



CORTES GENERALES

DICTAMEN MOTIVADO 1/2012 DE LA COMISIÓN MIXTA PARA LA UNIÓN EUROPEA, DE 6 DE MARZO DE 2012, SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD POR LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN (TEXTO PERTINENTE A EFECTOS DEL EEE) [COM (2011) 897 FINAL] [2011/0437 (COD)] {SEC (2011) 1588 FINAL} {SEC (2011) 1589 FINAL}.

ANTECEDENTES

A. El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anejo al Tratado de Lisboa de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, ha establecido un procedimiento de control por los Parlamentos nacionales del cumplimiento del principio de subsidiariedad por las iniciativas legislativas europeas. Dicho Protocolo ha sido desarrollado en España por la Ley 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo. En particular, los nuevos artículos 3 j), 5 y 6 de la Ley 8/1994 constituyen el fundamento jurídico de este informe.

B. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión (Texto pertinente a efectos del EEE) [COM (2011) 897 final] [2011/0437 (COD)] {SEC (2011) 1588 final} {SEC (2011) 1589 final}, ha sido aprobada por la Comisión Europea y remitida a los Parlamentos nacionales, los cuales disponen de un plazo de ocho semanas para verificar el control de subsidiariedad de la iniciativa, plazo que concluye el 7 de marzo de 2012.

C. La Mesa y los Portavoces de la Comisión Mixta para la Unión Europea, el 15 de febrero de 2012, adoptaron el acuerdo de proceder a realizar el examen de la iniciativa legislativa europea indicada, designando como ponente al Diputado D. José López Garrido, y solicitando al Gobierno el informe previsto en el artículo 3 j) de la Ley 8/1994.

D. Se han recibido escritos del Parlamento Vasco, de las Cortes de Aragón y de la Asamblea de Extremadura, en los que no se cuestiona el respeto del principio de subsidiariedad por la iniciativa legislativa europea examinada.

E. La Comisión Mixta para la Unión Europea, en su reunión celebrada el 6 de marzo de 2012, aprobó el presente

DICTAMEN



CORTES GENERALES

1.- El artículo 5.1 del Tratado de la Unión Europea señala que *“el ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”*. De acuerdo con el artículo 5.3 del mismo Tratado, *“en virtud del principio de subsidiariedad la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”*.

2.- La base jurídica de la propuesta legislativa analizada consiste en invocar los principios generales contenidos en el artículo 53, apartado 1, *“coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio”* y en los procedimentales de los artículos 62 y 114 *“aproximación de las disposiciones legales para armonizar el mercado interior”* del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

3.- Se justifica la acción por parte de la Comisión en que en la actualidad la adjudicación de concesiones de servicios está sujeta únicamente a los principios del Tratado (igualdad de trato, no discriminación, transparencia y proporcionalidad), mientras que las concesiones de obras (con excepción del sector de los servicios públicos) están reguladas también parcialmente por diversas disposiciones de Derecho derivado. Los contratos públicos, en cambio, están sujetos a disposiciones detalladas de Derecho derivado (que regulan tanto los sectores clásicos como los de servicios públicos). En base a ello, entiende que existe una situación caracterizada por la inseguridad jurídica, las barreras de acceso al mercado y la falta de garantías judiciales apropiadas para los licitadores que tiene su origen en la falta de claridad de las normas de la Unión Europea que regulan las concesiones.

Se afirma que el objeto de la iniciativa legislativa europea es crear un marco que favorezca un uso más amplio de las concesiones, contribuyendo así al crecimiento económico y a la innovación. La iniciativa se centrará en soluciones que permitan mejorar la calidad y la accesibilidad de muchos servicios social y económicamente importantes facilitando las inversiones e incrementando la competencia en la adjudicación de las concesiones, lo cual creará más oportunidades comerciales para las empresas de la Unión Europea y promoverá la innovación.

La propuesta se presenta en paralelo a otras dos propuestas de revisión de las Directivas sobre contratación pública actualmente vigentes.

4.- Desde el punto de vista presupuestario, la propuesta no tiene repercusiones presupuestarias.



CORTES GENERALES

5.- La propuesta afecta a un ámbito que es competencia compartida de la Unión Europea y los Estados miembros, por lo que se aplica el principio de subsidiariedad.

Conviene no perder de vista que en aplicación del principio de subsidiariedad se considera excepcional la intervención de la Unión en las materias que no sean de su competencia exclusiva, estableciendo que sólo intervendrá en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Por tanto y en virtud de esa consideración excepcional que se atribuye a la acción de la Unión, debe ser ésta quien justifique con el mayor grado posible de información, detalle y argumentos la existencia de un problema que afecte a los principios básicos del ordenamiento jurídico Europeo (no discriminación, transparencia, mercado interior y competencia), y además que la acción propuesta en su contenido y en su forma no excede de lo necesario para alcanzar el contenido de los Tratados, es decir, que tampoco vulnere el principio de proporcionalidad.

