

LA SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE DEFENSA Y SEGURIDAD¹

Environmental sustainability in public defense and security contracts

POR: DR. DAVID OTERO LÓPEZ

Doctor en Derecho por la UDC. Abogado

david.otero.lopez@udc.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9509-1288>

RESUMEN: En este artículo trato de hacer un estudio breve de cuáles son las previsiones y mecanismos de protección del medio ambiente en un sector concreto y especial de la contratación pública, como es el de los contratos de defensa y seguridad. Como veremos, las prescripciones sobre sostenibilidad ambiental que contienen las normas especiales que regulan estos, son más limitadas que las recogidas en la normativa general. Por otro lado, nos centraremos en la protección del medio ambiente como causa de resolución de los contratos entre Gobiernos en materia de defensa y seguridad.

PALABRAS CLAVE: protección del medio ambiente, contratos públicos, defensa y seguridad, contratos entre gobiernos

ABSTRACT: In this article I will attempt a study of the provisions and mechanisms for environmental protection in a specific and special sector of public procurement, such as defense and security contracts. As we will see, the environmental sustainability requirements contained in the special rules that regulate them, are more limited than those contained in the general regulations. On the other hand, we will focus on the protection of the environment as a cause for termination of defense and security on government to government contracts.

KEYWORDS: environmental protection, public procurement, defence and security, government to government contracts

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA LCSPDS. 1.- PRESCRIPCIONES TÉCNICAS EN LOS CONTRATOS DE OBRA, SUMINISTRO Y SERVICIOS. 2.- LA SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN. III. ESPECIAL MENCIÓN A LA RESOLUCIÓN DE CONTRATOS ENTRE GOBIERNOS EN MATERIA DE DEFENSA POR RAZONES MEDIOAMBIENTALES. 1.- LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. 2.- LA FACULTAD DE RESOLVER EL CONTRATO ENTRE GOBIERNOS Y LOS INTERESES PÚBLICOS CONTRAPUESTO. 3.- PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ENTRE GOBIERNOS. IV. BIBLIOGRAFÍA.

¹ Este trabajo se presentó y fue aceptado como comunicación en el Congreso internacional: “Temas clave de la contratación pública”, celebrado en la Universidad de Vigo los días 4 y 5 de octubre de 2021.

I.- INTRODUCCIÓN

La contratación pública que se lleva a cabo bajo la regulación de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (LCDS), es de gran importancia, no solo por la materia concreta que regula en cuanto al objeto del contrato y al objetivo que sirve, sino también por otras razones, como por ejemplo, el volumen económico que se maneja. La contratación bajo la regulación de la LCDS supone un porcentaje relativamente pequeño en cuanto a número de contratos, siendo este de un 5,12% de los contratos públicos totales del Ministerio de Defensa para el año 2020. Sin embargo, a nivel de gasto, el porcentaje es exponencialmente mayor, llegando al 70,68%².

La sostenibilidad ambiental es un elemento que va cobrando cada vez mayor importancia en las relaciones contractuales del sector público. También es un factor que tiene en cuenta la LCDS, si bien con mucha menos profundidad que en la normativa general de contratos del sector público. No obstante, creo oportuno repasar lo que dice esta norma sobre la protección del medio ambiente en los contratos que regula.

Sin embargo, no es la única norma que regula contratos en el ámbito militar. Hay además una regulación específica y separada sobre contratos entre Gobiernos en el ámbito internacional en materia de defensa. Estos requieren de mayor interpretación en lo que tiene que ver con la sostenibilidad ambiental, en especial, en relación a la potestad de resolución del contrato por esta causa. En este singular contrato también nos centraremos, determinando si la protección del medio ambiente es una casusa o no para la resolución del contrato, así como la posición del interés público medioambiental cuando entran en liza con otros intereses también públicos, como los intereses nacionales de seguridad y defensa.

II.- LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA LCDS

La sostenibilidad ambiental en la contratación pública de defensa y seguridad tiene su base en los criterios de adjudicación de contrato (art. 32.1 LCDS) y en las prescripciones técnicas de los contratos de obra, suministro y servicios (art. 19 LCDS). Y es en estas dos fases del procedimiento de contratación, donde la sostenibilidad ambiental cobra protagonismo.

Respecto del resto de fases del contrato, como la ejecución, la LCDS se remite a la norma general de contratos del sector público en lo referente al medio ambiente. Sobre esta remisión se hará alguna apreciación, sin entrar a examinar el régimen jurídico.

