de aplicar la normativa de contratos española ni comunitaria alguna, pero sus condiciones de aplicación deben interpretarse de manera muy restrictiva³⁸. El resultado de la exclusión

36 CONSEJO EUROPEO. Decisión 255/58, 15 de abril 1958. Esta lista nunca se ha publicado oficialmente.

37 Sentencia de 30 de septiembre de 2003 en el asunto T-26/01, *Fiocchi Munizioni* contra la Comisión, apartado 61; véanse también las Conclusiones del Abogado General Jacobs de 8 de mayo de 1991 en el asunto C-367/89, *Richardt y Les Accessoires Scientifiques*, apartado 30.

38 Comunicación Interpretativa COM (2006) 779 final, de 7 de diciembre de 2006. Punto segundo: [...] *El Tribunal de Justicia ha dejado claro sistemáticamente que cualquier excepción a las normas cuyo propósito sea garantizar la eficacia de los derechos conferidos por el Tratado debe interpretarse en sentido estricto. Sentencia de 4 de octubre de 1991 en el asunto C-367/89, Richardt y Les Accessoires Scientifiques, apartado 20; sobre los contratos públicos en particular: sentencia de 3 de mayo de 1994 en el asunto C-328/92, Comisión contra España, apartado 15; sentencia de 28 de marzo de 1995 en el asunto C- 324/93, Evans*

supone que no han de aplicarse de manera obligatoria las disposiciones recogidas en la LCSPDS. Se permite, por tanto, en los procesos de preparación y adjudicación de los negocios jurídicos excluidos, recurrir bien a los procedimientos de adjudicación específicamente regulados para los mismos, o desviarse de aquellas disposiciones de la Ley que afecten negativamente a la consecución de la finalidad de los mismos. No obstante, los contratos, negocios y relaciones jurídicas excluidas aplicarán los principios de la Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Intereses esenciales de seguridad

El concepto de «*intereses esenciales de seguridad*» es el núcleo de la excepción, proporciona a los Estados la flexibilidad en la elección de las medidas para proteger esos intereses, pero también les confiere la responsabilidad especial de respetar las obligaciones que les incumben en virtud del Tratado y no abusar de esta flexibilidad ya que sólo es aplicable en casos claramente definidos. Por ello se ha de evaluar muy cuidadosamente, caso a caso, si está justificada o no una exención de las normas comunitarias y si responde a estas tres preguntas:

- ¿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 normativa de contratos públicos es necesaria en este caso específico para la protección de este interés esencial de seguridad?

Luego el concepto de «intereses esenciales de seguridad» no supone discrecionalidad ilimitada, los Estados miembros no tienen libertad absoluta para decidir la exención de un contrato público específico de las normas del mercado interior.

Por el contrario, « [...] *corresponde al Estado miembro que desea ampararse en [el artículo 346 del TFUE] aportar la prueba de que las medidas adoptadas no exceden de los límites [claramente definidos] de dichas hipótesis* » y demostrar «*que las exenciones son necesarias para proteger los intereses esenciales de su seguridad* »³⁹

Medical y Macfarlan Smith, apartado 48. Además, ha confirmado que este principio es válido también para las excepciones aplicables «a situaciones que pueden poner en peligro la seguridad pública». En el asunto Comisión contra España, el Tribunal sentenció que los artículos en los que el Tratado prevé tales excepciones (en concreto el artículo 296 del Tratado CE) «se refieren a hipótesis excepcionales delimitadas y, debido a este carácter limitado, no se prestan a una interpretación extensiva» Sentencia de 16 de septiembre de 1999 en el asunto C-414/97, Comisión contra España, apartado 21; sentencia de 15 de mayo de 1986 en el asunto C-222/84, Johnston, apartado 26.

39 Asunto C-414/97 Comisión contra España, apartado 22.

Intereses esenciales de seguridad: los *offsets*⁴⁰

El objetivo que justifica la exención que ampara el artículo 346 del TFUE es únicamente la protección de los intereses de seguridad esenciales de un Estado miembro. Otros intereses, en especial industriales y económicos, aunque estén relacionados con la producción y el comercio de armas, municiones y material de guerra, no pueden justificar por sí solos una exención⁴¹. Las contrapartidas (*offsets*) indirectas no militares, no se consideran amparadas ya que no sirven a intereses de seguridad específicos, sino a intereses económicos generales.

En consecuencia no tienen la cobertura del artículo 346 del TFUE, aunque estén relacionadas con un contrato de adquisición de material de defensa exento en virtud de ese artículo, tiene que ser una relación directa.⁴²

La cuestión de los llamados *offsets* puesta de relieve por la Comunicación interpretativa, no aparece en la Directiva 2009/81/CE. Si bien ha sido una práctica habitual por todos los Estados miembros en materia de defensa, no entró la Directiva a su regulación, ya que es una excepción a un principio básico del TFUE – de naturaleza de Derecho Primario –, y en consecuencia, la Directiva – es de naturaleza de Derecho Derivado – razón por la que no puede permitir estas prácticas ni regularlas.

Sin embargo, es paradójico que sin argumentos muy sólidos la Directiva incluya otras figuras jurídicas como: seguridad de suministro, seguridad de la información y subcontrataciones con ánimo de proteger los intereses legítimos de seguridad de los Estados miembros y no da lugar a infracción la normativa comunitaria alguna.

40 El término *offset* engloba cooperación industrial, transferencia de tecnología, participación industrial y términos similares. <http://www.infodefensa.com/wp-content/uploads/SERIE-NARANJA.-CUADERNO-8.-POLITICA-INDUSTRIAL-vSEDEF.pdf>. 04.01.2017.

41 En contra está reiterada jurisprudencia que, basándose en los principios básicos de libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios, propugna la prohibición de cualquier norma o medida relativas al comercio y redactadas por los Estados miembros, que puedan obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio comunitario en condiciones de igualdad o que sean capaces de influir en la conducta de los operadores económicos (SSTJUE 11/07/1974 Caso 8/74 *Dassonville*, párrafo 5; 24/06/1992 Caso C-137 *la Comisión contra Grecia*, párrafo 8; Caso 249/81 párrafos 27 al 28; Caso C-21/88, párrafo 11; 12/12/1996 Caso 3-95 *Reisebüro Broede*, párrafo 25; 21/07/2005 Caso C- 231/03 *Coname*, párrafos 17 al 20 y del 13/11/2007 Caso C-507/03 *la Comisión contra Irlanda*, párrafos 29 al 32).

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

El hecho se complicó cuando la Comisión Europea en desarrollo de la Directiva 2009/81/CE consideró necesario emitir, con carácter no vinculante, la «*Guía Interpretativa sobre Offsets sobre la adjudicación de contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad*», cuando la única institución competente para emitir interpretaciones vinculantes del Derecho de la Unión Europea es el Tribunal de Justicia. Con todo la Comisión tal como recoge la Guía sólo justifica los *Offsets*⁴³:

Mediante la invocación del artículo 346 TFUE; su uso debe ser excepcional, argumentado y evaluado caso por caso, lo cual es incompatible con normativas nacionales que soliciten *offsets* para cierto tipo de contratos.

Su necesidad debe venir justificada por la protección de un interés esencial para la seguridad y debe explicarse por qué no es posible alcanzar ese mismo objetivo a través de otros medios menos restrictivos.

El artículo 346 del TFUE debe ser interpretado de forma restrictiva y la tolerancia del empleo de *offsets* debe justificarse de forma explícita.

La invocación del artículo 346 TFUE deberá respetar los principios de proporcionalidad, transparencia y no discriminación, así como el respeto a las normas y criterios establecidos por la normativa europea en materia de subcontratación.

Luego en principio no se admiten los *offsets* al ser medidas restrictivas y discriminatorias para los operadores económicos de los distintos Estados miembros, ya que suponen una limitación al mercado comunitario por impedir la libre circulación de mercancías, de las personas, los servicios y capital contrarias al artículo 26.2 del TFUE⁴⁴.

Sin embargo, cabría justificarse y amparar su uso en virtud de la excepción del artículo 346 del TFUE, de forma muy restringida, cuando se acredite la concurrencia de los requisitos establecidos en dicho precepto y teniendo en cuenta que dicha invocación deberá limitarse a casos excepcionales, claramente definidos, valorados individualmente, y asumiendo la carga de la prueba respecto a la justificación de la excepción.

La invocación al artículo 346 del TFUE es necesaria incluso para negocios jurídicos excluidos de Ley 24/2011 de 1 de agosto, y con independencia de la nacionalidad del proveedor para todos los *offsets*, y cualquiera que sea su denominación y modalidad, civil o militar, directos o indirectos.

43 <http://www.infodefensa.com/wp-content/uploads/SERIE-NARANJA.-CUADERNO-8.-POLITICA-INDUSTRIAL-vSEDEF.pdf>, págs. 28 y 29. 04.01.2017.

44 <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>.

Naturaleza de la exclusión

A lo largo de estos años de vigencia del Tratado fue uno de los puntos más controvertidos para la jurisprudencia comunitaria, ya que en un principio parecía que sólo estaba sujeto a la misma el material militar⁴⁵, sin embargo, esta controversia fue resuelta satisfactoriamente por la Comisión Europea a través de la Comunicación Interpretativa COM (2006) 779 final, de 7 de diciembre de 2006, que ha permitido tener a los poderes adjudicadores una orientación actualizada para que valoren si está justificado el recurso a la excepción.

En un principio, 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 CE⁴⁶. Fue el punto tercero, de la Comunicación Interpretativa COM (2006) 779, la que admitió el hecho que la seguridad es un concepto complejo, al existir nuevas amenazas que difuminan la línea divisoria tradicional entre las vertientes de seguridad militar y no militar, externa e interna.

Conviene precisar este aspecto, ya que en segundo lugar, se admite la seguridad siempre que la adquisición del equipo sea 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. Así lo contempla la Directiva 2014/24/CE en su artículo 16.

Los contratos de suministro para fines de seguridad no militares están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 346, del TFUE. En el caso de estos contratos, los intereses de seguridad pueden justificar la exención de las normas comunitarias con arreglo al artículo 15,3 de la Directiva de contratos públicos, siempre que se cumplan las condiciones para su aplicación⁴⁷.

La verdadera naturaleza está en el punto b del artículo 346 del TFUE, ya que en el fondo es una cláusula suspensiva unilateral cuando establece: « [...] ningún Estado

45 Asunto T-26/01, *Fiocchi Munizioni contra la Comisión*, apartados 59 y 61.

46 *Ibidem*, apartados 59 y 61.

47 Directiva 2014/24/CE establece que no se aplicará a: «3. Cuando la contratación y la ejecución del contrato público o del concurso de proyectos sean declarados secretos o tengan que ir acompañados de medidas especiales de seguridad de acuerdo con las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas vigentes en un Estado miembro, la presente Directiva no será aplicable cuando el Estado miembro haya determinado que los intereses esenciales de que se trate no pueden garantizarse con medidas que supongan una menor injerencia, como las contempladas en el párrafo primero del apartado 2».

miembro estará obligado a facilitar información cuyo divulgación considere contrario a los intereses esenciales de su seguridad» dejando al arbitrio del mismo su cumplimiento cuando en el apartado 1,b) del citado artículo establece que: « *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»* en consecuencia se cumple el principio de soberanía nacional.

Al mismo tiempo, el artículo 346, apartado 1, letra b), del Tratado UE establece que las medidas tomadas en virtud de este artículo «*no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares»*. En el ámbito de los contratos públicos de Defensa, éste puede ser el caso de las contrapartidas, en particular las indirectas, no militares. Conforme con la interpretación de la Comisión: «*[...] los Estados miembros deben asegurarse de que los acuerdos de compensación relacionados con los contratos de adquisición de material de defensa cubiertos por el artículo 296, apartado 1, letra b), del Tratado CE respeten esta disposición»*⁴⁸.

Condiciones de aplicación

Evaluación y Control

Es responsabilidad de los Estados miembros de la Unión Europea definir y proteger sus intereses de seguridad. El artículo 346 del TFUE es una prerrogativa y una excepción para los casos en que el cumplimiento de la legislación europea pusiera en peligro los intereses esenciales de seguridad de sus Estados miembros. Este hecho impone condiciones estrictas para el recurso a esta excepción, y se ha de mantener 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 Comunidad.

La evaluación y verificación del cumplimiento corresponde a la Comisión Europea. Para ello los Estados miembros facilitan, a instancias de la Comisión, la información precisa, y han de demostrar que la exención es necesaria para proteger los intereses esenciales de su seguridad. El Tribunal de Justicia ha dictaminado reiteradamente que:

48 COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN EUROPEA «sobre la aplicación del artº 296 del TFUE en el ámbito de los contratos públicos de defensa» (COM 2006, 779 final CC/2006/09 EN) Bruselas ,13 de julio de 2006 y difundida en el MINISDEF por la Subdirección Gral. de Contratación el 24 de julio. Punto 5.

« [...] según el artículo 10 del Tratado, los Estados miembros están obligados a cooperar de buena fe en cualquier investigación efectuada por la Comisión al amparo del artículo 223 CE y a facilitar a ésta toda la información solicitada al respecto»⁴⁹.

Corresponde al Estado miembro afectado facilitar las pruebas de las condiciones específicas del contrato en cuestión. Pudiendo la Comisión recurrir directamente ante el Tribunal de Justicia si considera que un Estado miembro abusa de las facultades previstas en el artículo 346 del TFUE. En este caso, la carga de la prueba de que una exención está justificada incumbe a los Estados miembros denunciados.

Naturaleza jurídica de la actividad regulatoria organizativa

La *Instrucción 14/2015 del SEDEF* recoge la *Instrucción 1/12 de 2012 del DIGENECO*. Su finalidad no es otra que asegurar la correcta y homogénea aplicación de la exclusión del artículo 7.1.b en el ámbito del Ministerio de Defensa y evitar en consecuencia descoordinación entre los poderes adjudicadores.

Ambas no tienen naturaleza normativa y no son, por tanto, reglamentos, ya que son simples órdenes generales a través de los cuales se ejerce la potestad de dirección de los órganos superiores respecto a los inferiores de la organización administrativa (en este caso el MINISDEF), pero no innovan el ordenamiento jurídico ni obligan a terceros. Sólo produce efectos meramente internos y no están sujetos al procedimiento de elaboración de los reglamentos como ha reiterado la Jurisprudencia.⁵⁰ Del mismo modo tampoco podrán ser objeto de recurso⁵¹, salvo que como actos internos afectase a funcionarios del MINISDEF, y lesionase sus derechos o intereses legítimos al igual que a particulares, no en cuanto norma, que no lo es, sino como cualquier acto administrativo⁵².