Se ha de recordar como antecedente indispensable para el supuesto que nos ocupa, que en fecha tan reciente como el día **25 de octubre de 2011 se produjo la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Modernización de la Contratación Pública**, en la que se hacen afirmaciones categóricas:

“Subraya la exclusión de las concesiones de servicios del ámbito de las normas europeas relativas a la contratación pública; reitera que ha de tenerse debidamente en cuenta tanto la complejidad de los procedimientos como las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de cultura y práctica jurídicas con respecto a la concesión de servicios.” e insiste en que **“una propuesta de acto legislativo relativo a la concesión de servicios sólo estaría justificada si tiene por objeto corregir posibles distorsiones del funcionamiento del mercado interior; resalta que, a día de hoy, no se ha observado ninguna distorsión de este tipo y que un acto legislativo relativo a la concesión de servicios será, por lo tanto, innecesario si no persigue una mejora evidente del funcionamiento del mercado interior.”**

Añade además, que **“a menudo existe la percepción de que las Directivas son demasiado detalladas y cada vez más técnicas y complejas y de que, al mismo tiempo, el riesgo legal de incumplimiento ha aumentado considerablemente tanto para las autoridades contratantes como para los proveedores”**

No parece que en el escaso tiempo transcurrido haya podido modificarse el contundente criterio del Parlamento Europeo, con el que coincidimos plenamente.



CORTES GENERALES

6.- En lo que respecta a la fundamentación material o de hecho, esto es la existencia de posibles distorsiones del mercado interior, no encontramos datos en nuestro entorno que nos permita afirmar la existencia de un problema real que deba ser tenido en cuenta para obligar a una actuación de este calado.

Argumenta la Comisión que existe falta de seguridad jurídica derivada de la mala definición de este tipo de contratos por lo que se hace difícil distinguir entre concesiones y contratos públicos, así como entre concesiones de obras y concesiones de servicios. Sin embargo, la normativa vigente en nuestro país en relación con la contratación pública es sumamente prolija tanto en el ámbito del legislador nacional como en el autonómico e igualmente dentro de las normas con rango de Ley como de Reglamento y está claramente inspirada en el Derecho comunitario.

Tanto la Ley 34/2010, de 5 de agosto, por la que se modifican las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público como el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público está plenamente inspirados en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios. Disposición que, al tiempo que refunde las anteriores Directivas, introduce numerosos y trascendentales cambios en esta regulación y supone un avance cualitativo en la normativa europea de contratos, permitiendo que por primera vez se hable de un verdadero mercado de contratación pública unificado.

Lo sorprendente es que al analizar un amplio número de respuestas a la consulta evacuada por la Comisión para la Evaluación de Impacto en cuyo contenido pretende basarse para fundamentar la existencia de un problema de mercado, la mayoría de las instituciones públicas se muestran abiertamente en contra de esta nueva regulación y afirman disponer de un marco jurídico que garantiza suficientemente los principios de transparencia, igualdad y competencia, afirmando que las leyes que rigen estos contratos son claras y legibles, y que no sólo no se ha detectado la necesidad de intervención por parte de la Comisión, si no que ni siquiera se identifica la existencia del problema. (Véase por ejemplo los cuestionarios del Ministerio de Comercio Exterior de Portugal, el remitido por la Convención de Autoridades Locales Escocesas, o con carácter más genérico pero no menos contundente, la respuesta ofrecida por el Consejo de los Municipios y Regiones de Europa).

No se justifica el argumento de falta de seguridad jurídica.

7.- Considera la Comisión al evaluar el impacto de la propuesta, que las diferencias entre los regímenes jurídicos nacionales en cuanto al ámbito de aplicación de las normas sobre la adjudicación de concesiones, los distintos niveles de publicación, las diferentes



CORTES GENERALES

normas sobre transparencia, la variedad de procedimientos, y múltiples criterios de selección y adjudicación, constituyen una auténtica barrera de acceso al mercado.

Resulta obligado recordar de nuevo la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2011, cuando advierte que “ha de tenerse debidamente en cuenta tanto la complejidad de los procedimientos como las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de cultura y práctica jurídicas con respecto a la concesión de servicios”, y recordarlo además, desde la certeza que dicha advertencia del Parlamento se hace desde la óptica del punto 2º del Artículo 4 del Tratado de la Unión Europea, que afirma que la Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional.

Por tanto, lo que la propuesta identifica como un problema no es más que la realidad jurídica y cultural diversa de los países que forman la Unión, que debe ser objeto de respeto en tanto en cuanto no suponga una auténtica barrera al mercado, aspecto este que está lejos de quedar acreditado.

El tercer aspecto que según la Comisión caracteriza el problema de la situación es la falta de garantías judiciales apropiadas para los licitadores, privándoles del acceso a las vías de recurso en el ámbito de la contratación pública. Tampoco aquí hemos sido capaces de encontrar en la legislación española cláusulas que restrinjan el acceso a la tutela judicial efectiva para que las partes implicadas en un contrato de concesión diriman sus diferencias ante los Tribunales.

Esta Comisión Mixta entiende que corresponde a la Comisión Europea fundamentar las razones que la llevan a proponer que una competencia compartida sea ejercida por la Unión Europea, y las mejoras que esta acción supondrán en el futuro. Por el contrario, no se encuentra acreditación suficiente de la existencia real de un problema de mercado ni se llegan a vislumbrar las ventajas que esta acción reportaría al conjunto de la Unión. En la medida en que no se justifica tan excepcional medida para que esta competencia compartida sea ejercida por la Unión Europea, la Comisión Mixta no puede informar positivamente sobre la conformidad de la iniciativa con el principio de subsidiariedad.

CONCLUSIÓN

Por los motivos expuestos, la Comisión Mixta para la Unión Europea entiende que la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Comisión Europea incumple el principio de subsidiariedad establecido en el vigente Tratado de la Unión Europea, que exige para la intervención de la Unión la plena justificación de que los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados por los Estados miembros, ni en sus niveles regional y local.