² Datos oficiales del Ministerio de Defensa, para el año 2020, y que tienen en cuenta la totalidad contractual del Ministerio (contratos de la LCDS, de la LCSP, contratos internacionales, contratos menores, encargos y convenios). El total de contratos en estos términos fue de 22.541, siendo los adjudicados bajo la LCDS 1.155. A nivel de gasto, el total de contratos supuso 4.322.981.438,58€, siendo que el importe adjudicado para los contratos de la LCDS fue de 3.055.534.088,45€. (fuente oficial del Ministerio de Defensa: <https://www.defensa.gob.es/defensa/contratacionpublica/>, a fecha de 29 de septiembre de 2021)

1.- PRESCRIPCIONES TÉCNICAS EN LOS CONTRATOS DE OBRA, SUMINISTRO Y SERVICIOS

Las prescripciones técnicas de los contratos en materia de seguridad y defensa vienen definidas en la D.A. Primera de la LCDS³. Entre esas características técnicas se incluyen las referentes a los niveles de actuación sobre el medio ambiente.

Para el establecimiento de las prescripciones técnicas en los contratos de sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad, debemos examinar el art. 19 de la LCDS. En la misma, se nos dice que en todo caso, los órganos de contratación deberán elaborar el pliego de prescripciones técnicas con sujeción a lo que al respecto diga la norma general de contratos de sector público⁴. En concreto, son de aplicación los art. 123, 124 y 126 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Estos contienen algunas previsiones sobre la sostenibilidad y protección medioambiental, que deben contemplarse igualmente en los contratos público de defensa y seguridad.

En primer lugar, el art. 124 LCSP recoge que las prescripciones técnicas particulares contendrán las condiciones medioambientales en las que se ha de ejecutar el contrato, siendo el art. 126 el que especifica que cuando el objeto del contrato “afecte o pueda afectar al medio ambiente”, las prescripciones técnicas expresarán los criterios de “sostenibilidad y protección del medio ambiente”, según lo recogido las normas de Prevención y Control Integrados de la Contaminación⁵.

Por otro lado, las prescripciones técnicas pueden ser elaboradas bajo distintas formulaciones. Una de ella, la del art. 126.5 a) LCSP, permitirá la redacción de las prescripciones técnicas en “términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales”. Pues bien, esta es una opción también a los contratos públicos en materia de defensa y seguridad, que puede ser contemplada o no. El art. 19.2 b) LCDS lo da como opcional⁶, frente a la opción de formulación de las prescripciones técnicas según lo expuesto en el art. 19.2 a), como sistema de por orden de prelación de “normas, documentos o sistemas”, que en general hagan referencia a

³ Para los contratos de obra se definen como “El conjunto de características técnicas contenidas en los pliegos o documento equivalente y referidas a un material, producto o suministro, y que permitan caracterizarlos de manera que respondan al uso a que los destinará el órgano de contratación” (DA Primera, 15º LCDS). Para los contratos de suministro y servicios se define como: “El conjunto de características técnicas contenidas en los pliegos o documento equivalente y referidas a un producto o a un servicio” (DA Primera 16º LCDS).

⁴ En concreto, hace referencia a los arts. 100 y 101 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. A día de hoy, esta norma está derogada, siendo por ello de aplicación los equivalentes normativos de la actual LCSP, a los que hacemos referencia.

⁵ El art. 101.4 LCSP hace referencia a la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. Esta ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación.

⁶ Teniendo en cuenta que el art. 19.2.b) LCDS hace referencia al art. 101.3 b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, cuyo equivalente es el art. 126.5 a) LCSP.

especificaciones técnicas que han de tenerse en cuenta en el objeto y ejecución de contrato.

Por lo tanto, vemos que en fase de preparación de contrato, los contratos del sector público regulados en la LCDS deben contener prescripciones técnicas que necesariamente recojan los criterios de sostenibilidad y protección del medio ambiente, cuando este pueda ser afectado. Por otro lado, los órganos de contratación encargados de este tipo de contratos, puede optar en la elaboración del pliego de prescripciones técnicas, por una formulación en términos de rendimiento o exigencias funcionales que incluyan las características medioambientales del objeto del contrato.

2.- LA SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN

La sostenibilidad ambiental y la protección del medio ambiente también se tiene en cuenta como criterio de adjudicación del contrato en materia de defensa y seguridad. Así, el art. 32 LCDS recoge que para la adjudicación de un contrato, se podrá tener en cuenta un criterio -que será el del precio más bajo- o varios.

En el caso de que sean varios los criterios a tener en cuenta como criterios para la adjudicación del contrato y siempre que este guarde relación con el objeto del contrato, uno de esos criterios podrá ser la protección del medio ambiente y su sostenibilidad (art. 32.1 LCDS).

Como vemos, esta previsión es limitada al menos por dos razones. Por un lado, porque permite adjudicar un contrato bajo un solo criterio, y este será el económico. Y cuando se haya de adjudicar teniendo en cuenta más de un criterio, uno de ellos podrá ser el medioambiental, pero bajo dos condiciones. Una, que guarde relación con el objeto del contrato, y otra, que será el órgano de contratación el que establecerá la ponderación de este criterio junto a los demás -o el orden decreciente de importancia-, y con la intención de “determinar la oferta económicamente más ventajosa” (art. 32.2 LCDS).

