

DR 29 257

Hay que destacar que el Real Decreto de 2 de mayo de 1986 ha ampliado notablemente el ámbito del contrato de suministro, ya que éste ahora comprende toda clase de muebles, exceptuándose solamente la adquisición de propiedades incorpóreas y los títulos representativos de capital, ya que estos son considerados de naturaleza civil y, por tanto, regulados por la Ley de Patrimonio del Estado. Las modificaciones más sustanciales que se han realizado en la norma que analizamos respecto a estos contratos es que se ha introducido una nueva forma de adjudicación, la subasta, para adoptar nuestra legislación a las comunidades europeas. De acuerdo con esta normativa, la Administración podrá utilizar la subasta en todas las adquisiciones de escasa cuantía o en las que los productos a adquirir estén perfectamente definidos.

Por estar normalizado y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, en los restantes casos se podrá acudir al concurso como norma general. Tanto para la subasta como para el concurso, el procedimiento de licitación podrá ser abierto o restringido, lo que constituye una innovación en el régimen jurídico del contrato administrativo de suministro, que ha sido introducida por el Real Decreto Legislativo de Adaptación al Derecho Comunitario. El procedimiento abierto, todo interesado puede presentar una proposición, mientras que en el restringido solo podrán presentar proposiciones los empresarios seleccionados expresamente por la Administración previa a solicitud de los mismos.

Cuando la cuantía del contrato sea igual a superior a 140.000 unidades de cuenta europea y va excluido la licitación, habrá de publicarse en el diario oficial de las comunidades europeas y estará permitido, en este caso, acudir al procedimiento restringido. La publicación del anuncio de licitación en el diario oficial de las comunidades europeas no será necesaria en los siguientes casos. Primero, los convocados por organismos que gestionen servicios de transporte o de producción, conducción e distribución de agua, de energía o de telecomunicaciones.

Segundo, los que se deriven de un acuerdo internacional con Estados ajenos a la comunidad, si se destinan los suministros a la realización o explotación en común de una obra pública. Tercero, los que sean consecuencia de un acuerdo internacional para el estacionamiento de tropas y concedientes a empresas de otro Estado. Cuarta, los convocados mediante un procedimiento específico con un organismo internacional.

Y quinta, los que sean consecuencia de la aplicación de las exposiciones de los artículos del Tratado de Roma, en los que se establecen excepciones a la libre circulación de mercancías por razones de orden público, moralidad y seguridad pública, protección de la salud o del patrimonio artístico, o por afectar a los intereses esenciales de la seguridad. Las innovaciones que se han introducido por el Real Decreto Legislativo, repetidamente citado, son de poca entidad, ya que la subasta va a tener una incidencia muy escasa al afectar tan solo a las

adquisiciones de reducida cuantía o a los bienes que estén normalizados. Por lo que respecto a los supuestos de contratación directa, aunque han sido muy retocados, son similares a los que se venían aplicando.

Para concluir, diremos que esta normativa comentada es aplicable al Estado, comunidades autónomas, entidades locales y organismos autónomos, ya que tienen el carácter de legislación básica, afecto del artículo 149 de la Constitución. Pasamos al siguiente tema. En una sociedad como la nuestra, el régimen económico vigente es el de libre de mercado, lo que implica una competencia entre los diferentes sujetos de este mercado.

Es el Código Penal quien establece las pautas para la protección de la competencia libre, y sobre esto nos hablará a continuación el profesor José María Estampa Brown. Buenas noches, profesor Estampa. Buenas noches.

¿Nos podría explicar por qué el derecho penal defiende o protege la competencia libre? El derecho penal acude en defensa de los ciudadanos cuando se realizan conductas especialmente disfuncionales para la convivencia social. Lo mismo que prohíbe que alguien atente contra la vida de otro, o contra la propiedad de otro, o contra el honor ajeno, pues cuando llega el momento intenta que no se distorsionen los precios naturales de las cosas, que es una de las pautas o de los objetivos de la economía libre de mercado. Usted sabe muy bien que los precios se pueden formar en virtud de la ley de la oferta y de la demanda, o por un dirigismo o un intervencionismo estatal.

