

DR 29 256

Hola, buenas noches. A partir de este momento y hasta las diez y media de la noche estaremos con vosotros en Revista de Derecho, un tiempo de radio que dedicaremos a comentar y analizar temas del mundo jurídico que esta noche girarán en torno a las asignaturas de tercer curso de carrera. Durante ochenta y cinco minutos podréis escuchar este programa elaborado por los profesores de la Facultad de Derecho y el CEMAP de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Pasamos ya a contaros los temas que contendrá esta noche la Revista de Derecho. Nuestros primeros minutos estarán dedicados al Derecho Internacional Público. El profesor José Puentejido nos hablará del Derecho Comunitario.

La profesora Carmen Vila, de Administrativo I, nos comentará la adaptación que ha tenido que tener nuestro Derecho Positivo en materia de contratación administrativa según las directrices marcadas por la Comunidad Económica Europea. Continuaremos con Penal II. El profesor José María Estampa Brown se referirá a la protección de la competencia libre.

La demanda y oferta del gasto público será el tema de Hacienda Pública, dado por el profesor Juan Antonio Jimeno. Y finalizaremos con Derecho Civil II. La profesora Lourdes Tejedor nos contará las donaciones especiales.

Como acabamos de anunciar en el sumario, el primer tema de Revista de Derecho estará dedicado al Derecho Internacional Público. El profesor Puentejido nos hablará del Derecho Comunitario y sus características. Este, desde nuestro ingreso en la Comunidad Económica Europea, ha modificado, de algún modo, nuestro sistema de fuentes del Derecho.

Hoy nos vamos a ocupar de un tema interesante, que pertenece ya del lleno a la segunda parte del programa, y es un comentario breve en torno al Derecho Comunitario. Sin duda ninguna con ello adquieren ustedes un nuevo punto de apoyo en su formación jurídica general, no solamente dentro del Derecho Internacional. En los últimos años me ha gustado repetir esta idea.

Después de la labor de codificación y sistematización de nuestro sistema jurídico, realizada en el pasado siglo, probablemente no hay otro hecho más revolucionario para nuestro sistema que el ingreso de España en el mercado común. Él ha modificado, sin que nos hayamos dado demasiada cuenta, nuestro sistema de fuentes del Derecho, ya que no es exactamente el que describe el artículo 1 del Código Civil el que tenemos ahora ya. Por el principio mismo de la jerarquía normativa, que además de la Constitución recoge el citado artículo 1.2 de este cuerpo legal, del Código Civil, ni la ley, ni la costumbre, ni los principios generales del derecho, prevalecen ya sobre el Derecho Comunitario que posee, como veremos después, un efecto directo.

La posición misma de los tribunales españoles tendrá que cambiar sustancialmente en torno a

este problema de la relación Derecho Comunitario Derecho Interno Español. Partamos de una afirmación básica. Ustedes saben que una regla fundamental, clave de toda la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, es un tema que pertenece a la primera parte del programa, está en la determinación de que en el ámbito del Derecho Interno establece el derecho constitucional respectivo de cada Estado en cuanto a los modos de relacionarse que tengan ambos derechos.

Es decir, el valor de las normas jurídico internacionales dentro de cada sistema nacional depende de la constitución respectiva. Extraña situación esta, han pensado algunos, y de ahí, precipitadamente, concluyeron la inexistencia del Derecho Internacional como verdadero derecho, puesto que su vigencia, o por lo menos su aplicación, dependía de lo que determinaba cada constitución interna del Estado en concreto. Conviene no confundir los términos.

Una cosa es que el Derecho Internacional como sistema jurídico, vinculando a los Estados en tanto que sujetos de derecho, tenga una eficacia mayor o menor, cuestión en la que ahora no entramos, y otra muy distinta es la situación, el valor que las reglas internacionales tengan dentro de cada sistema jurídico estatal. Lo primero no depende de la constitución de cada Estado, sino del Derecho Internacional. Lo segundo, en cambio, sí.

Pues bien, por relación a este problema, segundo, debemos ahora añadir, en aquello que el Derecho Comunitario tiene de Derecho Internacional, debemos precisar que aquí hay un salto cualitativo que ha dado el Derecho Comunitario respecto del Derecho Internacional general o común. Es algo así como si el Derecho Constitucional de cada Estado se hubiera modificado implícitamente por el hecho de adherir al Tratado de Roma para aceptar la primacía del Derecho Comunitario dentro de su sistema jurídico respectivo, aun cuando quizá esta última afirmación necesitase alguna matización que ahora no tengo tiempo de aclarar. Este es el punto clave que fundamenta nuestra reflexión de hoy y que centraremos en los siguientes puntos básicos.