En mi opinión, al Directiva europea⁷ que se traspone con LCDS es más ambiciosa en materia de sostenibilidad ambiental. Como unos de los objetivos de su aprobación, se confiesa: “Una mejor coordinación de los procedimientos de adjudicación [...], ofrece asimismo el potencial de reducir los costes en el sector de la defensa y de disminuir notablemente el impacto medioambiental del sector” (Considerando 6).

Se establece una previsión medioambiental en relación con las condiciones de ejecución del contrato. El art. 20 de la Directiva expresa la potestad de reflejar consideraciones medioambientales como condición especial de ejecución del contrato. Tal previsión se contempla en el art. 20 LCDS, pero sin hacer mención expresa a la posibilidad de incorporar consideraciones medioambientales. Ciertamente es que hace una remisión al art. 102 de la hoy derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, y que

⁷ 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.

este artículo sí hacía expresa mención al medio ambiente. Pero no de deja ser una oportunidad desaprovechada para introducir en las normas militares, en las normas de defensa, previsiones medioambientales.

La misma remisión se hace en lo referente a los requisitos de solvencia y de capacidad técnica de los operadores en los contratos de obras y servicios. Si bien en la directiva hay previsiones específicas en referencia a la exigencia en determinados casos –“únicamente en los casos adecuados” (art. 42.1. f)-, de que el operador acredite el cumplimiento de normas de gestión medioambiental, para probar su capacidad técnica y solvencia, la LCDS calla al respecto, haciendo de nuevo una remisión a lo que se diga sobre ello en la norma general de contratos del sector público, con algunas especialidades expresas (art. 15 LCDS)⁸.

Pero ello se enmarca en la concepción general que se ha venido dando a la LCDS, como una norma de complemento y especialidad respecto de la norma general de contratos del sector público. Así se desprende también del propio preámbulo de la norma, que viene a dictar que: “La presente Ley establece como principio la aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en todo lo no regulado de forma expresa por la presente Ley, con lo cual, lejos de establecer un régimen de ruptura con la Ley que rige con carácter general la contratación de los entes del sector público, pretende enlazar directamente con ella y, de esta forma, extender la vigencia de los principios que la inspiran también al ámbito de la defensa y la seguridad. Por otra parte, y sin perjuicio de esta idea base, se regulan las especialidades que derivan de la Directiva de la Unión Europea”⁹.

No se ha pensado en la creación de un cuerpo normativo específico sobre contratos en materia de seguridad y defensa, sino en la regulación exclusiva de sus especialidades. En este sentido, podemos encontrarnos con una ventaja interpretativa favorable al medio ambiente, pues siempre que no se excluya de su aplicación por parte de la LCDS, se podrán aplicar las previsiones que sobre la protección del medio ambiente y la sostenibilidad ambiental que contenga la LCSP.

⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5, en el Recurso 08/2017, en el Fundamento de Derecho Tercero (CENDOJ 28079230052018100440, Roj: SAN 3274/2018 - ECLI:ES:AN:2018:3274)

⁹ Ibidem.

También resultan de interés, las reflexiones de HUERTA BARAJAS, J. A. “El Artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa”, *Documento de Trabajo 02/2017: La Contratación y el Artículo 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea*, Ed. CESEDEN, págs. 44 a 68, quien entre otras cosas afirma: “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 (TRLCSP), como la norma especial de la misma que es la LCSPDS” (pág. 47). La referencia del autor al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ha de entenderse a día de hoy a la LCSP, por haber sido derogada aquella.

III.- ESPECIAL MENCIÓN A LA RESOLUCIÓN DE CONTRATOS ENTRE GOBIERNOS EN MATERIA DE DEFENSA POR RAZONES MEDIOAMBIENTALES

Dentro de los contratos públicos en materia de defensa, nos encontramos con una especialidad contractual, al margen de la LCDS (art. 7.1. g), recogido en el art. 6 de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

Esta norma regula el contrato relativo al suministro de material de defensa celebrado entre el Gobierno de España y un Gobierno extranjero, para la exportación de material militar o de defensa. Sin entrar en un análisis de este tipo de contratos, por no ser objeto de este estudio¹⁰, sí me parece oportuno apuntar y desarrollar de forma breve a la protección de medio ambiente como causa de resolución del contrato.

Así, el art. 3.3 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios recoge que: “En los contratos entre Gobiernos se podrá hacer constar que el Gobierno de España se reserva la facultad de resolución total o parcial del contrato entre Gobiernos por razones de interés público”.