Esa economía dirigida, propia de países normalmente no democráticos, es distinta de la economía libre de mercado, la cual forma los precios de los productos, de las cosas, de los bienes, de los servicios, en función, repito, de la oferta y de la demanda. Y lo que se pretende es que el derecho penal impida el que prácticas restrictivas de la libre competencia determinen que los precios sean diferentes a los que tendrían que ser en perjuicio fundamentalmente del consumidor. Y como se considera que estas prácticas restrictivas no pueden prevalecer en una sociedad civilizada y en un estado de derecho, por eso sale al paso de intentar evitarlas el derecho penal.

¿Esto de la protección de la competencia libre es un poco luchar contra los monopolios? Luchar contra los monopolios y contra muchas más cosas. Mire, procede fundamentalmente del Tratado de Roma, que como sabe es una especie de constitución del mercado común europeo al cual estamos nosotros plenamente incorporados ya. El Tratado de Roma dicta una serie de preceptos tendentes a que las grandes empresas o los grandes productores de bienes, de consumo, de servicios, no puedan ejercer lo que se llama una posición de predominio en el mercado o una posición de abuso en el mercado.

Si mañana, por ejemplo, los fabricantes de automóviles se ponen de acuerdo y entre ellos conviene el que los precios de cada unidad que fabrican van a subir igual, están impidiendo que uno se haga la competencia al otro. ¿Qué hacen? Pues es una especie de asociación, una especie de práctica, abusando de su posición de dominio en el mercado para impedir que un

coche, por ejemplo, sea más barato que el otro. Y esto se consigue no sólo con posiciones de abuso del dominio en el mercado, sino, por ejemplo, impidiendo que un determinado fabricante intervenga en una zona geográfica reservada a otro.

De tal manera que entre ellos dicen la zona norte para ti, la sur la llevo yo, con lo que están impidiendo también situaciones de competencia libre. Son todo prácticas que tienden a favorecer a los grandes fabricantes en perjuicio del consumidor, al cual no se le alcanza que los precios puedan bajar porque haya más o menos oferta, ya que se lo impiden esta especie de acuerdos que se llaman trust, que se llaman cartel o carteles, que son todas asociaciones de poderosos fabricantes que propenden a que sus productos tengan el precio que ellos quieren y no el que podrían tener si se dejase que efectivamente compitiesen en el mercado las grandes empresas o los grandes productos. Los monopolios siempre son malos, mire, por ejemplo, la gasolina, por ejemplo, el aceite como producto de combustión de motores que se manejan con este sistema de alimentación.

Pues si hay varias compañías, unas van a ponerlo más caro, otras van a poner más barato. Si hay un monopolio, el precio es estándar, no se puede bajar ni subir. Ahora, como España tiene la libertad de comercio impuesta por su ascripción al mercado común y por la propia constitución que propugna la economía libre de mercado, esos monopolios cada día irán desapareciendo más, irá desapareciendo el monopolio de fósforos, de tabacos, de carburantes, precisamente para impedir que se distorsionen, insisto, los precios en su proporción real y efectiva, que es la que resulta de la oferta y de la demanda.

Bueno, pues para proteger al consumidor, ¿cómo está la legislación actual? Hay mucha legislación para proteger al consumidor y a la libre competencia y yo me procuraré sistematizárselo. A partir de principios del 70 y finales de completamente 1969, en nuestro país se empieza a abrir la idea de una economía de mercado libre. Hay una liberalización evidente de la economía española, una de cuyas consecuencias fue la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia, que está funcionando todavía.