En este sentido es clave el artículo 6.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP)⁵³, para señalar que no son normas,

49 Sentencia de 13 de julio de 2004 en el asunto 82/03, *Comisión contra República Italiana*, apartado 15.

50 STS de 12 de febrero de 1990.

51 STS de 14 de febrero de 1990.

52 STC 47/1990, de 20 de marzo.

53 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. *Artículo 6. Instrucciones y órdenes de servicio. 1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin*

sino meros actos administrativos de organización de los órganos jerárquicamente dependientes.

Fruto de esta naturaleza no normativa, el artículo 6.2 de la LRSJSP determina que: [...] *Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.*

Luego su publicidad, de no mediar obligación legal, se deja al criterio responsable de los órganos que dictan estos actos y sólo habrá obligación de publicarse en boletín oficial, si puede ser invocada como precedente en relación a la posible vulneración del principio de igualdad⁵⁴.

Procedimiento general

Se recoge este de forma literal en el Anexo 1 de la *Instrucción 14/2015 del SEDEF* el procedimiento que el punto 4.2.2 que la *Instrucción 1/12 de 2012 del DIGENECO*.

En la normativa estudiada no se contempla la fase preliminar del expediente, y debiera tenerse en cuenta por los intereses protegidos. Por esta razón, debiera incluirse en la misma por la especialidad en su adjudicación y tramitación, una serie de argumentos previos como son:

- Descripción del interés esencial afectado, así como la ventaja operacional y grado de libertad de acción militar a obtener con la invocación de los intereses esenciales de seguridad.
- Identificación de las circunstancias que demandan lo protección, así como los aspectos críticos de la capacidad militar concreta.
- Consultas de mercado de cara a valorar el grado de satisfacción y alternativas y análisis de los riesgos y ventajas por la que invocar el artículo 346 del TFUE y no los procedimientos ordinarios de contratación.
- Viabilidad económica y coste del nivel de protección deseado.

perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

⁵⁴ COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. Pág. 120-21. Thomson Reuters. Madrid 2016.

Iniciado el expediente, señala la Instrucción, que el primer requisito cuando se invoque el artículo 346 del TFUE, es la «*Orden de Proceder*» del Secretario de Estado de Defensa, conforme se establece en el artículo 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 desarrollado en los artículos segundo, tercero y cuarto de la Orden DEF/244/2014, de 10 de febrero, de delegación de competencias contractuales en el ámbito del Ministerio de Defensa.

El segundo requisito es «*la memoria*», que debe de acompañar la solicitud de Orden de Proceder, de acuerdo con el punto tercero de Instrucción de 2015. En ella los poderes adjudicadores justificarán la invocación del artículo 346 del TFUE de acuerdo con siempre que se den tres circunstancias:

- Que el objeto de la contratación sean los productos incluidos en la lista adoptada como Decisión del Consejo 255/58, de 11 de abril de 1958 (Anexo V), así como los servicios y las obras relacionadas con ellas, pueden eximirse de las normas comunitarias en base al artículo 346 del TFUE. El hecho que el objeto de contrato esté en la lista no produce el efecto de exclusión automático.
- Que se acredite de forma fehaciente, cuando ese equipamiento se diseñe, se desarrolle, se produzca y se obtenga para fines específicamente militares, y sea utilizado por las Fuerzas Armadas.
- Que se verifique el hecho que la no exclusión afecta a los intereses de seguridad esenciales y supondría un riesgo grave para las capacidades básicas de la Defensa.

Para ello, deberán evaluarse los siguientes aspectos:

- ¿Cuál es el interés de seguridad esencial involucrado?
- ¿Cuál es la conexión entre ese interés de seguridad y la decisión específica de contratación?
- ¿Por qué la aplicación de la Directiva de contratación en ese caso específico afectaría a la protección de ese interés de seguridad esencial?

Es este punto, responder a estas preguntas no es fácil, y más determinar qué acciones de protección pudieran demandar la protección de los intereses esenciales de lo Seguridad nacional. Pero al mismo tiempo es una de sus fortalezas, ya que establecer un catálogo de criterios materiales pudiera limitar su gestión en el futuro. Caso de efectuarse, debiera de ser de un rango legal muy bajo y fácil de cambiar, ya que las amenazas son difíciles de concretar y siempre con la finalidad de obtener, conservar e incrementar determinadas ventajas operacionales y/o libertad de acción para nuestras Fuerzas Armadas, y proteger así los concretos intereses esenciales de seguridad afectados.

El único requerimiento de la Unión Europea para la aplicación de la excepción, es que debe estar proporcionada con la consecución del fin perseguido, de tal forma que ninguna otra medida menos restrictiva hubiera podido garantizar dicho fin.

La Subdirección General de Contratación tramitará la Orden de Proceder en la forma establecida en esta *Instrucción 14/2015 del SEDEF* en el plazo de 10 días. Debiendo la Dirección General de Armamento y Material informar sobre la conveniencia de invocar el artículo 346 del TFUE, en el mismo plazo, sin perjuicio de los restantes aspectos de su informe.

Recibidos todos los informes, y de ser favorables, por la Dirección General de Asuntos Económicos (Subdirección General de Contratación) se redactará el correspondiente Acuerdo de Orden de Proceder, en el que se incluyen, en su caso, las observaciones a que hubiere lugar de los mencionados informes y propone al Secretario de Estado de Defensa su firma. Una vez aprobada la Orden de Proceder por el SEDEF, la Subdirección General de Contratación elevará el expediente al Ministro de Defensa a los efectos de que este declare la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado, requerida de acuerdo con el artículo 13.2.d del TRLCSP.

Procedimiento de actualización de la lista de material excluido

De acuerdo con el artículo 7.2 de la LCSPSD, los poderes adjudicadores deben velar porque ninguna de las exclusiones previstas sean utilizadas con carácter abusivo para eludir la aplicación de la norma comunitaria. En este sentido, como ya se ha comentado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo establece que todas las excepciones autorizadas deben de interpretarse de manera estricta y han de aplicarse y justificarse paso a paso, recayendo la carga de la prueba en el órgano de contratación.

Una de las novedades prácticas de la *Instrucción 14/2015 del SEDEF*, es la normalización de un procedimiento de consulta para el caso en el que los poderes adjudicadores de los Ejércitos deseen actualizar la lista de material acogida a la exclusión del artículo 346 de TFUE.

El procedimiento de consultas se canalizará a través de las correspondientes Direcciones de Asuntos Económicos, quienes, como responsables de dirigir la contratación en su ámbito de competencia, verificarán y completarán los argumentos, añadiendo su recomendación escrita a la memoria correspondiente. En los restantes casos, la consulta se remitirá directamente.

La Subdirección General de Contratación, tras el estudio de la consulta y previo informe de la Asesoría Jurídica General, propondrá al Director de Asuntos Económicos la respuesta que considere más adecuada y, si procede, la modificación de la lista del anexo, que deberá mantenerse actualizada en la página web de contratación del Ministerio.

Capítulo III

Actualización del «test de aplicabilidad» del artículo 346 del TFUE en el contexto normativo y jurisprudencial actual

Actualización del «test de aplicabilidad» del artículo 346 del TFUE en el contexto normativo y jurisprudencial actual

Vanesa Aventin Fontana

*Consejera Técnica de la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación
Administrativa*

Resumen

Revisión del test de aplicabilidad del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establecido por la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea de 2006 en el actual contexto normativo y jurisprudencial. Principales pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relacionados con el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los últimos diez años.

Palabras clave

Artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, contratación pública, mercado interior, defensa y seguridad.

Abstract

Review from the actual legislative and jurisprudential context of Article 346 of the Treaty on the Functioning of the European Union's applicability test as established by the European Commission's Interpretative Communication from 2006. Main European Court of Justice's rulings in the last ten years related to Article 346 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

Key words

Article 346, of the Treaty on the Functioning of the European Union, public procurement, interior market, defense and security.

Introducción

La aplicación del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por parte de los Estados Miembros ha sido objeto de gran litigiosidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recordemos que el artículo 348 del TFUE reconoce a la Comisión Europea y a cualquier Estado miembro legitimidad activa para recurrir directamente ante el Alto Tribunal las medidas adoptadas por un Estado miembro cuando consideren que este último abusa de las facultades previstas en el citado artículo 346.

La publicación por la Comisión Europea en el año 2006 de la «Comunicación interpretativa sobre la aplicación del artículo 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa» (COM(2006) 779 final) perseguía el objetivo de atajar la incertidumbre en cuanto al ámbito de aplicación del entonces artículo 296 TCE (actual artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Para lograrlo en la Comunicación la Comisión explica cómo entiende ella las condiciones para la aplicación de la excepción del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pretendía por tanto servir de orientación a los Estados Miembros para que en cada caso valoraran si estaría o no estaría justificado el recurso a la citada excepción.

Desde el año 2006 se han sucedido distintos hitos que conviene tener en cuenta a la hora de leer y aplicar la Comunicación de la Comisión Europea.

En primer lugar, en lo que respecta a la base jurídica de los contratos de defensa, ahora éstos están sujetos a las normas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, especialmente a las relativas al mercado interior (artículos 26, 28, 34, 49 o 56, entre otros relativos a: la libertad de circulación de mercancías, a la libertad de prestación de servicios y a la libertad de establecimiento, todos ellos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y al artículo 346 (que no presenta cambios sustanciales respecto de su antecesor el artículo 296 del Tratado CE, únicamente se habla de «mercado interior» en lugar de «mercado común»). Este último tiene actualmente, recordemos, el siguiente tenor:

Artículo 346 (antiguo artículo 296 TCE):

«1. Las disposiciones de los Tratados no obstarán a las normas siguientes:

a) ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad;

b) 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 interior 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.»

En segundo lugar, en el ámbito del derecho comunitario derivado también se han producido cambios relevantes que conviene recordar brevemente.

Así en el año 2009 se aprobó 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. Como es sabido la Directiva 2009/81/CE fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 24/2011, de 1 de enero, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad.

Posteriormente en el año 2014 se aprobó el nuevo paquete de Directivas que vinieron a sustituir a las Directivas de 2004, concretamente nos referimos a: la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, a la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, relativa a la contratación pública y que deroga la Directiva 2004/18/CE y a la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Todas ellas son susceptibles de resultar de aplicación a la contratación pública en el sector de la defensa. Su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico está pendiente, y es previsible que la aprobación de las normas de transposición tenga lugar en el primer semestre de 2017, mediante dos Leyes que sustituirán una al actualmente vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y la otra a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Nótese que las Directivas de 2014 tienen efecto directo desde el 18 de abril de 2016, por lo que, hasta que las normas nacionales no estén aprobadas y en vigor, las Directivas podrán ser objeto de aplicación directa a la adjudicación de los contratos que entren dentro de su ámbito de aplicación, siempre y cuando se cumplan los requisitos de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de efecto directo vertical.

En este sentido nótese que si bien la aprobación por las Cortes Generales de las Leyes de transposición es previsible que se produzca en el primer semestre de 2017, de acuerdo con los Proyectos de Ley (actualmente en fase de tramitación parlamentaria) las mismas están sujetas a una *vacatio legis* de cuatro meses con carácter general. Por

ello, hasta la entrada en vigor de estas dos Leyes los órganos de contratación deberán aplicar de manera «combinada» la legislación de contratos nacional y las Directivas de contratación pública de 2014. En este sentido el usuario de la legislación de contratación pública encontrará pautas fiables en las Recomendaciones de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre efecto directo, una publicada mediante Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado («Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública»), y la otra mediante Resolución de 6 de abril de 2016, también de la Dirección General del Patrimonio del Estado («Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública»).

En ellas se explican los requisitos que deben cumplir las disposiciones de estas Directivas para que puedan tener efecto directo y, por lo tanto, un particular pueda invocar su aplicación ante una autoridad nacional (el denominado efecto directo vertical); y se identifican las principales disposiciones que reúnen estos requisitos. Adicionalmente en estas Recomendaciones se indica, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia, que en todo caso la interpretación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y de la Ley 31/2007, ya citadas, deberá realizarse de conformidad con estas Directivas de 2014, dado que su plazo de transposición expiró el pasado 18 de abril de 2016.

En tercer lugar, adicionalmente a estas novedades en el ámbito normativo, durante el tiempo transcurrido desde el año 2006 hasta la actualidad la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha experimentado una cierta evolución que conviene tener en cuenta (desarrollada en el apartado 2 siguiente).

Pues bien, la Comunicación de la Comisión Europea debe ser objeto de revisión desde el actual contexto normativo y jurisprudencial, para preservar su utilidad, de manera que siga sirviendo de orientación válida al aplicador del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el ámbito de los contratos públicos de la defensa.

Este artículo tiene por objeto fundamental la revisión del contenido de la Comunicación de la Comisión Europea desde la doble perspectiva indicada, prestando especial atención al análisis de los pronunciamientos más relevantes del Tribunal de Justicia sobre la aplicación del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En este sentido conviene aclarar que el citado artículo 346 viene siendo invocado por los Estados miembros para adoptar todo tipo de medidas de distinta naturaleza; esto es, tanto medidas consistentes en la adjudicación directa de contratos, como otras medidas que también suponen una excepción al Derecho comunitario, como la concesión de subvenciones que no cumplen con la normativa comunitaria en materia

de ayudas de Estado y con el derecho comunitario de la competencia, o la aplicación de exenciones fiscales que no cumplen con el derecho aduanero comunitario, entre otras.

En palabras del Tribunal de Primera Instancia: «El régimen establecido por el artículo 296 CE, apartado 1, letra b), pretende preservar la *libertad de actuación* 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 (...). 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 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 (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, asunto T-26/01, apartado 58).

Dicho esto, nótese que el análisis de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia que sigue, aun cuando éstos no siempre se refieren a contratación pública, intenta extraer de las correspondientes Sentencias y de la opinión del Abogado General en cada caso aquélla doctrina que puede resultar de utilidad para los órganos de contratación del ámbito militar, de manera que les sirva de guía en la aplicación del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el ámbito concreto de los contratos públicos de defensa.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea posterior al año 2006 más relevante para el aplicador del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

A continuación figura un resumen de los pronunciamientos del máximo intérprete del derecho comunitario más relevantes que han recaído desde el año 2006 hasta la actualidad. Se han ordenado por orden cronológico para facilitar el estudio de su evolución.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2008 (asunto C-337/05)

Esta Sentencia trae causa de un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra la República de Italia por adjudicar directamente contratos públicos, esto es sin aplicar la Directiva de contratación pública (entonces la Directiva

93/36/CEE) pese a que superaban los umbrales en ella previstos. Se trataba de contratos de suministro de helicópteros de unas determinadas marcas para cubrir las necesidades de distintos cuerpos militares y civiles del Estado italiano. La empresa fabricante era una sociedad italiana de economía mixta, esto es, con participación del Estado Italiano y también privada en su capital social.

