

El desplazamiento de la normativa contractual nacional por parte del Instrumento de Contratación Internacional de la Unión

10/06/2022

Javier Esteban Ríos

El pasado mes de junio, como se puso de manifiesto en este mismo [Observatorio](#), tenía lugar la aprobación del Reglamento (UE) 2022/1031, más comúnmente conocido como Instrumento de Contratación Internacional (ICI).

Dicho Instrumento de Contratación Internacional pretende reforzar la posición de los operadores, bienes y servicios de la Unión a la vista de que, en la actualidad, los mismos experimentan notables dificultades para el acceso a ciertos mercados de contratación pública internacional.

Esta finalidad se alcanza a través de la adopción, por parte de la Comisión Europea, de medidas restrictivas que afectan a los operadores, bienes y servicios originarios de los Estados terceros que fijan trabas. Dichas medidas restrictivas pivotan, esencialmente, sobre la aplicación de penalizaciones a las ofertas que presenten los operadores extranjeros concernidos, que podrán alcanzar hasta un 50 % -o incluso un 100 % si el único criterio valorado es el precio. Igualmente, y como medida todavía más severa, también se prevé la directa exclusión de las ofertas presentadas por dichos operadores. Por otra parte, quien resulte adjudicatario -con independencia de su origen- no podrá subcontratar más del 50 % del valor del contrato con operadores de Estados sometidos a restricciones, y no podrá incluir en bienes o servicios de dichos Estados por más del 50 % del valor total del contrato¹.

Estas rigurosas medidas pretenden mejorar la reciprocidad contractual, brindando una solución uniforme a nivel de la Unión, a fin de evitar la adopción de represalias fragmentarias por los distintos Estados miembros. No obstante, las mismas no se aplican a cualquier licitación pública, existiendo diversas exclusiones a su ámbito de aplicación, tanto subjetivas, como objetivas y económicas.

Por una parte, las medidas contenidas en el Instrumento de Contratación Internacional no se refieren a licitaciones de cualquier ente contratante. Al contrario, dichas medidas se aplicarán únicamente a los procedimientos de contratación desarrollados por sujetos que tengan la condición de poder adjudicador o de entidad adjudicadora, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa de la Unión². En consecuencia, otros sujetos distintos de los anteriores quedarían exentos, como acontece en el caso español para los entes del sector público que no cumplen los requisitos para tener la condición de poder adjudicador.

A su vez, las medidas vinculadas al Instrumento de Contratación Internacional se aplicarán exclusivamente para contratos que superan, de largo, los importes armonizados. Así, los valores

estimados mínimos que permiten ejecutar restricciones por parte de la Unión son de 15.000.000 de euros, en el caso de obras y concesiones, y de 5.000.000, en el caso de suministros y servicios.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que las medidas propias del ICI no se aplican frente a licitadores, bienes o servicios originarios de Estados que sean parte del Acuerdo de Contratación Pública o de otro acuerdo comercial de la Unión, siempre y cuando nos encontremos ante procedimientos de contratación efectivamente cubiertos por dichos acuerdos³. De igual manera, tampoco se afectará a países menos desarrollados integrados en el régimen “Todo menos armas”, que abarca a diversos Estados asiáticos y africanos⁴.

Habida cuenta de estas relevantes exclusiones de su ámbito de aplicación, se plantearía la cuestión de si los Estados miembros pueden establecer medidas diferentes en las áreas no abarcadas por el Instrumento de Contratación Internacional -o bien acordar por reenvío la aplicación de las propias del Instrumento de Contratación Internacional. Por ejemplo, podría pensarse en la fijación de restricciones propias por debajo de los umbrales comunitarios o en relación con entes públicos que no cumplan los requisitos para ser poderes adjudicadores.

Para responder a esta cuestión va a ser esencial conocer qué tipo de competencia está ejecutando la Unión Europea. Si se tratase de una competencia compartida -como la vinculada al reforzamiento del mercado interior- la aplicación principio de subsidiariedad permitiría que la acción de la Unión se limitase a la consecución de objetivos que no pueden lograr los Estados miembros por sí solos, de modo que dichos Estados miembros tendrían la posibilidad de ejecutar políticas nacionales en los espacios no cubiertos por la Unión⁵.

Sin embargo, en relación con el ICI, la Unión ha hecho uso de una competencia de carácter exclusivo, como es la vinculada a la política comercial común, prevista en el artículo 3, apartado 1, letra e), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Política comercial común que abarcaría las medidas de protección comercial, entre las que se insertaría las respuestas frente a los licitadores, bienes o servicios de Estados que plantean restricciones frente a la Unión⁶.

Al tratarse de una competencia exclusiva se descarta la aplicación de principio de subsidiariedad, de modo que solamente la Unión puede legislar en la materia, sin perjuicio de que la ejecución de las normas comunitarias corresponda a las autoridades nacionales⁷. En estos ámbitos, las vías para que los Estados miembros puedan ejercer funciones normativas son muy limitadas. Por una parte, la Unión puede facultarles específicamente para ello, cosa que no ha ocurrido en el Reglamento (UE) 2022/1031. Por otro lado, cabe la regulación nacional de forma transitoria, en tanto en cuanto no se haya producido el ejercicio efectivo de la competencia exclusiva por la Unión. Sin embargo, una vez la Unión ha procedido a hacer uso de sus legítimas competencias exclusivas, el espacio ocupado transitoriamente por los Estados miembros desaparece.