La noción de Comunidad de Derecho, el denominado efecto directo y la significación, aun cuando esto lo trataremos de modo indirecto, del Tribunal de las Comunidades Europeas. Por lo que a la primera cuestión se refiere, la noción de Comunidad de Derecho fue introducida en el bagaje conceptual comunitario por un antiguo presidente del Consejo, el profesor Hallstein. Lo hacía con una connotación germánica que es difícil de traducir en las categorías conceptuales de los países latinos.

La noción de Comunidad de Derecho, *Rechtsgemeinschaft*, se contrapone a la que establece el Estado, *Staatsgemeinschaft*. La primera es una comunidad, quizá mejor, una de solidaridades societarias que se expresan a través de un derecho común y que a la vez lo crean. Mientras que la segunda es básicamente una comunidad fundada en instituciones, sobre todo en el Estado como la máxima institución política.

La comunidad que traduce el derecho comunitario europeo no es la segunda, pero sí pertenece a la primera categoría. Y precisamente porque esta comunidad carece de instituciones y

órganos estatales, por no ser un Estado, es por lo que su derecho para producir el efecto de integración deseado tiene que poseer un valor prevalente sobre el de los sistemas jurídico estatales. El día en que esto no fuera así y el derecho europeo reprodujera los esquemas del derecho internacional, habría perdido su valor como elemento de integración.

De aquí la importancia vital para el orden jurídico comunitario de que se le reconozca su primacía sobre los sistemas jurídicos nacionales. Con esto pasamos al segundo aspecto, el llamado efecto directo. Este rasgo del derecho comunitario es en cierto sentido una consecuencia de lo anterior, y así lo he insinuado en la última afirmación, pero apunta a la vez a otro que es uno de los que mejor definen al derecho comunitario y a la posición que el ciudadano tiene por relación a la regla internacional.

Ustedes conocen bien que uno de los efectos que la soberanía de cada Estado tiene por relación a las obligaciones internacionales es el de actuar, por así decirlo, como de filtro. Dos o más Estados pueden haber concluido un tratado internacional en el que hayan precisado su contenido, de modo que las obligaciones estipuladas parezcan quedar bien establecidas. Sin embargo, siempre que no hayan fijado los modos y formas de cumplimiento, habrá que entender que los Estados conservan toda la latitud que les reserva el derecho internacional para elegir las vías de cumplimiento.

Lo importante, por ejemplo, es que el trato recíproco a los ciudadanos de los respectivos Estados se lleve a cabo en la forma en que se estipuló. Lo de menos es el modo o la vía como este trato recíproco se lleve a la realidad. Más aún, en esta posición básica que los Estados tienen en el cumplimiento de una y la misma obligación internacional, siempre caben modulaciones.

Y el resultado final es que falta en el plano internacional aquella homogeneidad en la obligación que expresa el principio fundamental en el derecho constitucional moderno de igualdad de todos ante la ley. Es decir, todos con los mismos derechos y todos con las mismas obligaciones. Una segunda observación que importa nuestro propósito es la posición que el ciudadano tiene frente a las reglas internacionales.

Como entre ambos interpone el Estado, hoy todavía hay que seguir afirmando, no obstante existir excepciones, que el individuo no es un sujeto normal del orden internacional, que los derechos y deberes que este ordenamiento regula son preferentemente derechos y deberes entre Estados. Pues bien, ambas cosas cambian de modo radical en el derecho comunitario. Y, para comprobarlo, retornamos al principio de igualdad ante la ley.

Hoy nos encontramos históricamente un poco alejados de las connotaciones básicas que tenía esa exigencia en los programas y textos constitucionales. Pero una breve referencia nos la coloca de nuevo en toda su actualidad. El principio de igualdad ante la ley estaba dirigido frente a la estructura estamental del Estado.

Es decir, frente a una forma de Estado sustancialmente monárquico en el que la monarquía, no

obstante el impulso unificador que había dado uniendo elementos dispares del fraccionamiento feudal, conservó en su estructura interna una sociedad estamental dividida en cuerpos y clases. La exigencia de la igualdad de todos ante la ley, y por consiguiente la eliminación del privilegio, tuvo un efecto nivelador y proporcionó al Estado moderno una nueva dimensión. Exactamente esto es lo que busca el llamado efecto directo del derecho comunitario, aunque por otras vías.