La República Italiana, entre otros argumentos, alegó que Augusta era medio propio. A lo que el Tribunal de Justicia contestó que no, dado que la participación privada en el capital de esa sociedad hace que no se cumpla uno de los requisitos necesarios para que la misma merezca la consideración de medio propio (el control análogo) y, por lo tanto, pueda recibir encargos del Estado Italiano que estén excluidos de la Directiva de contratación pública (en aras de la brevedad, y dado que la compleja doctrina «in-house» no constituye el objeto de este estudio, nos remitimos a la Sentencia para mayor detalle y para referencias de citas jurisprudenciales).

Asimismo la República Italiana alegó que las adquisiciones se realizaron al amparo de la excepción que establece el artículo 296 TCE (actual artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), puesto que estos helicópteros eran «bienes de doble uso», es decir, que podían servir tanto para fines civiles como militares.

El Tribunal comienza recordando que «las medidas que adopten los Estados miembros en virtud de legítimas exigencias de interés nacional no están exentas en su conjunto de la aplicación del Derecho comunitario por el mero hecho de que se hayan adoptado en interés de la seguridad pública o de la defensa nacional (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de marzo de 2003, Dory, C-186/07, Rec. P. I-2479, apartado 30)» (apartado 42), sino que «corresponde al Estado miembro que pretenda ampararse en excepciones aportar la prueba de que las exenciones no exceden de los límites de dichas hipótesis excepcionales (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de septiembre de 1999, Comisión/España, C-414/97, Rec. P. I-5585, apartado 22)» (apartado 44).

En la valoración que hace el Alto Tribunal de las alegaciones de la República italiana el mismo recuerda que de conformidad con el tenor literal del artículo 296 TCE, apartado 1, letra b), 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, siempre que, no obstante, estas medidas no alteren las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.

El Tribunal de Justicia hace una interpretación restrictiva y *a sensu contrario* del último inciso del citado precepto y concluye que «los productos de que se trata deben estar destinados a fines específicamente militares» (apartado 47). Pues bien, dado que en este caso, a tenor de las declaraciones del Estado Italiano, los helicópteros tenían «ciertamente aplicaciones civiles indudables y posiblemente una finalidad militar», en consecuencia el artículo 296 TCE no resultaba de aplicación a juicio del Alto Tribunal,

por lo que la adjudicación de los correspondientes contratos de suministro debió haberse realizado de acuerdo con la Directiva de contratación pública.

El Abogado General en este caso llega a la misma conclusión que el Tribunal de Justicia expresándose con especial claridad al señalar que «cuando la aplicación del artículo 296 CE por un Estado miembro perjudica a la competencia en el mercado común el Estado miembro del que se trata tiene que demostrar que los productos se destinan a fines específicamente militares. Considero que ello por sí solo excluye a los productos de doble uso.(...) El requisito de que los productos se destinen a fines específicamente militares significa por ejemplo que el suministro a un cuerpo militar de un helicóptero que esté destinado para fines civiles tiene que cumplir las reglas de contratación pública. *A fortiori* los helicópteros suministrados a determinados *organismos* civiles de un Estado miembro que sólo hipotéticamente podrían utilizarse también para fines militares, como alega Italia, tiene que cumplir ineludiblemente esas reglas». (Puntos 59 y 60).

Con carácter previo a llegar a esta conclusión el Abogado General hace una serie de consideraciones que merecen especial mención por su inequívoca didáctica. Así éste explicó que la finalidad del artículo 296 TCE «es coordinar a la vez que equilibrar las relaciones y las tensiones entre la protección de la libre competencia en el mercado común y la protección de los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembros relacionados con la producción o la venta de armas, municiones y material de guerra de los Estados miembros, de modo que permite a éstos excepciones al Derecho comunitario pero sólo conforme a los estrictos requisitos prescritos. (...) De ello se deduce que una excepción (...) no puede considerarse una excepción automática y/o en blanco que los Estados miembros puedan invocar con independencia de las circunstancias concretas de una determinada situación. El artículo 296 CE debe ser aplicado por los Estados miembros sobre la base de cada caso singular, y en un asunto como el presente tiene que apreciarse cada contrato de suministro específico» (puntos 56 y 58).

A continuación el Abogado General recuerda que el artículo 296 CE exige fundamentalmente que se cumplan dos requisitos: el que a los efectos de este estudio denominaremos de *necesidad* (las medidas que se apliquen deben ser necesarias para la protección de los intereses esenciales de la seguridad de ese Estado miembro) y el que denominaremos de *destino*, esto es, los productos de que se trate (además de figurar en la lista de 15 de abril de 1958) deben estar destinados a fines específicamente militares, esto es, el equipamiento debe haber sido diseñado, desarrollado y producido para fines específicamente militares.

Adicionalmente señalar que el Tribunal de Justicia volvió a condenar a la República Italiana por el mismo asunto en su Sentencia de 2 de octubre de 2008 (asunto C-157/06), si bien en esta ocasión la adjudicación directa de contratos de suministro de helicópteros se hizo tomando como base jurídica un Decreto interno que autorizaba a la inaplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos. En esta ocasión la Sentencia es más explicativa y señala que de acuerdo con la Comisión se trataba del suministro de helicópteros ligeros para las necesidades de las Fuerzas de

Policía y del Cuerpo Nacional de Bomberos, es decir para servicios civiles. La República Italiana por su parte en esta ocasión consideraba que dado que los helicópteros eran susceptibles de ser utilizados para garantizar misiones de seguridad nacional, su carácter militar no podía rebatirse. Ello era así porque se exigía que poseyeran ciertas características técnicas que les permitían ser utilizados eventualmente como sistemas de armas y de defensa, de manera que requerían una homologación del Ministerio de Defensa.

La Sentencia, también del Tribunal de Justicia, de 7 de junio de 2012 (asunto C-615/10) que se comenta más adelante elabora algo más sobre el que hemos denominado «requisito de destino» que establece el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antes artículo 296 del TCE).

Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2009 (asunto C-239/06), Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2009 (asunto C-294/05) y Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2009 (asunto C-372/05), entre otras

Estas tres Sentencias traen causa de tres recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión Europea contra la República Italiana (asunto C-239/06), contra el Reino de Suecia (asunto C-294/05) y contra la República Federal de Alemania (C-372/05) por infringir normativa comunitaria al eximir unilateralmente de derechos de aduana la importación de material militar. La República Italiana, el Reino de Suecia y la República Federal de Alemania invocaron el artículo 296 CE (actual artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), apartado 1, letra b).

El Tribunal de Justicia recuerda que según reiterada jurisprudencia suya «si bien corresponde a los Estados Miembros establecer las medidas adecuadas para garantizar su seguridad interior y exterior, no por ello cabe deducir que tales medidas se sustraen totalmente a la aplicación del Derecho comunitario (véanse las sentencias de 26 de octubre de 1999, Sirdarm, C-273/97, Rec. P. I-7403, apartado 15, y de 11 de enero de 2000, Kreil, C-285/98, Rec. P. I-69, apartado 15). (...) el Tratado sólo establece excepciones expresas aplicables en caso de situaciones que pueden poner en peligro la seguridad pública en sus artículos 30 CE, 46 CE, 58 CE, 64 CE, 296 CE y 297 CE, que se refieren a unos supuestos excepcionales claramente delimitados. No puede deducirse de ello que exista una reserva general (...).

Reconocer la existencia de tal reserva, al margen de las condiciones específicas prevista en las disposiciones del Tratado, podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho comunitario» (véase la sentencia de 11 de marzo de 2003, Dory, C-186-01, Rec. P. I-2479, apartado 31 y jurisprudencia que se cita).

A continuación el Tribunal de Justicia indica que las excepciones a las libertades fundamentales, como es el caso de la excepción prevista en el artículo 296 TCE (actual artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), apartado 1, letra b), deben ser objeto de interpretación estricta. Con esta consideración el Tribunal reitera lo mantenido tradicionalmente en su jurisprudencia en materia de excepciones a las libertades de circulación que consagra el Tratado, tanto de la excepción que establece el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como de las establecidas por otros preceptos del Tratado (el Tribunal cita la sentencia de 31 de enero de 2006, Comisión/España, C-503/03, apartado 45, la sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania, C-490/04, apartado 86 y la sentencia de 11 de septiembre de 2008, Comisión/Alemania, C-141/07, apartado 50).

Como consecuencia de las consideraciones jurídicas precedentes el Tribunal a continuación advierte de que no cabe interpretar el referido precepto como si atribuyera a los Estados miembros la facultad de establecer excepciones a las disposiciones del Tratado mediante la mera invocación de dichos intereses. Al contrario, el Estado miembro debe demostrar que la medida adoptada está efectivamente justificada por la necesidad de proteger los intereses esenciales de la seguridad de dicho Estado, con arreglo al artículo 296 TCE, apartado 1, letra b). Dicho en otras palabras, la carga de la prueba recae sobre ese Estado miembro.

En estas tres Sentencias el Tribunal concluyó sobre el particular que nos ocupa que la República Italiana, el Reino de Suecia y la República Federal de Alemania habían incumplido las obligaciones que les incumbían en virtud del derecho comunitario al no haber demostrado que concurrían los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 296 TCE.

Entre otras razones los Estados Miembros demandados por la Comisión Europea alegaban que no habrían «podido respetar el procedimiento aduanero comunitario para la importación del material de defensa en cuestión sin arriesgarse a que ciertos datos esenciales para su seguridad llegaran a conocimiento de terceros», algo inadmisibles dado que debían respetar los compromisos de confidencialidad adquiridos con los Estados vendedores en virtud de los contratos celebrados antes de su adhesión a la Unión Europea. A esta alegación tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia respondieron que el derecho comunitario no impedía la intervención de funcionarios comunitarios y nacionales eventualmente sometidos a un deber de confidencialidad, en caso de tratamiento de datos delicados, que permitiese proteger los intereses esenciales de la seguridad de los Estados miembros.

El Tribunal de Justicia en la misma fecha y aduciendo consideraciones jurídicas muy similares también condenó por incumplimiento a la República Helénica (Sentencia de 15 de diciembre de 2009, asunto C-409/05), al Reino de Dinamarca (Sentencia de 15 de diciembre de 2009, asunto C-461/05), nuevamente, a la República Italiana (Sentencia de 15 de diciembre de 2009, asunto C-387/05) y a la República de Finlandia (Sentencia de 15 de diciembre de 2009, asunto C-284/05).

Pocos meses después el Tribunal condenó por idéntica conducta y con igual fundamentación jurídica a la República Portuguesa mediante Sentencia de 4 de marzo de 2010 (asunto C-38/06).

Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 2012 (asunto C-615/10)

El Alto Tribunal responde a una decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional finlandés en el marco de un litigio por la adjudicación, por un procedimiento distinto al previsto en la Directiva 2004/18, de un contrato de suministro de un sistema de plataforma giratoria destinado a su utilización como soporte de objetos sometidos a mediciones electromagnéticas por un valor estimado de 1.650.000 euros.

En el litigio principal el recurrente alegó que la plataforma giratoria constituía una innovación técnica en la industria civil y no un material militar. La otra parte, que era el Estado Mayor General finlandés, alegó que dicho sistema de plataforma giratoria se había adquirido con fines específicamente militares y que iba destinado, en particular, a simular situaciones de combate.

El órgano jurisdiccional finlandés preguntó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si resultaba de aplicación la Directiva 2004/18 a un contrato que tiene por objeto la adquisición de material que, según el órgano de contratación, debe destinarse a fines específicamente militares, pero también existen aplicaciones técnicas de ese material muy similares en el sector civil, teniendo en cuenta que de conformidad con su artículo 10 esta resulta de aplicación a los contratos adjudicados en el sector de la defensa «a reserva del artículo 296 del Tratado [CE]».

A la cuestión planteada el Tribunal responde invocando el artículo 296 TCE (actual artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), apartado 1, letra b) *in fine*, de conformidad con el cual las medidas que adopten los Estado miembros al amparo de este precepto no deben alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.

A continuación el Tribunal recuerda la doctrina sentada en la Sentencia de 8 de abril de 2008, Comisión/Italina (C- 337/05, apartados 48 y 49), de acuerdo con la cual un órgano de contratación no puede invocar el artículo 296 TCE, apartado 1, letra b), «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».

La Sentencia que nos ocupa añade ahora a lo indicado en el párrafo anterior que en el supuesto de que un producto incluido en la lista del Consejo de 15 de abril de

1958 tenga aplicaciones técnicas de carácter civil ampliamente similares, «sólo puede considerarse destinado a fines específicamente militares en el sentido del artículo 296 CE si tal uso es no sólo aquel al que pretende destinarlo el órgano de contratación, sino también (...) el que se desprende de características propias de un equipo especialmente concebido, desarrollado o modificado sustancialmente para tales fines» (apartado 40).

La opinión del Abogado General es especialmente clarificadora al indicar que para que pueda considerarse cumplida la condición que establece *a sensu contrario* el artículo 296 TCE, apartado I, letra b) *in fine* de que el producto esté destinado a fines específicamente militares (a la que anteriormente nos hemos referido como el «requisito de destino») «el bien de que se trate tiene que estar destinado a fines específicamente militares no sólo por su uso concreto, definido por la entidad adjudicadora (es decir, de modo subjetivo), sino también por su diseño y sus características (es decir, de modo objetivo)» (punto 48).

Como ejemplos de productos que sí cumplirían esta condición de manera inequívoca el Abogado General cita las armas anticarro, bombas y barcos de guerra enunciados en la lista de 1958, dado que estos productos habrían sido diseñados exclusivamente como material militar (destino objetivo) y se adquirirían exclusivamente con fines militares (destino subjetivo). Sin embargo en otros productos, como las aeronaves, explosivos, munición o telémetros, tendría que *demostrarse* concretamente el uso específicamente militar, porque también es posible su uso civil.

Concretamente respecto de la mesa giratoria objeto del litigio principal el Abogado General concluye que si bien subjetivamente cumple la condición del destino, objetivamente solo la cumpliría si la misma hubiera sido *modificada de manera sustancial* con miras a su uso militar, esto es, fuera objeto de una modificación en puntos tan esenciales que se convirtiera en un producto totalmente diferente del que es habitual en el sector civil. De haberse producido esta modificación esencial cabría concluir que se cumple el requisito del destino también desde un punto de vista objetivo. En caso contrario no cabría aplicar el artículo 296 TCE, debiendo aplicarse la Directiva de contratación pública (entonces, la Directiva 2004/18).