¿Qué tenía que hacer este Tribunal de Defensa de la Competencia? Evitar las prácticas restrictivas de la competencia. Frente a la competencia libre, como hecho natural, como hecho deseable, como hecho bueno, hay las prácticas que restringen esa competencia, como hecho malo, como hecho antijurídico, como hecho prohibido. Hay dos sistemas, o se incardinan estas conductas restrictivas de la competencia, cuando son muy graves, en el Código Penal, como veremos hay algún antecedente y algún precepto que así lo aclara, o se crea una legislación especial, de carácter administrativo penal, como ocurrió con la Ley de Defensa de la Competencia, la cual, además de una ley defensora de la competencia libre, instaura un Tribunal de Defensa de la Competencia que, repito, está funcionando todavía, aunque ha sido jurisdiccionalizado, en el sentido de acoplarle a las exigencias de la Constitución de 1978, pues recientemente.

Este Tribunal no imponía sanciones penales, no puede imponer penas privativas de libertad. Lo

que hace es imponer, pues, intimaciones para que se dejen de realizar esas prácticas, sanciones de tipo administrativo, publicación de la sentencia del Tribunal en el que se declare que la empresa X o H está realizando prácticas colusorias, o prácticas de abuso de posición de dominio en el mercado, o prácticas intimidantes para un sector de la producción, y tienen un poder disuasorio, efectivamente. Hay una que recuerde ahora.

Se pusieron de acuerdo todos los practicantes de servicios de cuidado de ascensores, todas las casas estas que se ocupan de engrasar, de cuidar los ascensores en Madrid o en otras zonas de España, y todas ponían el mismo precio. El Tribunal de la Competencia estimó que esta era una práctica restrictiva, porque cada una que fije el que quiera, no una especie de acuerdo entre todas que impida que unas sean más caras y otras más baratas, es que haya competencia libre. Esto el Tribunal lo sanciona, provoca una intimación, es decir, una invitación coactiva, diría, que cesen estas prácticas restrictivas e impone sanciones de tipo económico con independencia de la publicidad que se da a estas prácticas que no dicen nada bueno de las empresas que las realizan.

De modo que tenemos, por un lado, toda la legislación de la disciplina de mercado, que es muy numerosa y que tiene un carácter eminentemente administrativo. Por otra, esta restrictiva de la competencia y, además, toda la legislación de defensa del consumidor, que está pasando por una serie de estadios y que actualmente tiene una ley muy reciente, ya efectuada en esta legislatura actual, en la que se proponen sanciones de pecuniarias muy altas, muy altas, de centenares de millones de pesetas, y que yo creo que el ciudadano no sabe todavía que la tiene ahí en defensa de tantas y tantas situaciones como nos molestan diariamente. Por ejemplo, es que un producto enlatado esté en malas condiciones o haya superado la fecha de conservación normal del producto.

El que un automóvil tenga, por defectos de fabricación, unas piezas que provocan que los frenos no sean todos los correctos que se quieran. El que un juguete de un niño se rompa nada más comprarlo porque es absolutamente endeble. El que el señor que va a arreglar a casa un electrodoméstico cobre por el viaje que se lo cobra a todos los vecinos de esa casa, si puede, pues unas cantidades totalmente desproporcionadas al servicio que presta.

Que esto escandaliza al que compra el juguete, al ama de casa que paga el servicio, al usuario que compra un automóvil, al que se ve inerte frente a la subida de tarifas eléctricas o no entiende para nada en lo que es el giro de una tarifa telefónica. Bueno, y entonces esta ley de defensa del consumidor lo que pretende es que en este tripo de producción, consumo y distribución del producto, el más importante es el consumidor y el que más padece se vea protegido. Y a través de los ministerios de industria y de economía, pues se le dan una serie de pautas para que pueda hacer denuncias que pueden desembocar en sanciones muy fuertes para esas empresas o para esos suministradores de servicios que se comportan de esa manera tan radicalmente contraria a las normas de la convivencia.