No puede existir verdadera comunidad allí donde haya derechos y obligaciones distintos en los diferentes ciudadanos. En eso se distingue la noción de ciudadano de la de súbdito. Ciudadanía implica igualdad política y jurídica.

Por eso ese efecto directo ha contribuido poderosamente a crear la idea de ciudadano comunitario. El cumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte de los Estados no podía ser confiado al patrón general de cumplimiento de obligaciones internacionales según el derecho internacional. El buen querer, la buena fe de cada Estado obligado, no sería capaz de crear la necesaria conciencia solidaria de igualdad para todos.

Pero el otro matiz extraordinariamente importante es la apelación que se hace a los ciudadanos comunitarios para que colaboren en la articulación de este derecho de integración. Es hacia aquí también, hacia donde apunta el efecto directo, porque en el desarrollo del derecho internacional general la participación de los individuos e incluso de los entes de carácter privado es prácticamente inexistente. Al atribuir el derecho europeo en determinados supuestos derechos y deberes subjetivos y las correspondientes acciones procesales necesarias para su defensa, coloca en manos de las personas individuales instrumentos de gran dinamicidad en la construcción de una Europa integrada.

Nada de esto tiene la Comunidad General de Naciones. Un ejemplo nos podrá aclarar mejor que muchas palabras lo que les termino de decir. Se trata de aquel caso jurisprudencial que sirvió al Tribunal de las Comunidades Europeas para profundizar este aspecto creador del derecho y que reconoce a las autoridades comunitarias el artículo 189 del Tratado de la CEE.

Es el caso Van Gend en Vlosch. Esta empresa había importado de Alemania determinados productos químicos. Por el hecho de la importación el servicio de aduanas holandés exigía unos derechos superiores a los existentes en el momento de la entrada en vigor del Tratado de Roma y en virtud del artículo 12 de este tratado a los estados miembros del MEC le estaba prohibido una elevación de tarifas arancelarias.

La empresa reclamó contra la administración ante el juez competente holandés y este planteó como cuestión prejudicial ante el Tribunal de las Comunidades determinadas cuestiones de las que sólo una nos interesa aquí. La obligación que imponía el citado artículo 12 del tratado era indiscutible. Los estados estaban en la obligación de congelar las tarifas de derechos de aduana como un primer paso para la integración proyectada pero lo que no estaba claro y era justamente lo que discutió ante el tribunal el gobierno holandés era si esta obligación debía ser entendida según las categorías del derecho internacional y por lo tanto constituía una

obligación entre estados o por el contrario el artículo 12 había creado derechos subjetivos en los particulares dotados de la correspondiente acción procesal para exigir incluso respecto del propio estado el cumplimiento de la obligación internacional.

Esta fue la tesis que triunfó en el tribunal europeo. A partir de este pronunciamiento básico el tribunal ha dedicado al problema una creciente atención y ha ido desarrollando por pronunciamientos sucesivos la naturaleza del derecho comunitario. Resumimos brevemente las ideas básicas expuestas por el profesor José Puenteguido sobre el derecho comunitario.

En el ámbito del derecho interno la Constitución establece los modos de relacionarse con el derecho internacional sin embargo el derecho comunitario tiene primacía en cada estado respecto a su sistema jurídico lo que significa un salto cualitativo dentro del derecho internacional. En el estudio del derecho comunitario hay tres puntos básicos la noción de comunidad de derecho, el efecto directo y la significación del tribunal de las comunidades europeas. La noción de comunidad de derecho se contrapone a la que establece el estado.

La comunidad que establece el derecho comunitario europeo es una de solidaridades societarias que se expresan a través de un derecho común y que a la vez lo crean. Esta comunidad por carecer de instituciones y órganos estatales es por lo que su derecho para producir el efecto de integración deseado tiene que poseer un valor prevalente sobre el de los sistemas jurídicos estatales. El efecto directo característico del derecho comunitario es por tanto una consecuencia de lo anterior.

Y por último el artículo 12 del tratado de Roma otorga unos derechos subjetivos a los particulares dotados de la correspondiente acción procesal para exigir incluso al propio estado el cumplimiento de la obligación internacional. Nuestro derecho positivo ha tenido que adaptarse en materia de contratación administrativa según las pautas marcadas por la comunidad económica europea. Estas reformas se recogen en el real decreto legislativo del 2 de mayo de 1966 que modifica la ley de contratos del estado del 17 de marzo de 1973.