El Tribunal de Justicia se manifiesta en su Sentencia de acuerdo con el Abogado General en todo lo expuesto y falla que la Directiva de contratación pública (entonces la Directiva 2004/18) «debe interpretarse en el sentido de que sólo autoriza a un Estado miembro a dejar al margen de los procedimientos previstos en dicha Directiva un contrato público adjudicado por un órgano de contratación en el sector de la defensa para la adquisición de un material que, aunque se destine a fines específicamente militares, puede igualmente tener aplicaciones civiles esencialmente similares, si por sus características propias ese material puede considerarse especialmente concebido y desarrollado, incluidas, en consecuencia, las modificaciones sustanciales, para tales fines, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente».

Para concluir procede hacer dos comentarios adicionales. En primer lugar la Sentencia pone de manifiesto una vez más que el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea debe ser objeto de una interpretación estricta, por constituir una excepción a los principios y objetivos principales del Tratado, en especial a la creación de un mercado interior en el que los servicios y las mercancías se muevan libremente. En segundo lugar, adviértase que la sentencia aquí comentada elabora aún más el «requisito de destino» construyendo así sobre la doctrina sentada por el Alto Tribunal en materia de adquisiciones de productos de «doble uso» en su Sentencia de 8 de abril de 2008 (asunto C-337/05) ya tratada.

Sentencia del Tribunal General (Sala Primera) de 18 de junio de 2013 (asunto T-509/09)

En este caso la República Portuguesa interpone un recurso contra una decisión de la Comisión Europea que consideraba no subvencionables los gastos vinculados a la adquisición de dos buques de patrulla oceánica.

En el año 2001 las autoridades portuguesas habían presentado a la Comisión, al amparo de la Decisión de derecho comunitario nº 2001/431, una solicitud de participación financiera para la renovación de la capacidad naval de vigilancia oceánica mediante la construcción de dos buques patrulla oceánicos que estarían afectados en un 70% al control y a la vigilancia de las actividades pesqueras.

En 2002 las autoridades portuguesas adjudicaron la construcción de los dos buques a una sociedad portuguesa sin sujeción a la Directiva de contratación pública (entonces la Directiva 93/36). Posteriormente cuando las autoridades portuguesas solicitaron a la Comisión el reembolso de parte del valor del contrato, la Comisión contestó que los gastos no eran subvencionables dado que la participación financiera de la Unión Europea en la adquisición de los buques venía condicionada en la referida Decisión nº 2001/431 al cumplimiento de la Directiva de contratación pública (concretamente la Directiva 93/36).

La República Portuguesa recurrió la decisión de no reembolso de la Comisión al entender que los contratos en cuestión estaban excluidos de su ámbito de aplicación, al ser buques patrulla oceánicos que figuraban en la lista a que hace referencia el artículo 296 TCE (actual artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

El Tribunal General consideró que de los requisitos establecidos por la Decisión nº 2001/431 se «derivaba» que los Estados miembros que querían acogerse a la *posibilidad* de dejar de aplicar las normas generales invocando el artículo 296 CE no podían simultáneamente optar a una participación financiera de la Unión en concepto de adquisición de equipos destinados a control de la pesca. A lo que añadió, que

el artículo 296, apartado 1, letra b) TCE 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 la Directiva de contratación pública y puedan, por tanto, optar a la participación financiera prevista en la citada Decisión comunitaria, abundando así el Tribunal en que es una elección del Estado miembro.

De esta manera, el Tribunal parece estar respaldando la estrategia de la Comisión Europea consistente en que la participación financiera de la Unión, en las condiciones prefijadas en la Decisión nº 2001/43, sirvan de incentivo a los Estados miembros para que éstos voluntariamente se sometan a la Directiva de contratación pública, dado que el recurso a la excepción del artículo 346, apartado 1, letra b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antes artículo 296 TCE), según indica, es una *posibilidad* que tienen los Estados miembros, esto es, su uso en todo caso es potestativo.

En cualquier caso esta aproximación del Tribunal General cuanto menos fricciona con la excepcionalidad que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene exigiendo para que un Estado miembro pueda legítimamente recurrir a este artículo. Si efectivamente una medida resulta «necesaria» para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, y esta necesidad se exige (según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) en términos de ineludibilidad, de tal manera que es la única forma que tiene el Estado miembro de lograr ese objetivo legítimo protegido por el Tratado, en ese caso cabría preguntarse si el recurso al artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en efecto es una «posibilidad», como defiende el Tribunal General, o, al contrario, si es un imperativo para el Estado miembro.

Hecha esta valoración, continuemos con la siguiente consideración jurídica del Tribunal General, el cual señala que aún cuando la República Portuguesa pudiera acogerse a la excepción prevista en la Directiva de contratación pública para los contratos que se celebren con arreglo al artículo 296 TCE en el caso que nos ocupa, la misma debió haber *demostrado* que se cumplían los requisitos exigidos para la aplicación de esta excepción. De esta manera el Tribunal impone la carga de la prueba a la República Portuguesa, en línea con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En efecto, según la valoración del Tribunal, la República Portuguesa se limitó «a invocar la confidencialidad de la información sensible vinculada al desarrollo y a la instalación de un programa informático de comunicación militar colocado en los buques patrulla oceánicos, sin indicar ningún elemento concreto referente a las especiales medidas de seguridad que deben acompañar al suministro de los buques patrulla oceánicos, ni las razones por las que consideró que el objetivo de protección del carácter confidencial de determinados datos estaría menos garantizado si dicha producción fuera encargada a otras sociedades distintas» de la sociedad adjudicataria.

Y concluyó recordando que según la jurisprudencia «la necesidad de establecer una obligación de confidencialidad no impide en modo alguno utilizar un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2008, Comisión/Italia, C-337/05, Rec. P I-2173, apartado 52)». El Tribunal General entiende que en realidad, como alega la Comisión, las exigencias relativas a la confidencialidad pueden ser tenidas en cuenta en el marco de la Directiva de contratación pública entonces vigente, por ejemplo al configurarse los criterios de participación en la licitación o al diseñarse y ponderarse los criterios de adjudicación. Lo que quiere decir el Tribunal es que la Directiva de contratación pública entonces ya permitía proteger el principio de confidencialidad, sin ser necesario para ello inaplicarla. A juicio del Tribunal resulta desproporcionado aplicar la excepción del artículo 296 TCE para adquirir los buques con la finalidad de impedir la divulgación de información sensible sobre la producción de estos buques.

Finalmente el Tribunal General falló la desestimación del recurso fundamentalmente en base a las consideraciones jurídicas aquí vertidas.

Sistematización y revisión desde el nuevo contexto normativo y jurisprudencial de las pautas interpretativas dadas por la «Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 296 TCE (ahora ya el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) en el ámbito de los contratos públicos de defensa»

Una vez vistos los principales pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal de Luxemburgo recaídos con posterioridad a la Comunicación de la Comisión de 2006, conviene sistematizar y revisar, sin ánimo de exhaustividad, las pautas interpretativas que la misma da al aplicador del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

De la relectura de la Comunicación desde el nuevo contexto normativo y jurisprudencial cabe extractar las siguientes pautas interpretativas para el usuario del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En primer lugar este precepto debe ser objeto de una **interpretación estricta (requisito nº 1)** y su alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente. El mismo constituye una excepción a las libertades de circulación y, por ende, al mercado interior, razón de ser primigenia de la Unión Europea desde el Tratado de Roma, por lo que su aplicación debe hacerse siempre desde este prisma de *excepcionalidad* (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de diciembre de 2009 en asuntos C-239/06, C-294/05, C-372/05, C-409/05, C-461/05, C-387/05, C-284/05 y Sentencia del mismo Tribunal de 4 de marzo de 2010 en el asunto C-38/06).

En segundo lugar, esta interpretación estricta condiciona la definición del ámbito y de las **condiciones de aplicación** del artículo 346, apartado 1, letra b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En lo que respecta a su ámbito **de aplicación (requisito nº 2)**, el mismo viene delimitado por la lista que estableció el Consejo en su Decisión 255/58, de 15 de abril de 1958. Así lo establece el artículo 346, el cual si bien en su apartado 1, letra b) se limita a hablar de «la producción» o del «comercio de armas, municiones y material de guerra»; en su apartado 2, indica que: «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*». Por su parte la Decisión del Consejo lo establece también con claridad al establecer que el artículo 223(1)(b) (equivalente al actual artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) del Tratado se aplicarán al material de guerra, incluidas las armas nucleares, que se listan a continuación.

Las Sentencias posteriores al año 2006 que han sido objeto de este estudio dan por hecho la ineludible inclusión en la lista del producto que se adquiriera, reiterando así el criterio mantenido por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia anterior: «del artículo 296 CE, apartado 1, letra b), en relación con el artículo 296 CE, apartado 2, se desprende que el régimen expuesto (...) 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» (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, asunto T-26/01, apartado 61).

Lógicamente, como indica la Comunicación interpretativa de la Comisión, también entrarían dentro del ámbito de aplicación de este precepto los servicios y obras que estuvieran directamente relacionados con los productos incluidos en la lista.

Pero el Tribunal en su jurisprudencia insiste en recordar a los Estados miembros que el artículo 346 no es de aplicación automática, de manera que la inclusión de un producto en la lista a la que nos hemos referido no le habilita para aplicar esta exclusión, sino que deben darse toda una serie de requisitos adicionales que se explican a continuación bajo la rúbrica de condiciones de aplicación y que configuran lo que denominaremos el **«test de aplicabilidad» del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (requisito nº 3)**.

En lo que respecta a **las condiciones de aplicación**, que configuran el referido «test de aplicabilidad», parece que los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pueden sistematizar en dos: el «requisito de necesidad» y «el requisito de destino».

En lo que respecta al **«requisito de necesidad» (requisito nº 3.1)**, consiste en que, como indica la literalidad del artículo, «todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad». Así el requisito de necesidad se desdobra en dos subrequisitos: debe perseguirse un

objetivo legítimo («la protección de los intereses esenciales de su seguridad») y además debe cumplirse el subrequisito de la *proporcionalidad* en los términos que se explican a continuación.

El único **objetivo legítimo (requisito nº 3.1.1)** que legitima a un Estado miembro a aplicar el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es la protección de «los intereses esenciales de su seguridad». Como indica la literalidad del artículo, se exige *esencialidad*, esto es, como indica la Comisión en su Comunicación, solo los contratos que sean de la máxima relevancia para la seguridad de un Estado miembro podrán servir de justificación para aplicar el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Por otra parte, debe haber **proporcionalidad (requisito nº 3.1.2)** entre la medida adoptada y el fin perseguido. Este principio es tradicional que lo aplique el Tribunal de Justicia cuando estamos ante una excepción a las libertades de circulación que consagra el derecho originario europeo. Así el Alto Tribunal viene entendiendo que el principio de proporcionalidad exige, en relación con la aplicación de estas excepciones, que las autoridades nacionales demuestren que las medidas adoptadas «son necesarias para alcanzar el objetivo invocado (en la excepción del artículo 346 tantas veces citado este objetivo sería «la protección de los intereses esenciales de la seguridad» de un Estado miembro en particular), y que éste no puede alcanzarse mediante (...) limitaciones de menor amplitud o que afecten en menor medida al comercio intracomunitario (Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2008, asunto C-141/07, apartado 50, y jurisprudencia allí citada). Si bien en el caso del artículo 346 el Tribunal lleva este principio hasta sus últimas consecuencias exigiendo que esa proporcionalidad sea de tal entidad que solo esa medida adoptada al amparo de la excepción sirva para lograr el objetivo legítimo. Dicho en otras palabras, no habrá proporcionalidad si una actuación que cumpla con la normativa en materia de contratación pública sería válida para proteger los intereses esenciales de la seguridad de ese Estado miembro. Tampoco habrá proporcionalidad si la medida va más allá de lo imprescindible para lograr la consecución del citado objetivo.

Como referencia del alcance que debe dársele al principio de proporcionalidad cuando un Estado miembro pretenda contratar al margen de la normativa de contratación pública puede resultar de utilidad acudir al artículo 15, apartados 2 y 3 de la Directiva 2014/24/UE y al artículo 24, apartados 2 y 3 de la Directiva 2014/25/UE, a los que nos remitimos en aras de la brevedad expositiva.

Por otra parte nótese que de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia la verificación de si se cumple el «requisito de necesidad», con la profundidad de análisis que se ha indicado (esto es, debe tratarse de un objetivo legítimo y debe haber proporcionalidad entre la medida y el objetivo pretendido), obliga necesariamente a un *análisis caso por caso*, o mejor dicho, contrato por contrato.

Sin lugar a dudas este análisis exige un conocimiento concreto de todas las posibilidades que ofrecen las cuatro Directivas de contratación pública vigentes. Así sólo cuando a la vista de este marco jurídico de derecho comunitario, en combinación con la legislación nacional en materia de contratación pública que resulte de aplicación, el mismo pueda justificar y razonadamente concluir que no puede proteger los intereses esenciales de la seguridad de su Estado si se sujeta al mismo, solo entonces podrá acudir al artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Así se desprende de la Sentencia del Tribunal General de 18 de junio de 2013 (asunto T-509/09) comentada en este estudio. La consideración vertida en ese párrafo es complementaria de las demás hechas bajo el «requisito de necesidad».

En relación con el nuevo marco jurídico conviene advertir a los órganos de contratación de que ciertamente la aprobación de la Directiva 2009/81/CE, que ha dado satisfacción a las especialidades que reclamaban los órganos de contratación del ámbito de la defensa, y las novedades que han introducido las Directivas de 2014 en la regulación de los procedimientos de contratación pública que establecían las ya derogadas Directivas 2004/18/CE y 2004/17/UE, han recortado considerablemente el margen de justificación de los Estados miembros para utilizar el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Dicho en otras palabras, con el marco jurídico actual de la contratación pública resulta más complicado que antes que los órganos de contratación del ámbito de la defensa no puedan proteger los intereses esenciales de la seguridad de su Estado contratando con arreglo al mismo.

Una segunda condición cuyo cumplimiento debe verificarse por parte del órgano de contratación, dentro del «test de aplicabilidad» del citado artículo 346, es el «**requisito de destino**» (**requisito nº 3.2**).