Lo que pasa es que el ciudadano es bastante escéptico respecto a la eficacia de sus

reclamaciones y prefiere no hacerlas porque sabe que se van a morir el sueño de los justos que no le van a hacer caso. Pero yo creo que si se crea una conciencia de que la ley de defensa del consumidor propone sanciones elevadísimas para este tipo de abusos, pues a lo mejor disminuyen los abusos y si se denunciase ante el tribunal de la competencia pues situaciones similares también disminuirían. Lo que ocurre es, vuelvo a decirle, que no tenemos todavía una clara motivación para luchar contra este tipo de manipulaciones de las que es víctima exclusiva el pobre ciudadano que tiene que acudir a un abogado que sabe que el pleito o la reclamación es cara y larga y que no tiene un cauce de reclamación muy sencillo que es al que hay que propender, que está regulado en la ley de defensa del consumidor pero que no tiene la suficiente difusión ni conocimiento.

¿Qué figuras son las más destacadas en la protección de la competencia libre? Aparte de estas que le he dicho de disciplina del mercado, de defensa de las competencias en su estricto, de la ley del consumidor, en el Código Penal hay un delito que tiene muchos años ya de vida aunque tenga una vida práctica bastante caduca porque es casi un delito fósil me atrevería a decir en el sentido de que se aplica muy poco que son las maquinaciones para alterar el precio de las cosas. Las maquinaciones para alterar el precio de las cosas es un delito que está en el Código Penal pues desde que se instaura prácticamente el Código Penal actual a través del Código 70 y de las modificaciones posteriores. ¿Y qué trata este delito? Tiene dos aspectos.

Uno, el de aquellos que distorsionan el precio de las cosas acudiendo a una subasta, por ejemplo a una subasta judicial y poniéndose de acuerdo para que una casa o una finca rústica no adquiera el precio que podría tener en beneficio del propietario que se ve embargado sino menor porque se ponen de acuerdo, se ponen de acuerdo entre ellos y determinan que esa licitación esté violentada por ese convenio que han hecho entre los subasteros. Estas prácticas viciosas de impedir que el precio del remate de una subasta sea el correcto, poniéndose de acuerdo varios, han obtenido hace poco un procesamiento masivo en los juzgados de Institución de Madrid donde había profesionales y oficiales que estaban impidiendo a través de estos artículos 540 y concordantes del Código Penal el precio de licitación correcto en una subasta judicial. Lo mismo ocurriría en otro tipo de subasta o licitación de carácter administrativo para la adjudicación de una obra pública, una carretera, etcétera, etcétera.

Pero además en el Código Penal se prevé que cualquiera que mediante violencia o mediante cualquier otra conducta que suponga una manipulación altere el precio de las cosas pues realice esto, una alteración del precio de las cosas, una manipulación en el precio de las cosas que puede ser considerado como delictivo. Lo que ocurre es que es muy difícil de que el derecho penal o un juez pueda decir la conducta de X o de H, como antes le decía, es la determinante de que unas acciones, por ejemplo, valgan más o menos. Esto que era quimérico hasta hace poco en este momento tiene más actualidad.

En este momento se están sancionando, especialmente en los países anglosajones, en lo que se llama el insider trading. El insider trading es el iniciado, el insider es el que está dentro, el que está dentro de una empresa. El que está dentro de una empresa muchas veces sabe que van a

subir o van a bajar unas acciones y se lo comunica a unos amigos suyos pero no se lo dice al resto.

Este iniciado hace que en beneficio de unos pocos y no de la totalidad pues unas acciones que podían ser aprovechadas por todos no provoquen un lucro más que a unos pocos en beneficio normalmente del que da esa noticia. Ahora que ha habido este tema de las OPAs, es decir, de la oferta de adquisición pública de las acciones, excuso decirle el juego que da el saber si se va a practicar una oferta de adquisición de acciones para que unos las compren en un momento determinado u otros las vendan. Esto no hace más que distorsionar el precio de esas acciones.

Pues eso sería una manipulación para alterar el precio de las mismas que naturalmente crea que el incauto señor que acude a la bolsa pues sea una víctima, sea un ser ingenuo que compra sin saber lo que compra. En cambio unos pocos sí saben lo que venden y sí saben lo que compra. El derecho penal tiene que tender a provocar una justicia igualitaria y en la constitución pues se exige una tutela judicial efectiva para todos y una igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y ante las oportunidades de comercio que la propia constitución exige que sean libres y todas esta serie de manipulaciones cada día más frecuentes son las que están clamando muchas veces que el derecho penal actúe de una manera más fuerte, más represora y esto la verdad es que todavía no se ha conseguido.