La dicción literal de la norma nos lleva a hacernos varias preguntas, pero en lo que se refiere a nuestro ámbito de investigación, nos centraremos especialmente en tres. Por un lado, si dentro de las razones de interés público podemos encuadrar la protección del medio ambiente. Por otro, qué ocurre con la facultad de resolver el contrato entre gobiernos, ante la manifestación de intereses públicos contrapuestos. Y por último, sobre el procedimiento de resolución.

1.- LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Como hemos visto, la norma tan solo menciona la opción de resolución del contrato por razones de interés general, sin desarrollar que debemos entender como razones de interés general, para este concreto contrato.

El interés general o interés público¹¹ es un concepto que acompaña la vida del contrato del sector público desde su concepción -incluido el objeto del mismo- hasta su

¹⁰ Para una aproximación al mismo, puede verse ABRIL MARTÍNEZ, J., “Los contratos gobierno a gobierno en materia de defensa”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 38/2014, págs. 113 a 117. También HUERTA BARAJAS, J. A. “El Artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación...” op. cit. 54 a 56.

¹¹ Para este texto nos referiremos de forma indistinta al interés público y al interés general, por entenderlos ambos en el mismo sentido y significado en las normas que tratamos. Sobre las diferencias entre interés público e interés general, puede verse la explicación y repaso doctrinal que realiza RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El interés general y el Derecho Administrativo”, en *Revista Federal de Derecho*, número 4/2019 (mayo). Sobre el interés general y el interés público, también MEILÁN GIL J. L., “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español”, *AyC Revista de Direito Administrativo y Constitucional*, núm. 40/2010 (abril – junio) págs. 171 a 198. Sobre el interés general en

finalización, pues es un elemento esencial de cualquier actividad administrativa¹². Por ello, debemos estudiar si la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible son de interés público y por tanto, razón y justificación para la resolución del contrato entre gobiernos.

Así, el art. 45 de la Constitución española de 1978, recoge la protección de medio ambiente como un principio rector de la política social y económica, y su defensa como un objeto de esta política. Tal precepto debemos relacionarlo con el art. 103 de la Carta Magna, que señala que la “Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”. Por ello, en conjugación de ambos preceptos, podemos señalar la protección del medio ambiente como de interés general o de interés público, que ha sido perseguido y contemplado en las actuaciones de la Administración Pública, incluida la contractual. Dentro de este concepto, la protección del medio ambiente se ha configurado legalmente como una razón de interés general en algunos ámbitos del sector público¹³. Por ejemplo, en materia de intervención administrativa en el mercado y la economía. El art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, recoge “la protección del medio ambiente y del entorno urbano” como una razón imperiosa de interés general, que permite a la administración imponer algún tipo de límite al acceso o ejercicio de actividades económicas de servicios. En el mismo sentido se legisla en el art. 17 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, o el art. 84 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local¹⁴.

Las propias normas aprobadas de forma específica para la protección medio ambiente, también exponen la relación entre el interés público y la protección de aquel. Por ejemplo, y por citar una, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. (LPNB), en su art. 46.6¹⁵, al citar las consecuencias para el medio ambiente de ciertas medidas de conservación biológica entre las razones imperiosas de interés público de primer orden.

La misma LCSP recoge la protección del medio ambiente como de interés público. Ya en su art. 1.3 expone la obligación de que se incorporen criterios medioambientales en toda la contratación pública, en unión con la finalidad de la norma (art. 1.1)¹⁶. También la sostenibilidad ambiental se recoge como una de las causas de resolución del contrato (art.

nuestro ordenamiento ACOSTA GALLO, P., “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 41/2016.

¹² Sobre el interés general y los contratos públicos, MEILÁN GIL, J. L., “Unidad del contrato público e interés general: itinerario de una investigación”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 48/2018, y de mismo autor MEILÁN GIL, J. L. “El contrato público determinado por el interés general”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 271/2018 (mayo – agosto), págs. 669 a 705.

¹³ Tan solo mencionaremos algunos a título ejemplificativo, pero hay más sectores, con gran importancia, como la ordenación del territorio y el medio ambiente, o los transportes, donde la sostenibilidad ambiental tiene un papel importante, como interés público.

¹⁴ Al respecto, puede leerse GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. “Mercado único y protección ambiental”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 19/2018 (extra) págs. 239-269

¹⁵ De forma indirecta, por hacer mención a lo regulado es este precepto, también la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, en su art. 35.1.

¹⁶ Sobre la relación de los contratos públicos con el medio ambiente, PERNAS GARCÍA, J. J. *Contratación pública verde*, Ed. La Ley, Madrid, 2012.

201 en relación al art. 192)¹⁷, pero no en las mismas condiciones que lo hace el Real Decreto 33/2014. En primer lugar, porque el art. 192 LCSP solo recoge la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones medioambientales, cuando el contratista haya incumplido parcial o totalmente aquella “por causas imputables al mismo”¹⁸. Sin embargo, la apertura del art. 3.3 del Real Decreto 33/2014, permite la cabida de su resolución cuando el medio ambiente se vea afectado, sin necesidad de que medie incumplimiento.