El desarrollo jurisprudencial posterior al año 2006 ha arrojado algo de luz sobre este requisito, como hemos visto. Así la literalidad del artículo 346, apartado 1, letra b), último inciso indica que «estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado interior respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares». Pues bien, como se vió, el Tribunal de Justicia ha realizado una interpretación *a sensu contrario* de este inciso (véanse las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de abril de 2006, asunto C-337/05, apartado 47, y de 7 de junio de 2012, asunto C-615/10, apartado 40), infiriendo del mismo que solo los productos destinados a fines específicamente militares podrán ser objeto de contratación al amparo de la excepción que establece el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Cumplirían este requisito solo aquéllos productos que, cumulativamente, se adquiriesen exclusivamente con fines militares (destino subjetivo) y que hubieran sido diseñados exclusivamente como material militar (destino objetivo). El destino objetivo exige que el producto presente características propias de un equipo especialmente concebido, desarrollado o modificado sustancialmente para fines militares en comparación con materiales similares con aplicaciones civiles. Con esta jurisprudencia el Tribunal de Justicia pretende atajar los

abusos en la utilización del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por parte de Estados miembros que a menudo contratan por esta vía «bienes de doble uso», es decir, que pueden servir tanto para fines civiles como militares.

Como colofón de todo el «test de aplicabilidad» del artículo 346, apartado 1, letra b), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea el Tribunal de Justicia insiste en la mayor parte de sus pronunciamientos, también en los posteriores al año 2006 aquí comentados, en que **la carga de la prueba recae en el Estado miembro que pretende aplicar la exención que establece este precepto**. Esta prueba debe ser suficiente para convencer a la Comisión Europea y, llegado el caso, también al Tribunal de Justicia, de que en el caso concreto de un contrato en particular se cumplen todos los requisitos que se han explicado anteriormente, con lo que el «test de aplicabilidad» resulta favorable, esto es, el Estado miembro tiene luz verde para aplicar la excepción.

Capítulo IV

Capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa y de la seguridad

Capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa y de la seguridad

Ángel Luis Sanz Sanz

Ingeniero Aeronáutico. Director de Consultoría y Procesos Estratégicos de ISDEFE

Enrique Diez de Ulzurrum

Ingeniero Naval y Oceánico, Subdirector General de Inspección, Regulación y Estrategia Industrial de Defensa

Resumen

Tras la aprobación por parte del Gobierno de España de las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa y seguridad nacional, se analizan los principios y circunstancias que se tienen que dar para identificar estas capacidades industriales y áreas de conocimiento y los aspectos que se podrán proteger.

Se identifica el carácter evolutivo de dichas capacidades industriales y áreas de conocimiento, por lo que se recomienda que su revisión quede integrada en el ejercicio de planeamiento de recursos materiales, en su visión a largo plazo. Igualmente, se recomienda la realización de estudios de coste-eficacia antes de asumir cualquier medida de excepcionalidad en la contratación, para dar cumplimiento al criterio de proporcionalidad en la aplicación de las medidas de protección que se contempla el Acuerdo del Consejo de Ministros.

Finalmente, se concluye que las medidas excepcionales en la contratación no pueden ser las únicas a adoptar; sino que deben venir acompañadas de medidas que contribuyan a la conservación del conocimiento, a la seguridad de la información y a la disponibilidad de los activos esenciales, todos ellos vinculados a los intereses esenciales de seguridad y defensa; así como un conjunto de medidas de carácter más horizontal, como el fomento de la innovación, el apoyo a la exportación y a la cooperación internacional en las ya referidas capacidades y áreas de conocimiento.

Palabras clave

Capacidades industriales y áreas de conocimiento, intereses esenciales de defensa y seguridad, medidas de protección.

Abstract

Once Spanish Government has approved the industrial capabilities and knowledge areas affecting essential defence and national security interests, the different principles and circumstances required to identify one of these capabilities and knowledge areas are analyzed. Their features which will be subject to protection are also studied.

Due to the evolutionary character of those capabilities and knowledge areas, their regular review, as part of the long term view of the material resources planning process, is highly recommended. In compliance with the proportionality principle applicable to protection measures, as stated in the corresponding agreement by the Spanish Council of Ministers, cost-effectiveness analysis, prior to the assumption of any exceptional measure in procurement processes, are equally recommended.

Finally, it is concluded that referred capabilities and knowledge areas protection measures cannot consist exclusively in exceptional measures in procurement processes, but should be accompanied by knowledge maintenance, information security, and essential assets availability measures, when associated to essential security and defence interests; and by other horizontal measures, such as innovation promotion, and exports and international cooperation institutional support, in previously referred capabilities and knowledge areas.

Key words

Industrial capabilities and knowledge areas, defence and security essential interests, protection measures.

Introducción

Como previamente ha sido explicado en el resto de contribuciones al presente documento, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de Defensa y Seguridad, aquellos contratos que de regirse por la mencionada ley obligaran a facilitar información contraria a los intereses esenciales de seguridad, o bien pudieran perjudicar los intereses esenciales de la defensa o la seguridad nacional¹. Esta exclusión es plenamente conforme con la Directiva 2009/81/CE.

Establecido el principio de exclusión en torno a los «intereses esenciales de la defensa y de la seguridad nacional», el propio legislador incorpora a la Ley la necesidad de determinar las capacidades industriales y las áreas de conocimiento que pudieran afectar dichos intereses², al objeto de evitar la discrecionalidad en el recurso a los mismos, en línea con el criterio establecido en la normativa europea previamente relacionada³.

Dicha concreción ha sido realizada por primera vez mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015⁴, en el que se exponen los principios y circunstancias que se tienen que dar para identificar que una capacidad industrial o área de conocimiento afecte a los intereses esenciales de la defensa y seguridad nacional, y los aspectos que se podrán proteger.

Otras naciones de nuestro entorno cuentan con más tradición en la identificación de las capacidades industriales o áreas de conocimiento que requieren disponer para proteger su seguridad nacional.

Así, el Reino Unido establece por primera vez las capacidades que necesita mantener a nivel nacional en su Estrategia Industrial de Defensa del año 2005⁵. En esta estrategia fija una lista de áreas a proteger claramente definidas. Este documento fue sustituido en 2012 por el «White Paper» sobre «Seguridad Nacional a través de la Tecnología⁶» en

1 Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad. Artículo 7. Negocios jurídicos excluidos.

2 *Ibidem*, Disposición adicional novena.

3 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de 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.

4 Publicado por Resolución 420/38100/2015, de 30 de julio, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa.

5 Defence Industrial Strategy, UK Ministry of Defence, 2005.

6 National Security through Technology: Technology, Equipment, and Support for UK Defence

el que, en lugar de una lista cerrada de áreas a proteger, se enuncian los principios que inspiran la protección y se explica claramente qué pasos se han de dar para proteger el mínimo número de elementos que requiera la seguridad nacional.

Este cambio es significativo y es justificado por el entorno de restricciones presupuestarias y amenazas cambiantes e impredecibles en que fue formulado el documento.

Bien es verdad, que el cambio viene acompañado de una firme declaración de defensa de los procedimientos abiertos de contratación, salvo en los casos muy excepcionales en que la defensa de la seguridad nacional lo justifique.

Superando el ámbito contractual, y ya en el contexto nacional, la Estrategia Industrial de Defensa de 2015 reconoce las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa y la seguridad como 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; asumiendo que la potenciación de dichas capacidades industriales y áreas de conocimiento es una prioridad de la Política Industrial de Defensa, enmarcada en la Política de Armamento y Material⁷.

Por todas las razones anteriores, se considera relevante el análisis del contenido del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, identificando los conceptos que incorpora e interpretándolos en contexto con el resto de la normativa.

En este sentido, ya el preámbulo del referido Acuerdo del Consejo de Ministros incorpora conceptos de capital importancia para interpretar el proceso de identificación de las áreas de conocimiento y capacidades industriales afectadas, así como la definición de medidas de protección:

- Los conceptos de seguridad nacional, ventaja operacional y libertad de acción como principios inspiradores de los intereses esenciales de seguridad y defensa.
- La priorización de las capacidades militares de referencia, que se realiza en el ejercicio de planeamiento militar, como criterio de identificación de áreas de conocimiento y capacidades industriales vinculadas a los intereses esenciales.
- El carácter evolutivo de las mencionadas áreas de conocimiento y capacidades industriales, como consecuencia de un entorno de amenazas cambiantes, fruto del contexto geoestratégico de cada momento, y de la inevitable evolución de las tecnologías en las que se sustentan las soluciones técnicas de los sistemas con los que se da respuesta a las amenazas.

and Security, UK Ministry of Defence, 2012.

7 Estrategia Industrial de Defensa 2015, Dirección General de Armamento y Material. Capítulo 1, Págs. 10 y 12.

- La necesaria proporcionalidad de las medidas de protección de las áreas de conocimiento y capacidades industriales que se deben aplicar, en especial en cuanto a los potenciales efectos de su impacto económico.

A lo largo de este capítulo se profundizará en todos estos conceptos, al igual que en el análisis de las diferentes áreas de conocimiento y capacidades industriales que el Acuerdo del Consejo de Ministros contempla. Por último, se analizarán las medidas de protección propuestas en el mismo.

Los principios inspiradores

Es preciso iniciar este apartado reconociendo que no es evidente el salto de los «intereses esenciales de defensa y seguridad nacional» a las «capacidades industriales y áreas de conocimiento» en que se fija la excepcionalidad en la contratación de bienes y servicios, tal y como mandata la disposición adicional novena de la Ley 24/2011.

Es por ello que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015 realiza una aproximación al problema en su preámbulo, apoyándose en los conceptos de seguridad nacional, ventaja operacional y libertad de acción, que son contemplados como principios inspiradores de los intereses esenciales de seguridad y defensa.

El primer objetivo que se debe abordar es, por tanto, justificar el uso de estos principios como determinantes en el proceso de definición de las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa y la seguridad nacional.

Seguridad Nacional

La Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, define la Seguridad Nacional 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 asumidos⁸.

La propia ley reconoce a la seguridad nacional el carácter de política pública, bajo la dirección del Presidente del Gobierno y establece la Estrategia de Seguridad Nacional como marco político estratégico de referencia. La referida estrategia contiene el análisis

8 Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. Artículo 3.

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 existentes⁹. Deben ser por tanto, los riesgos y amenazas, así como las líneas de actuación contempladas en la Estrategia de Seguridad Nacional, principios inspiradores de los intereses esenciales de la defensa y de la seguridad nacional en los que apoyar la definición de las áreas de conocimiento y capacidades industriales que afecten a los mismos. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015 así lo reconoce en su preámbulo, yendo más allá del carácter de principio inspirador, al vincular directamente el concepto de intereses esenciales de seguridad a las líneas de acción estratégica y objetivos de la Estrategia de Seguridad Nacional¹⁰.

La Estrategia de Seguridad Nacional 2013 establece como sus ámbitos de actuación: la Defensa Nacional, la lucha contra el terrorismo, la Ciberseguridad, la lucha contra el crimen organizado, la seguridad económica y financiera, la seguridad energética, la no proliferación de armas de destrucción masiva, la ordenación de flujos migratorios, la protección ante emergencias y catástrofes, la seguridad marítima y la protección de las infraestructuras críticas¹¹.

Esta definición de ámbitos de actuación, aunque no coincidente, es coherente con los ámbitos de especial interés de la Seguridad Nacional contemplados en la Ley 36/2015¹².

El primero de los ámbitos de actuación de la mencionada estrategia es la Defensa Nacional, marcándose como objetivo afrontar los potenciales conflictos tanto en defensa de intereses y valores exclusivamente nacionales, como compartidos en función de la pertenencia de España a organizaciones internacionales¹³. Es esta firme y clara

9 Ibídem, Artículo 4.

10 Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, publicado por Resolución 420/38100/2015, de 30 de julio, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa. Preámbulo: De acuerdo con lo anterior, y desde una perspectiva descriptiva, se introduce el concepto de intereses esenciales de 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.

11 Estrategia de Seguridad Nacional 2013, Presidencia del Gobierno. Capítulo 4, Pág. 38 y ss.

12 Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. Artículo 10: 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: 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.

13 Estrategia de Seguridad Nacional 2013, Presidencia del Gobierno. Capítulo 4, Pág 40. Defensa Nacional. Objetivo: «Hacer frente a los conflictos armados que se puedan producir como consecuencia tanto de la defensa de los intereses o valores exclusivamente nacionales -en los que se intervendría

voluntad de la defensa de los intereses y valores nacionales y compartidos, haciendo frente para ello a potenciales conflictos en los que se intervendría tanto individual, como colectivamente, la que enlaza con los principios de «ventaja operacional» y «libertad de acción» que quedan recogidos en el preámbulo del Acuerdo del Consejo de Ministros objeto de análisis.

Más claramente, a través de las líneas de acción estratégicas 1 y 6 de su ámbito de actuación «Defensa Nacional», la Estrategia de Seguridad Nacional 2013 mandata la provisión y mantenimiento de las capacidades militares que permitan reaccionar y neutralizar cualquier riesgo o amenaza de orden militar, incorporando las capacidades industriales nacionales como elemento necesario para conseguir el objetivo marcado¹⁴; reforzándose de esta forma la vinculación que realiza el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015 del concepto de capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de seguridad con las líneas de acción estratégica y objetivos de la Estrategia de Seguridad Nacional.

Esta idea está en línea con la Directiva de Defensa Nacional de 2012 que, entre sus directrices para la legislatura, incorpora el impulso de la industria nacional del sector, como suministrador idóneo de las necesidades de nuestras Fuerzas Armadas¹⁵.

De manera similar, la Estrategia de Seguridad Nacional 2013 aboga por disponer de las capacidades nacionales necesarias para hacer frente a las amenazas en ámbitos de actuación tan diversos como la lucha contra el terrorismo, la Ciberseguridad y la lucha contra el crimen organizado¹⁶.

Es por tanto coherente que el Acuerdo del Consejo de Ministros defina el concepto de intereses esenciales de 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.

de manera individual-, como de la defensa de intereses y valores compartidos en virtud de nuestra pertenencia a organizaciones internacionales tales como la ONU, la OTAN o la UE, en los que se intervendría conforme a sus tratados constitutivos junto con otros aliados o socios».

14 *Ibidem*, Líneas de acción estratégicas: «1. Provisión de capacidades militares que permitan el cumplimiento de las misiones asignadas y un nivel de disuasión creíble. En todo caso, la Defensa Nacional mantendrá las capacidades necesarias para reaccionar y neutralizar cualquier riesgo o amenaza de orden militar. [...] 6. Fortalecimiento del tejido industrial español de Defensa mediante las acciones de fomento, proyección y colaboración con las capacidades nacionales que, salvaguardadas las necesidades operativas propias, se estimen necesarias. Se potenciarán los vínculos entre los actores que conforman la arquitectura óptima en esta materia (Industria, Universidad y Defensa)».

15 Directiva de Defensa Nacional 2012, Presidencia del Gobierno. Directrices a seguir en la presente legislatura. Directriz 4.6. Pág. 9.