¿Dónde está regulado en el código penal? Le decía que en el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, de estos artículos que disciplinan la regulación del precio en las subastas y la no posibilidad de manipular ningún tipo de actuación para determinar un precio superior al que realmente se había provocado. Y le decía también que es difícil ver si la conducta de un señor es la determinante de que una acción haya subido o haya bajado. Eso exige ya una prueba muy sutil y unos técnicos, unos actuarios o unas personas que sean capaces de decir si este hombre no hubiese hecho esto, la acción valdría más o valdría menos.

Ese es el problema de estos delitos que son fundamentalmente de peligro. ¿Será eficaz en el futuro la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia? Hasta ahora la impresión es pobre porque se ha conseguido poco. Yo creo que de futuro si hay una concienciación del derecho a reclamar estas hipótesis será más eficaz.

Todo depende de que el ciudadano ostente, como ocurre en América, por ejemplo, su derecho a ser tutelado porque para eso paga, para eso paga impuestos, para que los tribunales le amparen en unas legítimas pretensiones. He leído en el periódico que la ley de las prácticas restrictivas de la competencia se van a modificar. Sí, en estos días ha aparecido el proyecto de ley que se va a someter a las Cortes, al Poder Legislativo, para transformarlo en una ley modificada de la de prácticas restrictivas de la competencia que, como decía antes, tiene ya muchos años.

Se van a endurecer las sanciones, se va a jurisdiccionalizar totalmente el tribunal como otro cualquiera, no como un tribunal especial, y se van a aplicar las directivas del mercado común de una manera mucho más firme y definitiva que hasta ahora. Por ejemplo, porque yo creo que

estos ejemplos son ilustrativos, en un país muy sensible a estas asociaciones para impedir el precio derivado de la competencia no se comprendería nunca que los grandes directores de los bancos, estos siete grandes, se reúnan sistemáticamente para hacer una política común, porque eso es tanto como decir pues resulta que la política común bancaria está unificada cuando cada uno debe tener la suya en beneficio del usuario de ese servicio prácticamente público que presta un banco. Yo creo que la ley de prácticas restrictivas va a impedir una serie de prácticas absolutamente irregulares que se practican en España y que no son compatibles con las exigencias del mercado común, que es muy sensible.

No se pueden fijar los precios de electrodomésticos en una gama blanca para todos igual, y el que haga eso será sancionado incluso penalmente, ya lo verá, y esta ley lo que propone es hacer mucho más dura y sobre todo, que es lo que importa subrayar ahora, a que no sea un tribunal especial sino un tribunal ordinario, o conferírsele a la justicia ordinaria para que el ciudadano se vea mucho más protegido, porque los tribunales ordinarios normalmente son más eficaces que los especiales. Pues muchas gracias profesor Estampa Brown. Pues de nada.

Según nos ha contado el profesor Estampa Brown, la economía libre de mercado establece sus precios según la oferta y la demanda, y es el derecho penal quien impide el que prácticas restrictivas de la libre competencia determinen que los precios sean diferentes a los que tendrían que ser en perjuicio del consumidor. La protección de la competencia libre procede del Tratado de Roma. Este dicta una serie de preceptos para que las grandes empresas no puedan ejercer una posición de predominio o de abuso en el mercado.

A continuación va a intervenir el profesor de Hacienda Pública, Juan Antonio Jiménez. Dentro del capítulo 3 de los gastos públicos se encuentra el tema 18, demanda y oferta del gasto público. Este resulta bastante complejo y el profesor recomienda seguir su explicación teniendo delante la unidad didáctica complementaria.

Comenzamos pues con el primer tema de la unidad didáctica ¿No es así profesor Jiménez?