En vista de todo lo anteriormente expuesto, podemos afirmar, en primer lugar, que la protección de medio ambiente es de interés público, por imperativo constitucional, legal, y también, si se me permite, natural¹⁹. Siendo así, debemos entender la protección del medio ambiente, en una concepción amplia, como una razón de interés público, y como tal, causa de resolución de contratos entre Gobiernos en materia de defensa.

2.- LA FACULTAD DE RESOLVER EL CONTRATO ENTRE GOBIERNOS Y LOS INTERESES PÚBLICOS CONTRAPUESTOS

Ciertamente, el art. 3.3 del Real Decreto 33/2014, dice con claridad expresiva que “el Gobierno de España se reserva la *facultad* de resolución total o parcial del contrato entre Gobiernos por razones de interés público” (cursiva propia)²⁰. Tal expresión no debería ser entendida de forma negativa. Como hemos analizado, el texto del artículo se establece de forma amplia y abierta, con el fin de reconocer -recordarle, si se quiere- al Gobierno, un instrumento para la protección del interés público al que sirve.

Que se exprese como facultad, no quiere decir, a mi juicio, que se dé al Gobierno una opción u oportunidad para no defender, proteger o servir al interés público. Sin embargo, no deja de ser una facultad, pues el Gobierno puede, pese a lo dicho, no resolver el contrato aun cuando haya una razón de interés público -también la protección del medio ambiente- que así lo aconseje o exija.

¹⁷ Sobre las causas de resolución de los contratos y su régimen general en la LCSP, véase BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Documentación Administrativa*, núm. 4/2017.

¹⁸ Excepto que la resolución del contrato por el incumplimiento de obligaciones medioambientales venga recogida de forma expresa como una causa de resolución del contrato, en concepto de penalidad, en los pliegos. En todo caso, estas obligaciones deben venir recogidas en los pliegos como condición especial de ejecución o como obligación contractual esencial (art. 202.3 y art. 211.1 LCSP)

¹⁹ Es clarificador lo expuesto en el art. 4 de la LPNB: “El patrimonio natural y la biodiversidad desempeñan una función social relevante por su estrecha vinculación con el desarrollo, la salud y el bienestar de las personas y por su aportación al desarrollo social y económico”.

²⁰ La resolución del contrato por causa de interés público viene amparada en la remisión que hace el art. 11.9 de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, al art. 223,g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), que recoge como causa de resolución del contrato “La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”.

Si como hemos visto hasta aquí, la protección del medio ambiente es de interés público y de gran importancia, cabe preguntarse en qué condiciones puede el Gobierno no atender a esa protección medioambiental ante un contrato entre gobiernos en materia defensa. Y solo hay una: cuando el mantenimiento del contrato, su no resolución, obedezca a la protección, igualmente, del interés público, pero esta vez representado bajo otras razones y necesidades. Siendo la materia que es, el principal interés público que se pondere como prioritario frente al medio ambiente, podría ser la Defensa nacional.

Al respecto, dice la Constitución en su art. 8, que son las Fuerzas Armadas las primeras en ser llamadas a la labor de defender la integración territorial y el ordenamiento constitucional, en definitiva, a la Nación en su conjunto. Siendo esta la primera función de las Fuerzas Armadas se ha de recordar que son también administración pública - administración militar, pero administración- (art. 97 CE). Y como administración pública, se les aplica, como antes hemos visto, el art. 103 CE, siendo que deben servir a los intereses generales, en todas sus actuaciones, también en sus relaciones contractuales.

Para ello se han aprobado distintas normas que vienen a recoger y exponer la defensa nacional como de interés público -en expresión de muchas normas, de interés nacional²¹-, esencial y prioritario. Esa conclusión queda clara de la lectura del art. 2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, al decir que: “La política de defensa tiene por finalidad la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del Estado social y democrático de derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales, en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España”²².

Pues bien, visto que tanto la defensa y seguridad nacional como la protección del medio ambiente y su sostenibilidad son interés público en el sentido extenso de la expresión, debemos responder cuál de ellos se prioriza a la hora de decidir por el Gobierno sobre la resolución del contrato entre Gobiernos en materia de defensa. Y debemos anunciar que la conclusión será, como regla general, que la defensa nacional será el interés prioritario. Así se puede desprender de las normas que sobre la materia se han aprobado. Por citar algunas de las que nos han hecho llegar a esta conclusión, podemos comenzar por la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, en cuyo Preámbulo se identifica la seguridad nacional como un “superior interés nacional” (apartado I).