16 Estrategia de Seguridad Nacional 2013, Presidencia del Gobierno. Capítulo 4, Pág. 41 y ss.

Ventaja Operacional y Libertad de Acción

Como ya se ha indicado, el preámbulo del referido Acuerdo del Consejo de Ministros vincula la efectividad y la capacidad de disuasión de las capacidades militares a que éstas atiendan los principios de «ventaja operacional» y «libertad de acción»¹⁷.

Los mismos conceptos, adaptados desde el punto de vista industrial y tecnológico, son referidos desde la Estrategia Industrial de la Defensa de 2015 como conceptos derivados del principio de protección de la soberanía nacional que garantiza el acceso y la libertad de uso de las capacidades industriales claves para el desarrollo de capacidades militares para las Fuerzas Armadas¹⁸.

Asimismo, estos principios deben considerarse relacionados con el primero de los objetivos de la Política de Defensa según queda reflejado en la Directiva de Defensa Nacional de 2012¹⁹. La provisión de capacidades para garantizar la seguridad nacional y el ejercicio de la disuasión ante las «amenazas no compartidas» no son sino reflejo de la «ventaja operacional» de que se debe disponer sobre potenciales adversarios y de la «libertad de acción» para actuar en función de los intereses propios, libres de intervenciones por parte de otros estados.

Sin embargo, ambos principios fueron vinculados por primera vez a los procesos contractuales excepcionales en los ámbitos de la seguridad y la defensa en la aproximación realizada por el Ministerio de Defensa británico en su «White Paper» del año 2012 sobre «Seguridad Nacional a través de la Tecnología»²⁰. En este documento, la posibilidad de eludir los procedimientos abiertos de la contratación pública se justifica en situaciones excepcionales en atención a permitir la adquisición de una «ventaja

17 Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, publicado por Resolución 420/38100/2015, de 30 de julio, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa. Preámbulo: «Ventaja operacional, que 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. Libertad de acción, que, en este contexto, 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, en el marco del ordenamiento jurídico español y la legalidad internacional.»

18 Estrategia Industrial de Defensa 2015, Dirección General de Armamento y Material. Capítulo 1, Pág. 11.

19 Directiva de Defensa Nacional 2012, Presidencia del Gobierno. Objetivos de la Política de Defensa. Pág 5: «La primera contribución de España a la paz y seguridad internacional no es otra que garantizar la propia con fortaleza y decisión, y para ello procurarse las capacidades que aseguren la disuasión ante las que tradicionalmente se han denominado ‘amenazas no compartidas’».

20

tecnológica» necesaria para proteger su ventaja operacional y su libertad de acción, pero sólo cuando ello sea esencial para la seguridad nacional.

Es este concepto de «ventaja tecnológica» el que claramente permite vincular los National Security through Technology: Technology, Equipment, and Support for UK Defence and Security, UK Ministry of Defence, 2012. Capítulo 3, Págs 25 y ss. principios de «ventaja operacional» y de «libertad de acción» a los de «capacidades industriales y áreas de conocimiento». En estos mismos términos está expresada la excepcionalidad en la legislación contractual española cuando afecten a los intereses esenciales de la defensa y la seguridad nacional, ya que es la tecnología la que reside en el conocimiento de personas y organizaciones, así como en el conjunto de activos (edificios, laboratorios, talleres, maquinaria, personal cualificado,...) en los que se materializa una capacidad industrial²¹.

Los criterios de identificación de áreas de conocimiento y capacidades industriales vinculadas a los intereses esenciales de la defensa y de la seguridad

En el preámbulo del Acuerdo del Consejo de Ministros se establece, a los efectos de definir las capacidades industriales y áreas de conocimiento objeto de protección, la vinculación de estas últimas con el factor material de las capacidades militares, que se concreta a través de sistemas, equipos y servicios; y con las prioridades del planeamiento, cuya relación (en términos resumidos) se incluye en el mismo acuerdo para el ciclo de planeamiento entonces vigente.

Esta afirmación se sustenta en la Orden Ministerial 60/2015, de 3 de diciembre, por la que se regula el proceso de Planeamiento de la Defensa, que contempla tanto el Planeamiento Militar (proceso en cuyo seno reside el Planeamiento de Fuerza por el que se determinan las capacidades militares necesarias²²), como el Planeamiento de Recursos (proceso cuya finalidad es la obtención de los recursos financieros, materiales y humanos necesarios para dotar a las Fuerzas Armadas de las capacidades militares²³).

21 MARTÍ SEMPERE, Carlos, «Sobre la Eficiencia en Defensa». IUGM/UNED. Madrid 2015.

22 Orden Ministerial 60/2015, de 3 de diciembre, por la que se regula el proceso de Planeamiento de la Defensa. Artículo 6: «1. El Planeamiento Militar es el proceso en el que, partiendo de la Estrategia Militar, se determinan las capacidades necesarias para su materialización. [...] 4. El Planeamiento de Fuerza es la parte del proceso del Planeamiento Militar en que se determinan las capacidades militares necesarias.»

23 *Ibidem*, Artículo 7: «El Planeamiento de Recursos tendrá como finalidad la obtención de los recursos financieros, materiales y humanos necesarios para dotar a las Fuerzas Armadas de las Capacidades Militares aprobadas en el Objetivo de Capacidades Militares y de aquellas derivadas

El Objetivo de Capacidades Militares (OCM) es, por su parte, el documento resultante de la concurrencia de ambos planeamientos y contiene la relación de capacidades militares priorizadas²⁴.

A la vista de lo anterior, esta relación no puede ser otra que la priorización de capacidades militares a la que se refiere en su preámbulo el Acuerdo del Consejo de Ministros. Este hecho se ve reforzado por la referencia que la propia Orden Ministerial 60/2015 realiza a las «Capacidades Industriales Estratégicas» como elemento clave en la elaboración del Planeamiento de Recursos Materiales²⁵.

En este punto se hace necesario profundizar en la relación de los conceptos de «Capacidades Industriales Estratégicas» y «Capacidades Industriales y Áreas de Conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa y la seguridad nacional». Pudiera parecer que son términos idénticos que se usan indistintamente, pero la Estrategia Industrial de Defensa 2015 aporta la diferencia entre ambos conceptos: en la definición de las capacidades industriales de carácter estratégico para la Defensa se tuvieron en cuenta no sólo criterios de defensa y seguridad que daban cumplimiento al mandato incluido en la Ley 36/2015, sino también otros de carácter tecnológico, industrial y económico que son decisivos para la sostenibilidad del sector²⁶.

Por tanto, las «Capacidades Industriales y Áreas de Conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa y la seguridad nacional» son un subconjunto de las Capacidades industriales estratégicas definidas por el Ministerio de Defensa y a las que referenciaba la OM 60/2015.

Este hecho genera una aparente contradicción lógica: por un lado, la definición de las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales se apoya en las capacidades militares priorizadas en el planeamiento. Por otro, el planeamiento, en su elaboración y priorización, se apoya en las capacidades industriales estratégicas para la Defensa (que, a su vez, contienen las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales).

de Otros Objetivos del Departamento, así como establecer un marco en los ámbitos financiero, tecnológico e industrial y de personal que sirva de referencia al Planeamiento Militar.»

24 *Ibíd.*, Artículo 6: «7. El Objetivo de Capacidades Militares (OCM) es el documento resultante de la concurrencia del Planeamiento Militar y el Planeamiento de los Recursos. [...] a) Las capacidades militares necesarias a medio plazo, y su prelación, asociadas a la correspondiente programación de los recursos materiales, financieros y humanos que permita obtenerlas y sostenerlas.»

25 *Ibíd.*, Artículo 9: «El Planeamiento de Recursos Materiales constituirá un conjunto de actividades continuadas que tratarán del análisis, los estudios y las previsiones a corto, medio y largo plazo, incluyendo los aspectos relacionados con las capacidades industriales estratégicas, y culminará con la promulgación de los Planes Directores de Recursos Materiales.»

26 Estrategia Industrial de Defensa 2015, Dirección General de Armamento y Material. Capítulo 1, Pág. 12.

La solución a la aparente contradicción la encontramos en el proceso concurrente con que se definen los nuevos ciclos de planeamiento²⁷ y en la dimensión temporal que introduce el Planeamiento a Largo Plazo²⁸, obligando este hecho a que tras la primera definición de capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa y la seguridad nacional, éstas sean reformuladas en cada ejercicio de planeamiento, de manera simultánea a la priorización de las capacidades militares, contemplando en esta reformulación una visión a largo plazo (a más de quince años vista).

El carácter evolutivo de las áreas de conocimiento y capacidades industriales vinculadas a los intereses esenciales de la defensa y de la seguridad

De las conclusiones alcanzadas en el apartado anterior bien pudiera parecer que la necesidad de reformular las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa y la seguridad nacional viniera derivada de la forma en que ha sido definido su proceso de generación. Lejos de ser así, la necesidad de actualización tiene raíces profundas en la propia naturaleza de las amenazas a las que dan respuesta y a la de los sistemas, equipos y servicios en los que se materializan.

Las amenazas se desarrollan en un entorno que está cambiando profunda y constantemente²⁹. Las razones para este cambio se encuentran en el complejo conjunto de parámetros del que derivan las amenazas a la seguridad nacional, originadas en muchos casos en espacios que han quedado fuera de control de los Estados territorialmente soberanos³⁰ y que afectan enormemente a la percepción que se tiene de ellas. Si bien las capacidades militares de los adversarios siguen jugando un papel principal en la percepción de esta amenaza, factores tanto externos (el entorno político y de seguridad en la región, y las relaciones entre países vecinos), como internos a estos

27 Orden Ministerial 60/2015, de 3 de diciembre, por la que se regula el proceso de Planeamiento de la Defensa. Preámbulo: «Se ha sustituido 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.»

28 *Ibidem*, Artículo 9: «3. El Planeamiento a Largo Plazo, a partir de lo establecido en el Objetivo de Capacidades Militares y en los Otros Objetivos del Departamento, tendrá como finalidad disponer de una estimación de las futuras necesidades del Departamento y de las Fuerzas Armadas en armamento y material, infraestructura y sistemas de información y telecomunicaciones. También servirá de orientación para: a) Las inversiones en I+D. b) La preparación de la industria en orden a acometer los futuros programas de armamento y de sistemas de información y telecomunicaciones. c) Establecer las estrategias necesarias en relación con las capacidades industriales estratégicas.»

29 Estrategia de Seguridad Nacional 2013, Presidencia del Gobierno. Capítulo 2 Pág. 10 y ss.

30 Directiva de Defensa Nacional 2012, Presidencia del Gobierno, Pág. 3.

países (la estabilidad económica, su gobernanza y su autosuficiencia en tecnologías críticas) pueden ser también factores de importancia que afectan a la seguridad³¹. La naturaleza cambiante de estas amenazas obliga a dotar al sistema de planeamiento de la flexibilidad necesaria para hacerles frente, de lo que se derivan cambios en la priorización de las capacidades militares que subyace bajo las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa.

Desde la perspectiva de la tecnología, es innegable el ritmo acelerado en que se suceden los avances científicos y el desarrollo de nuevas soluciones tecnológicas, algunas de ellas con suficiente potencial para variar sustancialmente la forma tradicional de dar respuesta a los problemas a los que nos enfrentamos. A título de ejemplo no exhaustivo, diversos estudios³² caracterizan como disruptivas las siguientes tecnologías por su elevado potencial antes de 2025: la inteligencia artificial; las redes de sensores y actuadores que permiten la adquisición de datos, su seguimiento, la toma de decisión y la optimización de los procesos (Internet de las cosas); la robótica; la impresión 3D; la genética de nueva generación; el almacenamiento de energía; las energías renovables, ... Desde la perspectiva de la Defensa y la Seguridad Nacional, la Estrategia de Tecnología e Innovación para la Defensa 2015³³ realiza el mismo ejercicio de identificación de tecnologías relevantes específicas.

En paralelo, no es posible obviar que la amenaza en algunos de los escenarios alejados a los que anteriormente se hacía referencia, se sustenta en tecnologías que no son precisamente disruptivas, sino «commodities» al acceso de cualquiera. Esta amenaza es asimétrica y obliga a dotarse igualmente de capacidades que no se concebían hace apenas 15 o 20 años.

El correcto aprovechamiento de los avances tecnológicos en los sistemas que dan respuesta a las diferentes capacidades militares identificadas como prioritarias, permitirá disponer de la ventaja tecnológica previamente referida, en la que se asienta la adecuada protección de los intereses de defensa y seguridad nacional. Para ello es necesario disponer de la capacidad de anticipación y de la flexibilidad suficiente para incorporar los cambios fruto de estos avances a las capacidades industriales y áreas de conocimiento objeto de medidas excepcionales en la contratación.

A la vista de las anteriores consideraciones, es innegable el carácter evolutivo de capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales

³¹ MALLIK, Amitav. *Technology and Security in the 21st Century: A Demand-side Perspective*, SIPRI Research Report no. 20. Oxford University Press. New York 2004.

³² MANYIKA, J., CHUI, M., BUGHIN, J., DOBBS, R., BISSON, P., MARRS, A. *Disruptive technologies: Advances that will transform life, business, and the global economy*. McKinsey Global Institute. 2013.

³³ Estrategia de Tecnología e Innovación para la Defensa 2015, Dirección General de Armamento y Material.

de la defensa y la seguridad nacional, derivado de su necesidad de adaptación a las amenazas y tecnologías cambiantes. En este sentido, el artículo sexto del Acuerdo del Consejo de Ministros objeto de estudio, prevé la actualización de las áreas conocimiento y capacidades industriales esenciales por la Ministra de Defensa, a propuesta del Secretario de Estado de Defensa. Por lo expuesto anteriormente, se deberían prever y normalizar las actuaciones y responsabilidades implicadas en su revisión y actualización, como un subproceso más que desarrolla el proceso estratégico de planeamiento de la Defensa en el que se enmarca.

La proporcionalidad de las medidas de protección

El preámbulo del Acuerdo del Consejo de Ministros también establece la posibilidad de fijar distintos niveles de protección en los procesos de adquisición derivados de la ponderación del grado de ventaja o libertad a alcanzar, y las limitaciones que pudieran derivarse de las medidas adoptadas para protegerlas, en especial, las que tienen que ver con su viabilidad económica y coste de oportunidad.

La razón de fondo es que las medidas excepcionales en la contratación generan siempre efectos económicos negativos y sus beneficios pueden exceder su coste. ¿Por qué entonces insistir en medidas excepcionales de contratación en el sector de la defensa? La razón es simple: se considera que los principios de ventaja operativa y libertad de acción (ventaja tecnológica), necesarios para salvaguardar los intereses esenciales de la defensa y la seguridad nacional, tienen un valor superior a las distorsiones económicas que se generan.