A falta de la concurrencia de alguna de estas excepciones se llegaría a una radical conclusión, como es el desplazamiento de toda la legislación interna que, hasta la fecha, venía disciplinando la participación en las licitaciones de los operadores, bienes y servicios de Estados terceros. Y ello incluso para aquellas licitaciones no cubiertas directamente por el Instrumento de Contratación Internacional.

Esta orientación se ve confirmada expresamente por la Comisión Europea quien, en una [declaración específicamente vinculada al Instrumento de Contratación Internacional](#), ha dispuesto solemnemente que *“los Estados miembros y sus entidades y poderes adjudicadores no adoptarán ni mantendrán ninguna medida legislativa o de otro tipo de aplicación general que regule el acceso de los operadores económicos, productos y servicios de terceros países más*

allá de las que se aplican de conformidad con el presente Reglamento y con otros actos legislativos de la Unión⁸".

La Comisión se muestra totalmente tajante respecto de las posibilidades de intervención de los Estados miembros. Sin embargo, su implementación de máximos parece contravenir la finalidad pretendida por el Reglamento (UE) 2022/1031, centrada en la evitación de la competencia desleal y el fomento de la reciprocidad respecto de otros Estados extranjeros. Así, por debajo de los umbrales económicos previstos o en relación con los sujetos no cubiertos, se produciría una apertura total, con inaplicación de las disposiciones que regían hasta la fecha. En el caso de España puede destacarse el desplazamiento de las disposiciones sobre reciprocidad contenidas en el artículo 68 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

Esta inaplicación sería especialmente controvertida en el lapso de tiempo que media entre la entrada en vigor del Instrumento de Contratación Internacional y la efectiva aprobación de las medidas restrictivas amparadas por el mismo. Y es que, durante este periodo, la legislación interna se habrá visto desplazada, pero tampoco regirá restricción comunitaria alguna, por lo que se abre una oportunidad para la indeseada penetración de operadores o prestaciones de origen extranjero.

Habida cuenta de lo anterior, en mi opinión, hubiera sido deseable que la respuesta común europea hubiese previsto expresamente la posibilidad de que los Estados miembros mantuviesen políticas de protección individuales en los ámbitos no cubiertos, o que, en su defecto, dicha respuesta uniforme se hubiese extendido a cualquier licitación pública.

Por lo demás, debe recordarse que los Estados miembros no se ven completamente desapoderados en lo que se refiere a la promoción de la reciprocidad contractual. A este respecto, los mismos mantienen una herramienta relevante, aunque de naturaleza indirecta. Me refiero a la posibilidad de configurar los pliegos de modo que los mismos condicionen el acceso de operadores, bienes y servicios originarios de Estados con procesos productivos no sometidos a los mismos requisitos vigentes en el mercado interior. Y ello a través de la exigencia de elevados niveles de calidad o del fomento de la utilización de factores medioambientales, sociales y laborales.

En cualquier caso, la aprobación del Instrumento de Contratación Pública afecta directamente a los empleados públicos dedicados a la contratación pública, quienes deberán conocer su alcance y modificar los pliegos y prácticas administrativas a fin de adaptarse a los relevantes cambios que se plantean. Así, parece que no cabrá exigir a los operadores extranjeros la tradicional acreditación de que en el Estado de procedencia se admite la participación de empresas españolas en forma sustancialmente análoga. Frente a estos operadores económicos únicamente podrán oponerse las medidas restrictivas que al efecto adopte la Comisión Europea.

=====

¹En caso de estas obligaciones impuestas a los adjudicatarios se prevé la controvertida posibilidad de incumplir mediante el pago de una penalidad de entre el 10 y el 30 % del valor del contrato, de acuerdo con el artículo 8.1.d) del Reglamento (UE) nº 2022/1031.

²Así, el artículo 1.2 del Reglamento (UE) 2022/1031 dispone que el mismo se aplica a los procedimientos de contratación pública relativos a la Directiva 2014/23/UE, la Directiva 2014/24/UE, y la Directiva 2014/25/UE, cuyos ámbitos subjetivos alcanzan a poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras. Igualmente, al regular las medidas restrictivas que pueden adoptarse por la Unión, el artículo 6.8 del Reglamento (UE) 2022/1031 alude a su aplicación a poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras.

³En estos casos, se estará a los medios de consulta y resolución de controversias que se hayan previsto expresamente al efecto.

⁴Países contenidos en los Anexos del Reglamento (UE) n° 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas.

⁵Principio de subsidiariedad contenido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea.

⁶El concreto alcance de las competencias en sede de política comercial común se establece en el artículo 207 del TFUE, pudiendo recurrirse para un mayor detalle a lo dispuesto en el Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia, de 16 de mayo de 2017. En cualquier caso, la vinculación de las medidas sobre acceso de operadores, bienes y servicios extranjeros a las licitaciones públicas se integran dentro de la política comercial común se pone de manifiesto expresamente en el considerando n° 3 del Reglamento (UE) 2022/1031.

⁷Para atender a las características propias de las competencias exclusivas, y al desplazamiento del poder nacional que las mismas implican, puede consultarse MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, JOSÉ (2002): La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, pp. 343-391, o MANGAS MARTÍN, ARACELI (2020): “Las competencias de la Unión Europea” en MANGAS MARTÍN, ARACELI y LIÑÁN NOGUERAS, DIEGO J. (Aut.), *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, pp. 72-89.

⁸Así, la *Declaración de la Comisión sobre competencia exclusiva relativa al Reglamento UE 2022/1031 del Parlamento Europeo y del Consejo* (2022/C 248/02)

Entre los otros actos legislativos de la Unión en la materia, podría hacerse referencia a los artículos 85 y 86 de la Directiva 2014/25/UE.