En el ámbito de la normativa sobre medio ambiente, especialmente en la que emana de la Unión Europea, el concepto de “interés público superior” es conocido. Es un concepto jurídico indeterminado, pero sobre el que ya tenemos algún pronunciamiento judicial que

²¹ Sobre el término “interés nacional”, frecuentemente usado en las normas sobre defensa, fuerzas armadas y empleos militares, puede verse AA.VV, *Evolución del concepto de interés nacional*, Ed. CESEDEN, Madrid, 2010

²² Más clara en este sentido se mostraba la anterior norma, la Ley Orgánica 6/1980, de 10 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, en cuyo artículo segundo afirmaba que la defensa nacional tiene “por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida y los *intereses de la patria* [...]” (cursiva propia).

nos puede esclarecer el término, que en su conceptualización, puede ser aplicado a otros ámbitos del derecho, como el que estamos examinado.

Así, la sentencia de Tribunal Supremo 423/2020, de 18 de mayo ²³, hace una diferenciación entre interés general, e interés público superior. En el Fundamento de Derecho Tercero, *in fine*, expresa ya que “Aún teniendo ciertas similitudes el «interés general» y el «interés público superior», no puede concluirse que «sean equivalente o puedan equipararse». El «interés público superior» exige inexcusablemente una comparación, en exposición propia e independiente, un plus respecto del «interés general»”. Ese plus se ha de ver en cada caso concreto.

Esta argumentación nos sirve en nuestro estudio. Considerando la defensa y la seguridad nacional como un interés público superior, es comparativamente superior al interés general o interés público, que conlleva un plus de protección y atención por parte de los poderes públicos. En este sentido, se entiende la prioridad que tiene sobre la protección del medio ambiente, al menos en lo referente a nuestro estudio, a saber, como causa de resolución del contrato entre Gobiernos.

Pero no es la única norma que parece dar prioridad a la defensa y seguridad nacional como interés público, frente a la protección del medio ambiente o la sostenibilidad ambiental. Las propias normas medioambientales así parecen asumirlo también. Comenzando por una reciente, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, excluye de su aplicación “los equipos, sistemas de armas, instalaciones y actividades cuyo propósito sea la protección de los intereses esenciales de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública” (DA Primera). En el mismo orden, la LPNB, en su DA Duodécima, expone que cuando en los Planes de Ordenación de Recursos Naturales y en planes para los Espacios Naturales Protegidos y Espacios protegidos Red Natura 2000, “resulten afectados terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectos a la Defensa Nacional, se recabará informe del Ministerio de Defensa, que tendrá carácter vinculante en lo que afecta a la Defensa Nacional”. Incluso el art. 8 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, excluye de la evaluación ambiental estratégica los planes y programas que tengan como objeto la defensa nacional. También se precisa de informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Defensa para el caso de evaluaciones de proyecto, y de actuaciones administrativa medioambientales, en que caso de que este “incida sobre zonas declaradas de interés para la Defensa Nacional y terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectos a la Defensa Nacional” (art. 37.2. h) y Disposición adicional decimoséptima).

Como vemos, las normas medioambientales, ceden en su aplicación cuando el interés público de defensa nacional o de seguridad, está envuelto, o puede entrar en contradicción.

Por último, no quiero dejar de mencionar el art. 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Este artículo se concibió como una excepción a la aplicación de las

²³ Recurso de Casación 5727/2017, Sala 4ª, sección 5ª (CENDOJ 28079130052020100066, Roj: STS 884/2020 - ECLI:ES:TS:2020:884).

normas de la Unión Europea en materia de Defensa y Seguridad. El art. 346.2 letra b), dice que las disposiciones del Tratado no impedirán que todo Estado miembro pueda “adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; 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”.

En aplicación de esta previsión, se puede argumentar que, siempre que el objeto del contrato entre Gobiernos se encuentre entre los previstos en ese artículo, y la que la medida sea necesaria para la protección del interés de seguridad del Estado, pueden no aplicarse el resto de las disposiciones del TFUE²⁴. Entre ellas las que regulan las exigencias de protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible (arts. 11 y 191 y siguientes TFUE)²⁵.

Si a nivel europeo cede un interés frente a otro, cabe esperar que a nivel nacional ocurra lo mismo. Y sumado eso a todo lo antedicho, es la conclusión a la que se llega. Cuando a la hora de decidir por parte del Gobierno, la resolución total o parcial de un contrato en aplicación del art. 3.3 del Real Decreto 33/2014, se encuentre contrapuestos el interés público medioambiental y el interés público de defensa y seguridad, el Gobierno podrá decantarse por priorizar el interés público y de defensa.