Pese a que adicionalmente a lo anterior se suele atribuir al gasto en material de defensa la capacidad de ejercer un efecto de arrastre sobre otros sectores económicos, no deben obviarse las distorsiones económicas que tales medidas pueden producir. Estas distorsiones son fruto de la perturbación del juego de los mecanismos de mercado y pueden traducirse en ineficiencias reflejadas en: precios más altos, inferior calidad, menor innovación, excesiva e injustificada fragmentación de la oferta, etc.

El principal problema reside en la determinación de la cuantía de estas distorsiones, no siendo fácil su valoración. Para poder realizarla, será necesario utilizar las capacidades de estimación y análisis de costes ya existentes en el Ministerio de Defensa, mandando la realización de los oportunos estudios de coste-eficacia asociados a la adopción de cualquier medida excepcional en la contratación, determinando de esta forma su viabilidad económica y el coste de oportunidad asociado antes de asumirla, tal y como indica el Acuerdo del Consejo de Ministros.

Áreas de conocimiento y capacidades industriales que afectan a los intereses esenciales de seguridad y defensa

El Acuerdo de Consejo de Ministros, en su artículo primero, selecciona nueve áreas de conocimiento, aplicables a los sectores terrestre, naval, aéreo, espacial y al ciberespacio; por su especial vinculación con los intereses esenciales de la seguridad y defensa. También declara que el Gobierno podrá considerar estratégica cualquier capacidad industrial o área de conocimiento que integrando cualquiera de las anteriores pueda contribuir a la ventaja operacional o a la libertad de acción de las Fuerzas Armadas³⁴.

Bajo el término área de conocimiento se pueden considerar todas aquellas tecnologías que despiertan interés potencial, por cuanto son la base de capacidades militares que aportan la suficiente ventaja operativa y libertad de acción para la protección de los intereses esenciales de la seguridad y defensa.

Por su parte, la capacidad industrial es posible definirla en términos de tecnología ya disponible, instalaciones, perfiles técnicos y demás activos tangibles e intangibles que mantienen una relación más evidente y directa con capacidades militares concretas. De nuevo, se establece su criticidad en atención a los mismos factores expuestos en el párrafo anterior al objeto de proteger los intereses esenciales de la seguridad y defensa.

Habida cuenta de su trascendencia, y al objeto de facilitar la comprensión de su especial vinculación con los intereses esenciales de seguridad y defensa, se considera oportuno describir someramente, sin ánimo de exhaustividad, las diferentes áreas de conocimiento que el Acuerdo del Consejo de Ministros contempla.

Mando y Control, comunicaciones, información (C4i)

El área de conocimiento de «Mando y control, comunicaciones, información (C4i)» se compone del conjunto de tecnologías que permiten el desarrollo de sistemas que integran información proveniente de diversas plataformas, sensores, sistemas de comunicaciones..., y la presentan al usuario, tras someterla a un cierto nivel de procesamiento, para facilitarle la toma de decisión; disponiendo éste último, de esta forma, de ventaja operacional sobre el adversario.

34 Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, publicado por Resolución 420/38100/2015, de 30 de julio, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa. Artículo primero.

Para ello, los sistemas de mando y control se apoyan en las comunicaciones militares, a través de las cuales se intercambia la información³⁵.

Entre otras funciones, estos sistemas permiten la conducción de las operaciones militares, por lo que su concepción, desarrollo y modificación se configura como un área de conocimiento de vital importancia para las Fuerzas Armadas.

Ciberdefensa

Tal y como recoge la Estrategia de Ciberseguridad Nacional la preservación del ciberespacio de los riesgos y amenazas que se ciernen sobre él supone un enorme desafío para el Estado en su conjunto³⁶ y, en particular, para las Fuerzas Armadas.

La Ciberdefensa hace, pues, referencia al conjunto de recursos, actividades, tácticas, técnicas y procedimientos para preservar la seguridad de los sistemas y la información que manejan, así como permitir la explotación y respuesta sobre los sistemas adversarios, para garantizar el libre acceso al ciberespacio y permitir el desarrollo eficaz de las operaciones militares y el uso eficiente de los recursos³⁷.

Desde el punto de vista operativo su trascendencia se justifica, entre otras razones, porque en ausencia de esta capacidad, no se podría garantizar la confidencialidad, integridad y acceso oportuno a la información, impidiendo no sólo la superioridad en el ciclo de la decisión, sino la mera posibilidad de completar éste.

De manera complementaria, es oportuno contar con capacidades de análisis forense y respuesta que contribuyan a la disuasión creíble frente al ataque de terceros.

35 Esta área de conocimiento se relaciona con el área tecnológica «C4I (Mando y Control, Comunicaciones, Computación e Inteligencia)», líneas «Sistemas de Información para el C4I» y «Comunicaciones Tácticas», contempladas en la ETID 2015. Estrategia de Tecnología e Innovación para la Defensa 2015, Dirección General de Armamento y Material. Anexo I, Pág. I-50.

36 Estrategia de Ciberseguridad Nacional 2013, Presidencia del Gobierno. Prólogo.

37 Esta área de conocimiento se relaciona con el área tecnológica «C4I (Mando y Control, Comunicaciones, Computación e Inteligencia)», línea «Aseguramiento de la información y las Comunicaciones», contemplada en la ETID 2015. Estrategia de Tecnología e Innovación para la Defensa 2015, Dirección General de Armamento y Material. Anexo I, Pág. I-50.

Vigilancia, reconocimiento, inteligencia y adquisición de objetivos (ISTAR)

Esta área de conocimiento está basada en el empleo de todo tipo sensores (de radiofrecuencia, infrarrojos, ópticos, láser, etc.) destinados a la captura de información para su empleo a nivel estratégico, operacional o táctico. Constituyen el primer paso del ciclo de la decisión aportando datos para su posterior procesamiento y explotación³⁸.

A nivel operativo pueden emplearse embarcados, desplegados o fijos para contribuir a labores como: la vigilancia y defensa del espacio aéreo nacional, la obtención de inteligencia en teatro de operaciones, la protección de plataformas e instalaciones o el desarrollo de la conciencia situacional en el campo de batalla.

Control de tráfico y de ayudas a la navegación

La operación segura de plataformas es un requisito vital para las operaciones. Los sistemas de control del tráfico aéreo y las ayudas a la navegación contribuyen decididamente a su consecución, junto con la colaboración de los ámbitos civil y militar.

Los sistemas de control de tráfico se basan principalmente en tecnologías de procesamiento de datos radar y sistemas de comunicaciones radio. Por su parte, los sistemas de ayudas a la navegación, consisten en redes de estaciones en tierra (TACAN, VOR, DME, ILS,...) y redes de satélites (GPS y Galileo fundamentalmente).

Por su parte, en los sistemas de control marítimo, el reto consiste en optimizar la navegación a través del control de las comunicaciones y el aprovechamiento de las infraestructuras marítimas, de especial relevancia ante el potencial incremento de los riesgos asimétricos marítimos.

³⁸ Esta área de conocimiento se relaciona con el área tecnológica «Sensores y Sistemas Electrónicos» contemplada en la ETID 2015, que se ocupa de los diferentes tipos de sensores utilizados en el ámbito militar, así como de los sistemas de Guerra Electrónica (EW), a las tecnologías electrónicas de aplicación al hardware de los sensores y a las tecnologías asociadas al procesamiento de los datos provenientes de los mismos. Estrategia de Tecnología e Innovación para la Defensa 2015, Dirección General de Armamento y Material. Anexo I, Pág. 1-9.

Sistemas críticos embarcados en plataformas

Buena parte de las capacidades que requieren nuestras Fuerzas Armadas quedan embarcadas en todo tipo de plataformas militares (vehículos terrestres, buques, aeronaves, satélites, misiles, etc.), o son portadas por el propio combatiente desmontado; y son proporcionadas por sistemas específicos que, adicionalmente a aquellos que constituyen los elementos estructurales de las propias plataformas y a los que las dotan de movilidad, se consideran críticos desde el punto de vista de la misión específica que cumplen³⁹.

Sistemas espaciales de tratamiento de datos y de misión

Los satélites desempeñan un papel clave en apoyo de las operaciones militares, ya sean de observación para la vigilancia y obtención de inteligencia, de comunicaciones en apoyo al mando y control o de posicionamiento para la navegación de las plataformas.

El segmento usuario en cada caso difiere según sea la finalidad del satélite y requiere de soluciones particulares que revisten carácter estratégico al aportar ventajas operativas claras en cada campo. Por su parte, el segmento terreno se centra en el mando y control de la plataforma y sus sistemas así como en la obtención de telemetrías de los equipos de misión, exhibiendo sistemas y servicios razonablemente comunes a las diferentes tipologías. Finalmente, el segmento de vuelo difiere en cada caso según sea su carga útil, que reviste una importancia crucial en función de la misión de la plataforma.

Simulación de equipos y sistemas de armas para entrenamiento avanzado

En la simulación, se consideran los sistemas para el adiestramiento a nivel táctico, operativo y estratégico de tripulaciones, unidades y mandos. Los simuladores tratan de representar escenarios virtuales cada vez más realistas, con mayor número de entidades, dotadas de comportamientos más inteligentes, etc.

La relevancia de los sistemas de simulación es cada día mayor, no solo por facilitar las labores de adiestramiento de personal, sino que además pueden ser utilizados como

.....

39 Esta área de conocimiento se relaciona con el área tecnológica «Plataformas» contemplada en la ETID 2015. Estrategia de Tecnología e Innovación para la Defensa 2015, Dirección General de Armamento y Material. Anexo I, Pág. 1-23.

herramientas de apoyo a la decisión o para facilitar el desarrollo de nuevos conceptos y experimentación (CD&E) en los denominados «battlelabs»⁴⁰.

Sistemas de navegación, control de guiado y carga de pago en misiles y municiones complejas

En esta área de conocimiento se incluyen tecnologías asociadas a los sistemas de navegación y guiado, y a la propia carga útil de los misiles y municiones complejas, esenciales para abordar los nuevos retos asociados al uso de este material, como el aumento de su precisión, la escalabilidad de efectos y la minimización de daños innecesarios⁴¹.

El uso de este tipo de armamento es de gran importancia en gran parte de las operaciones, ya sean operaciones de combate individual, maniobras de superficie o aeromóviles, proyección de la fuerza naval o combate aéreo.

Sistemas complejos integrados por otros sistemas de armas avanzados cuyos requisitos de integración están vinculados a intereses esenciales de defensa y seguridad.

La totalidad de los sistemas con los que se da respuesta a las diversas amenazas están, a su vez, formados por sistemas de gran complejidad que cubren funcionalidades y misiones específicas, dotando así al conjunto de mayores capacidades.

Desde el punto de vista operativo, la potencialidad que aporta la integración de los distintos sistemas es un multiplicador de la capacidad del conjunto, frente a la que se dispondría si actuaran de forma independiente.

En cuanto a la afectación de los intereses esenciales de seguridad y defensa, la capacidad de integrar sistemas relacionados con las áreas de conocimiento descritas anteriormente, en conjuntos de mayor envergadura, afectará igualmente (si no, principalmente) a dichos intereses esenciales; ya que al conocimiento íntimo requerido de los sistemas integrados, se suma el de las propias tecnologías de integración y las asociadas al plus de capacidad que se obtiene como resultado de la misma.

40 Esta área de conocimiento se relaciona con el área tecnológica «C4I», línea «Simulación para adiestramiento y CD&E», contemplada en la ETID 2015. Estrategia de Tecnología e Innovación para la Defensa 2015, Dirección General de Armamento y Material. Anexo I, Pág. I-50.

41 Esta área de conocimiento se relaciona con el área tecnológica «Armas y Municiones», contemplada en la ETID 2015. Estrategia de Tecnología e Innovación para la Defensa 2015, Dirección General de Armamento y Material. Anexo I, Pág. I-2.

Las medidas de protección de las áreas de conocimiento y capacidades industriales vinculadas a los intereses esenciales de la defensa y de la seguridad

El artículo cuarto del Acuerdo del Consejo de Ministros objeto de análisis en este capítulo, declara con firmeza la posibilidad de adopción de cuantas medidas se consideren necesarias, bajo los supuestos ya enunciados, para garantizar el suministro de determinados productos y servicios, la protección de dichos productos y servicios, y los activos esenciales que los contratistas de los mismos utilizan en su provisión, cuando éstos sean necesarios para salvaguardar una respuesta operacional.

Es en este marco donde se sitúan las medidas asociadas a los procedimientos de contratación. En este sentido, es reseñable que con la misma claridad que la utilizada en su artículo cuarto, el preámbulo del referido Acuerdo realiza una firme declaración de defensa de los procedimientos abiertos y competitivos de contratación, considerando una excepcionalidad la modulación del principio de adquisiciones abiertas, sólo aplicable cuando se den los supuestos de afectación de los intereses esenciales de seguridad.

Con carácter general, cualquier intervención en el mercado causa ineficiencias, tanto en forma de sobrecostes, con el consecuente impacto en los presupuestos públicos, como en forma de pérdida de competitividad por parte de las empresas implicadas, causada al alejarse de la libre competencia. Es por ello que cuando se den las circunstancias que obliguen a aplicar medidas excepcionales en la contratación, éstas deberán ir acompañadas de un extremado rigor por parte de la Administración en el seguimiento de dichos contratos, evitando desviaciones económicas y retrasos, y estimulando la competitividad del contratista.

No obstante, la protección de estos intereses esenciales debe ir acompañada de otro tipo de medidas, más vinculadas a los productos y servicios, como pueden ser las adoptadas en el marco de la protección de la propiedad intelectual e industrial en aquellos casos en los que el Estado ha contribuido al desarrollo de determinados productos y servicios íntimamente relacionados con dichos intereses. Estas medidas pueden contribuir positivamente a la conservación del conocimiento depositado en individuos y organizaciones.

Al igual que el conocimiento, los activos vinculados a estos productos y servicios bajo la forma de equipos, licencias, instalaciones, medios de producción..., que pueden haber sido transferidos por un tercero u obtenidos para la ejecución de los programas, constituyen elementos esenciales para garantizar su provisión. Así, cuando éstos se encuentren vinculados con los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional, deberían ser objeto de medidas específicas que garantizaran su adecuada disponibilidad.

Cuando el diseño, desarrollo, integración o soporte de los productos y servicios requiera el acceso a información o a tecnologías clasificadas, éstos también deberían, sin duda, ser objeto de medidas de protección específicas vinculadas a la seguridad de la información.