La profesora de administrativo 1 Carmen Vila seguirá los diferentes tipos de contrato administrativo para ver qué modificaciones se han llevado a cabo en cada uno de ellos. Comienza con el contrato de obra. Sin duda es donde la adaptación ha tenido que ser mayor ya que nuestra legislación obsoleta en muchos aspectos en lo que se refiere en concreto a este contrato típicamente administrativo había quedado muy atrás debido fundamentalmente a un intervencionismo del estado no acompasado de una reforma administrativa.

Analizaremos en primer lugar las partes que intervienen en este contrato. La administración pública y el empresario que según el artículo 9 de la ley de contratos es toda persona natural o jurídica española o extranjera que teniendo plena capacidad de obrar no está comprendida en las prohibiciones que enumera. Estas prohibiciones son comunes a los tres contratos típicos pero cobra una especial relevancia en el contrato de obras y es por ello por lo que requiere una especial atención.

Se trata del requisito de clasificación. La ley de contratos del estado inspirándose en los precedentes que existían en otros países europeos, Italia, Bélgica, introdujo en nuestra patria el sistema de clasificación y registro para los contratistas de obras y estableció la obligatoriedad de que estuviesen clasificados los que pretendiesen ser adjudicatarios de contratos del estado y de sus organismos autónomos. Sin embargo el ingreso de España en la comunidad económica europea ha obligado a introducir determinadas modificaciones en las normas que regulaban tal exigencia.

Con objeto de permitir el acceso a las licitaciones de las empresas correspondientes a países comunitarios que no estuviesen inscritas en el registro de contratistas. Por ello por el real decreto legislativo 931.986 de 2 de mayo se modificaron los artículos 98, 99, 102 y 106 de la ley de contratos del estado y se crearon los nuevos artículos 99 bis y 100. Después de estas alteraciones en la ley se continúa manteniendo el principio de la necesidad de clasificación como requisito indispensable para contratar con la Administración obras de presupuesto superior a 10 millones de pesetas y se admite igualmente la posibilidad excepcional de que el Consejo de Ministros autorice la celebración de contrato de cuantía superior con empresas no clasificadas.

Sin embargo a los empresarios no españoles de Estados miembros de la comunidad económica europea que no estén clasificados se le permite contratar obras de cuantía superior a 10 millones de pesetas siempre que acrediten ante el órgano de contratación su capacidad financiera económica y técnica aportando los documentos que puedan justificar esta capacidad. También con carácter excepcional el Consejo de Ministros puede autorizar la contratación de obras superiores a 10 millones de pesetas a empresarios que no acrediten la capacidad financiera económica y técnica en la forma requerida. Por consiguiente del sistema de clasificación general previsto inicialmente en la que se exige una clasificación especial para cada contrato determinado cuando participen en las licitaciones empresarios de la comunidad económica europea no clasificado.

Pero sin duda en donde se puede decir que las modificaciones han sido más sustanciales es en lo que se refiere a la selección del contratista. Las novedades más importantes que se contienen en la regulación vigente son las siguientes. Primera la forma de adjudicación se reducen a tres subasta concurso y contratación directa.

Segundo se añade a la relación de casos en que se autoriza el concurso un nuevo supuesto de gran amplitud. Se trata de los contratos para los que el precio ofertado no constituya el elemento esencial de la adjudicación y además se perfilan los criterios a utilizar en los concursos. Tercero se establece una diferenciación entre procedimientos de licitación abiertos y restringidos.

En los primeros todos los empresarios interesados podrán presentar proposiciones pero en los segundos únicamente la podrán presentar los empresarios seleccionados expresamente por la Administración previa solicitud de los mismos. Cuarto en la contratación directa se suprimen

algunos de los supuestos que contemplaba la legislación anterior. Quinto las licitaciones cuando el presupuesto sea igual o superior a un millón de unidades de cuenta europea IVA excluido deberán anunciarse en el diario oficial de las comunidades europeas.

En primer lugar destaca la supresión del concurso subasta. Esta supresión sin embargo es puramente terminológica puesto que en el nuevo texto del artículo 34 de la ley se indica que en la adjudicación de contratos mediante subasta podrá establecerse un trámite de admisión previa por el cual la Administración con anterioridad a la consideración de las proposiciones excluirá a aquellos empresarios que no cumplan los requisitos previos en el pliego de cláusulas administrativas particulares de lo que se deduce que la nueva subasta con admisión previa se identifica totalmente con el antiguo concurso subasta. La incidencia pues es la mínima.