Siendo todo ello así, no debemos tampoco olvidar, y por ello queremos apuntarlo aquí, una realidad cada vez más clara para todos. Y es que como apunta FUENTE COBO²⁶, “No resulta, por tanto, descabellado afirmar que las consecuencias del cambio climático pueden adquirir un carácter de amenaza nacional debido al impacto brutal que puede ocasionar sobre el modo de vida y la propia civilización en España [...]”. Es decir, que el medio ambiente pasa a ser -ya está siendo- un aspecto de suma importancia también en lo que tiene que ver con los intereses militares, de defensa nacional.

Y en ese marco de circunstancias, las Fuerzas Armadas están llamadas a tener un papel importante. Siguiendo de nuevo lo expuesto por FUENTE COBO, por ser clarificador: “En este entorno, las Fuerzas Armadas españolas pueden estar llamadas a desempeñar, a semejanza de lo que ya ocurre y, previsiblemente ocurrirá de una manera más acentuada en el futuro en otras latitudes geográficas, un papel más relevante en ciertas tareas

²⁴ Sobre la exclusión del art. 346 TFUE, en el ámbito concreto de los contratos de Defensa y Seguridad, y en especial sobre las condiciones de aplicabilidad, véase HUERTA BARAJAS, J. A. “El Artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación...” op. cit. 57 a 64, y AVENTIN FONTANA, V., “Actualización del test de aplicabilidad del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el contexto normativo y jurisprudencial actual”, *Documento de Trabajo 02/2017: La Contratación y el Artículo 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea*, Ed. CESEDEN, págs. 72 a 88, que hace un repaso sobre lo dicho al respecto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

²⁵ Y también las previsiones de la LCSP sobre medio ambiente y desarrollo sostenible que esta incluya, en aplicación del art. 5.1 y del art. 19.2 b) LCSP, o las de la propia LCDS (art. 7.1.b).

²⁶ FUENTE COBO, I., “Intereses que afectan a la vida, el bienestar y la seguridad de los españoles” en *Evolución del concepto de interés nacional*, Ed. CESEDEN, Madrid, 2010, págs. 131 a 135.

relacionadas con el cambio climático, la protección medioambiental y la gestión de catástrofes”²⁷.

Por ello, si bien la defensa nacional y los intereses de seguridad, vendrían siendo prioritarios a la hora resolver o no un contrato entre Gobiernos de los regulados en el Real Decreto 33/2014, frente a la protección del medio ambiente, considero que en todo caso de ha de intentar, primeramente, una conjugación de ambos intereses, y solo en el caso de esta no sea posible, el Gobierno podrá tomar la determinación de no resolverlo en detrimento de la protección de medio ambiente. Y la razón se ha expuesto. No es posible separar del todo el interés nacional de seguridad y defensa del interés público en la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible, pues cada vez irán más coaligados. Y como se ha apuntado, las Fuerzas Armadas, diría el conjunto de la Administración militar y de defensa y seguridad, contribuirán -y contribuyen- a la consecución de ambos, también en su actividad contractual.

No será así en el caso de otros intereses públicos, como el interés público social o laboral del contrato, entre otros. Cuando la protección de medio ambiente colisione con la protección de otro interés público, distinto al de la defensa nacional -o de seguridad-, la ponderación deberá hacerse bajo otros parámetros distintos, sin estar tan clara la prioridad.

3.- PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ENTRE GOBIERNOS

En la norma que regula el contrato, el Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, pocas previsiones nos encontramos sobre el procedimiento de resolución del contrato. Tampoco en la Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo, por la que se dictan normas para la aplicación del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que se limita en este extremo a replicar lo que dice el Real Decreto que desarrolla.

Tampoco en la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, donde este contrato tiene su regulación legal básica. Lo que sí hace esta ley, en concreto en su art. 11.9, es remitir al hoy derogado art. art. 223,g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), que recoge como causa de resolución del contrato “la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato [...]”. Pero esta remisión, no se hace en relación a la resolución del contrato entre Gobiernos, sino a la relación contractual subyacente entre la

²⁷ FUENTE COBO, I., “Intereses que afectan a la vida, el bienestar y la seguridad...” op. cit., pág. 135, donde además ejemplifica esta afirmación, al decir: “Algunas de estas tareas, incluidas en el ámbito de la seguridad interior, se relacionan con el control de espacios naturales, la defensa contra el terrorismo de carácter ecológico, la protección civil, o la primera respuesta en la asistencia de emergencia. La elaboración de planes y el establecimiento de estructuras operativas y procedimientos para participar en estos cometidos deben ser contemplados como una forma de rentabilizar en tiempo de paz, los recursos humanos y materiales con que cuenta el Estado”.

administración española y el operador económico que ha de llevar a cabo la prestación, pues regula el contrato en representación del Gobierno extranjero²⁸.

Por ello, debemos preguntarnos cuál es el procedimiento de resolución total o parcial del contrato entre Gobiernos en el ámbito de la defensa y la seguridad. Pues bien, en primer lugar, diremos que se aplica el régimen que el propio contrato contenga, en caso de hacerlo.