Otras formas de protección (ayudas, subsidios...) pueden tener difícil encaje en el seno del mercado único, tanto frente a productos y servicios provenientes de países comunitarios, como frente a los provenientes de terceros países, ya que las instituciones comunitarias, que ejercen sus competencias y funciones de vigilancia en esta materia, no lo permitirían.

Con carácter general, cualquiera de las medidas anteriores debe someterse al principio de proporcionalidad, para que los efectos de alteración de las reglas del mercado no sean más perjudiciales que los beneficios que pretenden conseguir. Es por ello, que para maximizar sus efectos, deberían acompañarse de otro conjunto de medidas de carácter más horizontal.

Entre estas medidas destaca el fomento de la innovación en las áreas de conocimiento que afectan a los intereses de la defensa y la seguridad, buscando la especialización de las empresas en estos nichos tecnológicos, al más alto nivel competitivo internacionalmente. A tal fin, debe maximizarse la coordinación con otros organismos, aprovechar todos los mecanismos (nacionales, autonómicos y europeos) de promoción de la innovación y el desarrollo (exenciones fiscales a la investigación, programas de ayudas, etc.), buscando sinergias entre el mundo civil y militar, y prestar atención a la creciente importancia de las posibilidades de aplicación de fondos europeos para temas de defensa.

También es reseñable entre este conjunto de medidas el apoyo a la exportación y a la cooperación internacional que, además de contribuir a la sostenibilidad económica de las empresas, facilitan acuerdos con socios internacionales que permiten, tanto el acceso a nuevos mercados, como el abaratamiento de la producción y una mayor capacitación tecnológica.

Conclusiones

Conclusiones

La primera parte del estudio nos mantiene fuera de la discusión legal sobre el contenido del artículo 346 del actual TFUE. En este primer capítulo no se ha intentado analizar el concepto de «intereses esenciales de seguridad» desde un punto de vista legal, sino dar a conocer la estrategia de la UE para promover un mercado único de defensa europeo, como herramienta para promover la industria de defensa.

La Comisión Europea reconoce y sigue manteniendo que la seguridad nacional sigue siendo una responsabilidad de los Estados miembro, pero a su vez intenta concienciarlos de la necesidad de avanzar hacia un mercado único, promoviendo un marco legal en el que puedan basarse la mayoría de los procesos de contratación.

El capítulo ha intentado dar a conocer las múltiples iniciativas, que en paralelo, han convivido con el artículo 346.

La dificultad de poner en marcha y hacer competitivo un Mercado Europeo de Defensa, únicamente basado en instrumentos normativos, ha hecho que se desarrollen otras iniciativas basadas en la armonización de la demanda y el apoyo al desarrollo tecnológico y productivo de las industrias de defensa.

Los intereses de carácter económico de cada Estado miembro, son en realidad, el verdadero caballo de batalla para avanzar en este proyecto, aunque si es cierto que los Estados acuden con facilidad a señalar el concepto de seguridad nacional y el de «seguridad de suministro» como escollos para el proceso.

La Comisión Europea ha ido reorientando su estrategia a medida que se han ido dando avances en el desarrollo de la PCSD. Primero analizando el mercado y la industria de defensa desde una perspectiva principalmente económica. Luego enfocando su actuación a la necesidad de la cooperación civil-militar, situando su heterogéneo conjunto de posibles iniciativas en la línea intermedia entre lo civil (ámbito de actuación consolidado de la Comisión) y lo militar (ámbito competencial de los Estados Miembros y, por el momento, intergubernamental). Finalmente los asuntos del mercado y la industria de defensa se han incluido en la Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad Común, documento de alto nivel que marca la orientación futura de la Unión.

La crisis económica ha influido sin duda en los pasos, lentos pero pasos, que se han dado en los últimos años para concienciar a los Estados Miembro sobre la necesidad de poner en común las necesidades de defensa. Han sido la Comisión y otras instituciones como la EDA las que han jugado un papel muy activo en este proceso.

La Comisión pretende dar un importante salto cualitativo, esta vez con fondos europeos para financiar tanto la investigación y la tecnología de la defensa como

para la obtención de capacidades y con ello adquiriendo nuevos roles de planificador (capacidades, tecnologías...) en el mundo de la defensa.

Cualquier país de la Unión que quiera jugar un papel relevante en este proceso, debe involucrarse en el proyecto, para asegurarse de que sus requerimientos son tenidos en cuenta en el desarrollo de las iniciativas. Y además la consolidación de este mercado único ha de consentir que, en paralelo, los principios de transparencia, libre concurrencia y no discriminación siguen cohabitando en armonía.

El profesor Justo Huerta, en el segundo capítulo, ha insistido en señalar como el artículo 346 del TFUE se constituyó desde el inicio como una excepción al principio de competencia que rige en todos los sectores a los que se aplica la legislación de contratos del sector público. Principio esencial que ya se recogía en el artículo 95 del Tratado de Roma, y que disponía el establecimiento de un mercado interior único, con la libre circulación de bienes y servicios y supresión de obstáculos entre los estados miembros, todo ello con el propósito de favorecer la implantación de mecanismos que ayudasen a su puesta en marcha y un correcto funcionamiento.

Esta excepción de los Tratados no ha estado exenta de polémica por la excesiva invocación e interpretación que han hecho los Estados, sino también por las correcciones que ha tenido que elaborar la Justicia de la Unión Europea, y que ha obligado a tomar postura a la Comisión a través de diversas interpretaciones.

Nuestro legislador ha estado muy atento a estos avatares y cambios, y ha realizado sus tareas legislativas con responsabilidad y prudencia en torno a las nuevas normas contractuales derivadas de las Directivas comunitarias y que se han materializado en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, y la Ley 24/2011, del 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y Seguridad, a través de la Orden de Servicio sobre contratación nº 1/12, de 6 de febrero de 2012 del Director General de Asuntos Económicos, la Instrucción comunicada 14/2015, de 13 de febrero de 2015, del Secretario de Estado de Defensa que regula el procedimiento contractual en el Ministerio de Defensa y el documento, aprobado por Consejo de Ministros, el 29 de mayo de 2015. Este «marco normativo» ha dejado un entorno flexible y abierto que permite cubrir las necesidades que ponen en riesgo la Defensa Nacional. Por ello, este conjunto de disposiciones, que no llegando a tener carácter reglamentario, sí forman un conjunto de normas procedimentales de organización que coadyuvan al desarrollo y buen gobierno de las normas contractuales sustantivas en materia de Defensa, ya que son actos complementarios y aclaratorios que por tener este carácter de actos de organización, si pueden ser modificadas según las necesidades precisas para hacer frente a cualquier amenaza que pongan en riesgo nuestra seguridad y defensa.

Es responsabilidad de los Estados miembros de la Unión Europea definir y proteger sus intereses de seguridad. El artículo 346 del TFUE es una prerrogativa y una excepción para los casos en que el cumplimiento de la legislación europea pusiera

en peligro los intereses esenciales de seguridad de sus Estados miembros. Este hecho impone condiciones estrictas para el recurso a esta excepción, y se ha de mantener 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 Comunidad.

Por otra parte, es de destacar que nuestra normativa ha superado la controversia entre transparencia y seguridad al clarificar el concepto de «intereses esenciales de seguridad» y establecer un procedimiento de evaluación muy cuidadoso, caso a caso, incluyendo los llamados «offsets», acreditando que si está justificada o no una exención de las normas comunitarias y si responde a estas tres preguntas:

- ¿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 normativa de contratos públicos es necesaria en este caso específico para la protección de este interés esencial de seguridad?

Luego podemos concluir que nuestra normativa contractual regulatoria del artículo 346 del TFUE permite que se pueda hacer una evaluación y verificación del cumplimiento por la Comisión Europea y cumple con los requisitos plasmados en las sentencias del Tribunal de Justicia

Precisamente, la tercera parte del estudio se enfoca a las pautas interpretativas del artículo 346, apartado 2, letra b), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sentadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y resumidas por la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea que, sobre este particular, continúan en gran medida vigentes, con los matices que se han explicado en este estudio y que traen causa de la evolución experimentada desde el año 2006 hasta la actualidad por la normativa comunitaria de contratación pública y por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

El «test de aplicabilidad» del citado artículo 346 ha sido diseñado por el Tribunal de Justicia específicamente para evitar los abusos por parte de los Estados miembros en su utilización. Este precepto no pretende sino salvaguardar los intereses esenciales de la seguridad nacional de una aplicación rigurosa del Derecho Comunitario que impida su protección. Por ello cuando los órganos de contratación utilicen esta excepción deben ser conscientes de que están perjudicando la consecución de los objetivos de la Unión Europea, y en especial están fragmentando el mercado interior. Ello es legítimo solo si resulta imprescindible para proteger los intereses esenciales de la seguridad nacional. Si, por el contrario, estos intereses pueden protegerse dentro del marco que dibuja la legislación de contratación pública, en ese caso ya no sería legítimo sacrificar el objetivo del mercado interior, y estaríamos ante un incumplimiento del Derecho Comunitario susceptible de ser condenado por el Tribunal de Justicia.

En definitiva, la decisión de utilizar, o no, el tantas veces mentado artículo 346 debe estar presidida por la búsqueda del difícil equilibrio entre la protección de los intereses esenciales de la seguridad nacional y la salvaguarda de las libertades comunitarias. Este equilibrio solo se logrará a satisfacción de la Comisión Europea y del Tribunal de Justicia cuando el «test de aplicabilidad» que se ha explicado dé luz verde a la aplicación de la excepción. Este test debe aplicarse con un rigor tal que, en caso de ser necesario, el órgano de contratación esté en condiciones de probar que se cumplen todos los requisitos que el citado test comprende y que este estudio ha tratado de sistematizar y actualizar en un intento de facilitar la labor del aplicador del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Por último, era necesario hacer mención a las capacidades industriales, y en referencia a ello, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015 realiza por primera vez la concreción demandada en la disposición adicional novena de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de Defensa y Seguridad, estableciendo los principios y circunstancias que se tienen que dar para identificar que una capacidad industrial o área de conocimiento afecte a los intereses esenciales de la defensa y seguridad nacional, y poder excluir del ámbito de aplicación de la propia ley, los contratos que perjudiquen dichos intereses.

El referido Acuerdo se apoya en los conceptos de seguridad nacional, ventaja operacional y libertad de acción, contemplados acertadamente como principios inspiradores de los intereses esenciales de seguridad y defensa:

- Desarrollando la función de marco político estratégico de referencia que la propia Ley de Seguridad Nacional le reconoce, la Estrategia de Seguridad Nacional mandata la provisión y mantenimiento de las capacidades militares que permitan reaccionar y neutralizar cualquier riesgo o amenaza de orden militar, incorporando las capacidades industriales nacionales como elemento necesario para conseguir el objetivo marcado.
- La adquisición de una «ventaja tecnológica» (residente en el conocimiento de personas y organizaciones, así como en el conjunto de activos en los que se materializa una capacidad industrial) es esencial en la provisión de las capacidades militares que garantizan la «ventaja operacional» que debe disponerse sobre potenciales adversarios y la «libertad de acción» para actuar en función de los intereses propios, libres de intervenciones por parte de otros estados.

De manera más concreta, el Acuerdo del Consejo de Ministros vincula razonadamente las capacidades industriales y áreas de conocimiento objeto de protección, con el factor material de las capacidades militares y con las prioridades del planeamiento que se recogen en el Objetivo de Capacidades Militares (OCM); estableciendo las áreas de conocimiento que se corresponden con la priorización vigente en el momento en que el Acuerdo fue formulado.

La naturaleza cambiante de las amenazas a las que es necesario dar respuesta, y el ritmo acelerado del desarrollo tecnológico en que se sustentan las capacidades militares que las afrontan, justifican la necesidad de actualización de las capacidades industriales y áreas de conocimiento, establecidas por primera vez en el Acuerdo del Consejo de Ministros analizado. En este sentido, si bien el artículo sexto del mencionado acuerdo prevé la posibilidad de actualización de las áreas conocimiento y capacidades industriales, la normativa al respecto no contempla las actuaciones y responsabilidades asociadas a su revisión, que deberían quedar integradas en el ejercicio de planeamiento de recursos materiales, en su visión a largo plazo.

A pesar de la clara justificación de la adopción de una medida excepcional en la contratación desde el punto de vista de los intereses esenciales de la defensa y la seguridad nacional, y habida cuenta de las ineficiencias en forma de sobrecostes y pérdida de competitividad que cualquier intervención en el mercado puede ocasionar, sería recomendable realizar estudios de coste-eficacia caso por caso antes de asumirla., De esta forma se determinaría su viabilidad económica y el coste de oportunidad que conlleva. Al mismo tiempo, se daría cumplimiento al criterio de proporcionalidad en la aplicación de las medidas de protección que se contempla el Acuerdo del Consejo de Ministros.

Por las mismas razones, cuando se den las circunstancias que obliguen a aplicar medidas excepcionales en la contratación, éstas deberían ir acompañadas de un extremado rigor por parte de la Administración en el seguimiento de dichos contratos, estimulando siempre la competitividad del contratista.

Habida cuenta de la importancia de los intereses en juego, las medidas excepcionales en la contratación no pueden ser las únicas a adoptar; sino que deben venir acompañadas de medidas que contribuyan a la conservación del conocimiento depositado en individuos y organizaciones, medidas que garanticen la disponibilidad de los activos esenciales para la provisión de productos y servicios relacionados con los intereses esenciales de la defensa y la seguridad nacional, y medidas de protección específicas vinculadas a la seguridad de la información. Para maximizar sus efectos, estas medidas deberían complementarse con otras medidas de carácter más horizontal, como el fomento de la innovación y el apoyo a la exportación y a la cooperación internacional, en las ya referidas áreas de conocimiento.

Composición del Grupo de Trabajo

Presidente

D. Juan José Pardo García-Valdecasas

Abogado del Estado. Presidente Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Coordinador

D. Pedro José García Cifo

Coronel del Ejército del Aire. Secretario de Estudios de la ESFAS.

Vocales

D. Arturo Alfonso Meiriño

General de División del Ejército del Aire. Director de OCCAR-EA.

D. Justo Alberto Huerta Barajas

Profesor del Master de Contratos y Programas IUGM/UNED. Auditor Nacional IGAE.

Dña. Vanesa Aventin Fontana

Consejera Técnica de la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

D. Ángel Sanz Sanz

Ingeniero Aeronáutico. Director de Consultoría y Procesos Estratégicos de ISDEFE.

D. Enrique Díez de Ulzurrun

Ingeniero Naval y Oceánico, Subdirector General de Inspección, Regulación y Estrategia Industrial de Defensa.