Las alteraciones introducidas en el sistema de concurso son de gran importancia puesto que en el nuevo caso en el que se permite acudir al concurso posibilitará la utilización de este procedimiento selectivo en todas las obras de una cierta importancia que requiera la intervención de empresas que cuenten con medios adecuados para la realización de las mismas. Supone esto una innovación, un avance inconsiderable sobre la situación anterior en la que el concurso únicamente se autorizaba en cinco supuestos muy singulares lo que daba lugar a una utilización muy escasa del mismo. La medida adoptada permitirá sin duda mejorar de modo extensible la selección de nuestros contratistas y contribuirá de manera decisiva a mejorar la calidad y los plazos de entrega de las obras públicas.

Es también importante la exigencia que se contiene en el nuevo párrafo segundo del artículo 36 puesto que en el mismo se detallan los criterios que han de servir de base para la adjudicación de los concursos indicando que serán en primer lugar el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la rentabilidad, el valor técnico u otro semejante. El texto sigue en este modelo la directiva 771 barra 305 de la Comunidad Económica Europea del 26 de julio del 71 y precisa con gran acierto cuáles son los criterios que debe tenerse en cuenta para evaluar las ofertas presentadas en los concursos lo que indudablemente permitirá dotar de una mayor objetividad el acto de adjudicación. Otra innovación de gran relevancia es la introducción en nuestra legislación del procedimiento restringido que puede ser utilizado tanto la subasta como en el concurso y que supone una licitación limitada a empresarios seleccionados expresamente por la Administración previa solicitud de los mismos.

La forma en que se desarrolla el procedimiento es el siguiente, se publica el anuncio de la licitación en el diario oficial de las comunidades europeas y en el boletín oficial del Estado con objeto de que los interesados puedan presentar solicitudes de participación acompañada de la documentación que acredite la personalidad del empresario. La clasificación en su caso y el cumplimiento de las condiciones de solvencia económica y técnica determinadas en el concurso darán lugar a que éste sea resuelto por la Administración. Entre las solicitudes recibidas se procederá a realizar una selección por el órgano de contratación y posteriormente se invitará a los que hayan sido admitidos a que presenten sus proposiciones en el plazo que se fije que no será inferior a 21 días natural salvo en el caso de urgencia que será de diez días.

No cabe duda que este procedimiento permite realizar una selección más adecuada que la que se consigue con las admisiones previas contempladas en nuestra legislación y por tanto su implantación en nuestro derecho positivo contribuirá de forma decisiva a lograr una selección de contratistas más adecuada a las necesidades actuales de la Administración. Por ello, hay que valorar muy positivamente la implantación de esta nueva forma de adjudicación del contrato de obra que ha quedado configurada en nuestro ordenamiento jurídico. Por último, la ley obliga a que se publiquen en el boletín oficial del Estado las adjudicaciones que se hayan producido.

El cumplimiento de estos requisitos resulta muy beneficioso puesto que al propio tiempo que constituye un medio de fiscalización de la Administración sirven de estímulo a los licitadores para la presentación de ofertas. Estas son las modificaciones más importantes habidas en el contrato de obra. Veamos a continuación la realizada en el de gestión de servicios públicos y suministros que sin duda han sido de menor relieve que las anteriores expuestas.

Con respecto al de servicios públicos, como ya se indicaba en el artículo 62 de la ley del contrato, este comprende los casos en que el Estado encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un servicio público, de tal manera que puede revestir varias formas contractuales. Así que, con carácter general, le es aplicable toda la normativa vigente en lo que se refiere a la capacidad para ser contratista, objeto del contrato y formalización de los mismos. A este respecto, las novedades más importantes que pudieran afectar a dichos contratos son las siguientes.

a. Las formas de adjudicación se reducen a tres, subasta, concurso y contratación directa. b. El concurso se utiliza como supuesto de gran amplitud, es decir, para todos aquellos contratos en que el precio no constituye elemento esencial de la adjudicación. c. Se establecen dos procedimientos para la presentación de las proposiciones por parte de los empresarios interesados.

Uno abierto, en el cual todos podrán presentar proposiciones, y otro cerrado, en lo que solo podrán hacerlo los que hayan sido seleccionados por la Administración. c. Cuando los presupuestos sean igual o superior a un millón de unidades de cuenta europea y va excluido, deberá anunciarse en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Por último, analizaremos el contrato de suministros y sus novedades.