El art. 3.1. c) del Real Decreto 33/2014, expone que el contrato deberá contener de forma obligatoria el régimen jurídico que se aplicará (en relación con su art. 3.2), que incluirá el régimen sobre resolución del contrato. Y el art. 3.2 de la Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo, también recoge como contenido obligatorio, las causas de resolución del contrato.

Además, según lo recogido por el art. 3.3 Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo, recoge la necesidad de que en el documento contractual se definan “las causas de interés público y los efectos de la resolución del contrato”.

En la LCSP, nos encontramos una disposición referente al procedimiento de resolución del contrato, siendo que este se enumera como una de las prerrogativas de la administración (art. 190), pero que requiere un procedimiento concreto, con audiencia al contratista, con informe previo de los servicios jurídicos, y en caso de oposición, dictamen del Consejo de Estado (art. 191).

¿Es igualmente aplicable este procedimiento a la resolución de los contratos entre Gobiernos en el ámbito de la defensa? A mi juicio no. La razón estriba en la propia especialidad del contrato, por la materia, y por los contratantes. De hecho, la regulación de este contrato recoge como elemento del contrato, la manera y foro donde resolver las discrepancias entre las partes contratantes, (art. 3.1 b) del Real Decreto 33/2014, de 26 de diciembre).

Entiendo que en vista de que el contrato debe tener su propio régimen jurídico, y debe establecer su forma de resolver los conflictos, se excluye la aplicación directa o automática de lo recogido en los arts. 190 y 191 LCSP. Ello no impide que el contenido de contrato recoja esta regulación como aplicable. Pero será porque lo diga así el contrato, no como aplicación directa de la norma.

Por último, una apreciación sobre el órgano que toma la decisión de resolver el contrato. Y tanto el art. 3.3 del Real Decreto 33/2014, de 26 de diciembre, como el art. 3.3 de la Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo, dicen de forma clara que es el Gobierno de España.

²⁸ En los contratos entre Gobiernos se dan dos relaciones jurídicas contractuales. Una entre los Gobiernos, que es el contrato entre Gobiernos en materia de defensa y seguridad, en puridad. Otra, ente el Gobierno de España en representación y por cuenta del gobierno extranjero y el operador económico que ha de llevar a cabo la prestación (arts. 6, 8.1. a) y 11 Ley 12/2012, de 26 de diciembre). Véase HUERTA BARAJAS, J. A. “El Artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación...” op. cit. 55.

El Gobierno de España es un órgano constitucional muy concreto. Constitucionalmente se compone del Presidente, de los Vicepresidentes de haberlos y de los Ministros (art. 98.1 CE y art. 1.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno). Por lo tanto, se reserva a este órgano colegiado la toma de decisión sobre la resolución, de darse los presupuestos para ello. La razón tendrá que ver con el elemento internacional de contrato, y con el objeto de aquel. El acuerdo de resolución debe ser en todo caso un acuerdo motivado, justificado en una razón de interés público.

IV.- BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA GALLO, P., “*El interés general como principio inspirador de las políticas*”, públicas Revista General de Derecho Administrativo, núm. 41/2016
- ABRIL MARTÍNEZ, J., “Los contratos gobierno a gobierno en materia de defensa”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 38/2014
- AVENTIN FONTANA, V., “Actualización del test de aplicabilidad del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el contexto normativo y jurisprudencial actual”, *Documento de Trabajo 02/2017: La Contratación y el Artículo 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea*, Ed. CESEDEN
- AA.VV, *Evolución del concepto de interés nacional*, Ed. CESEDEN, Madrid, 2010
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Documentación Administrativa*, núm. 4/2017
- FUENTE COBO, I., “Intereses que afectan a la vida, el bienestar y la seguridad de los españoles” en *Evolución del concepto de interés nacional*, Ed. CESEDEN, Madrid, 2010
- GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. “Mercado único y protección ambiental”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 19/2018 (extra)
- HUERTA BARAJAS, J. A. “El Artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa”, *Documento de Trabajo 02/2017: La Contratación y el Artículo 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea*, Ed. CESEDEN
- MEILÁN GIL J. L., “*Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español*”, AyC Revista de Derecho Administrativo y Constitucional, núm. 40/2010 (abril – junio)
- MEILÁN GIL, J. L., “*Unidad del contrato público e interés general: itinerario de una investigación*”, Revista General de Derecho Administrativo, núm. 48/2018
- MEILÁN GIL, J. L. “*El contrato público determinado por el interés general*”, Revista de la Facultad de Derecho de México, núm. 271/2018
- PERNAS GARCÍA, J. J. *Contratación pública verde*, Ed. La Ley, Madrid, 2012
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El interés general y el Derecho Administrativo”, en *Revista Federal de Derecho*, número 4/2019 (mayo)