

II. EXTRANJERO

INFLUENCIA DE LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCION DE CONTRATISTAS DE LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA NUEVA ADMINISTRACIÓN COMUNITARIA. III. LÍMITES DE SU COMPETENCIA. IV. PROTECCIÓN DE LOS NACIONALES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. V. CONTRATOS QUE IMPLICAN PARTICIPACIÓN EN FUNCIONES PÚBLICAS. VI. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA SIN DISCRIMINACIONES NACIONALES. VII. PROBABLE TRANSFORMACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE LOS CONTRATISTAS.

I.—Son escasas las incidencias entre los sistemas jurídicos de las Administraciones internacionales y los de las Administraciones nacionales de sus Estados miembros.

Por moverse en zonas diferentes, se copian, pero no tienen puntos de contacto. Las organizaciones internacionales aprovechan en amplia medida las formas jurídicas elaboradas por los países de mayor tradición y finura jurídica. Ofrecen, a su vez, soluciones aprovechables en los sistemas jurídicos nacionales. Pero la actuación de los organismos internacionales no obliga a adaptaciones importantes de las instituciones jurídicas regidas por los derechos internos. Ningún país nota en su estructura jurídica, por lo menos de manera importante, ingresar en la Organización de Naciones Unidas.

No acontece lo mismo con las nuevas formas de asociación o integración regional europea. La diferencia se debe a la distinta finalidad y medios de que disponen unas y otras formas de asociación. El ejemplo que vamos a examinar ilustrará este problema mejor que largas disquisiciones teóricas.

Nos referiremos a la influencia que la Comunidad Económica Europea va a ejercer sobre la contratación de las Administraciones nacionales que la integran y aun de aquellas que en el futuro puedan formar parte de la misma.

II.—La Comunidad Económica Europea, como se sabe, tiene por finalidad primera el establecimiento de un mercado común entre los

Estados miembros y, por la aproximación progresiva de sus políticas económicas, promover un desenvolvimiento armónico de las actividades económicas en el conjunto de la comunidad que procure un mayor bienestar social y relaciones más estrechas entre los Estados que reúne (Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, art. 2.º).

Se tiene la esperanza de que la colaboración económica abrirá el camino a una integración política que, según W. HALLSTEIN (1), está contenida en germen en el Tratado constitucional.

La Comunidad Económica Europea, organización económico-política, dotada de personalidad jurídica para conseguir sus fines (arts. 210 y 211 del Tr.), dispone de medios públicos, potestad reglamentaria, facultad de ejecución forzosa, inembargabilidad de bienes, etc. (2), que actúa tanto sobre los Estados miembros como sobre los súbditos de estos mismos Estados.

Esta Administración comunitaria tiene un campo de competencia exclusivo, pero también competencia concurrente con la de las Administraciones nacionales que la integran.

La coordinación de las competencias, unas veces, y la subordinación de las nacionales, otras, debe hacerse sobre nuevos criterios. Esto es lo que da peculiares características al complejo de relaciones que han surgido y surgirán de la creación de la Comunidad Económica Europea y al Derecho que la regirá (que no será Derecho público internacional o interestatal, sino Derecho público comunitario).

Se dirá que esta situación no es nueva. Ahí están los Estados federales y las múltiples y variadas Administraciones subordinadas a los Estados. Efectivamente. Lo nuevo es el proceso que se va a seguir, los datos de la situación actual y los medios de que se dispone para resolverla. Baste recordar que la Comunidad se levanta sobre Estados nacionales con siglos de historia independiente.

La Comunidad Europea tiene la posibilidad de construir, sobre la

(1) Discurso ante la Asamblea parlamentaria europea reunida en Estrasburgo el 20 de marzo de 1958. Editado por el Servicio de Publicaciones de las Comisiones europeas, 2033/2/58/5, pág. 15. «Nuestra Comunidad es en sí misma—se lee en otro pasaje del discurso—un ser político viviente, un "zoon politikon".»

DEHOUSSE afirma (*Les aspects politiques et institutionnels de la Communauté Economique Européenne*, en «Les aspects juridiques du Marché Commun», Faculté de Droit de Liège, Collection Scientifique, núm. 8, pág. 42) que la integración económica no se contenta con preparar la comunidad política, sino que la requiere, la exige. La unión económica necesita la unión política.

(2) Véanse, entre otros, los artículos 189 y 192 del Tratado de Roma y el Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de la Comunidad de 17 de abril de 1957. Los textos fundamentales de la Comunidad Económica Europea han sido publicados en español en la revista «Política internacional», núm. 31, mayo, 1957. Para una visión de conjunto, CARTOU, *Le Marché Commun et le Droit Public*, Sirey, 1959.

base del Tratado de Roma, un derecho propio (3). Este Tratado es lo que los internacionalistas denominan un «*traité cadre*», un tratado institucional que crea órganos, les concede poderes, señala tareas y principios orientadores. En él existe un orden comunitario incipiente que hay que elevar y construir definitivamente.

También el Derecho administrativo de los Estados miembros se transformará a impulsos de la nueva situación. Los súbditos de los Estados miembros de la Comunidad ocuparán la situación de administrados respecto de otra Administración; Administraciones nacionales, hasta ahora prepotentes, se verán en algunos aspectos sometidas a una Administración superior y en algunas relaciones serán administrados.

Todos los problemas que la vida de la nueva agrupación regional puede plantear no están hoy, ni mucho menos, resueltos en los acuerdos que la han constituido. Precisamente por la particular situación en la que nace, a la que ya hemos aludido, muchos, muchísimos problemas se han dejado deliberadamente sin resolver, y los principios para resolverlos se han formulado de manera abstracta, situándolos a buena distancia de la realidad. Era el único modo de lograr el asentimiento a la nueva institución de grupos nacionales con intereses muy dispares. Esto es más patente cuando se trata de regular relaciones en las que son parte las Administraciones nacionales que cuando aquéllas afectan a los particulares.

Es necesario, pues, intentar inducir del Tratado de Roma los principios que sirvan de solución a los problemas que se van planteando.

III.—No se fijan los límites de la competencia comunitaria en relación con la de las Administraciones nacionales.

El Tratado establece, sin embargo, sobre una cuestión concreta, un criterio que pudiera servir para la formulación de los principios rectores de la delimitación de competencias.

Según el artículo 48, «la libre circulación de los trabajadores (4) es asegurada en el interior de la Comunidad. Lo que obliga a la abolición de toda discriminación, fundada sobre la nacionalidad, entre los trabajadores de los Estados miembros, en lo que se refiere al empleo, remun-

(3) Sobre las fuentes del Derecho de la Comunidad pueden consultarse, CATALANO, *La Comunità Economica Europea e L'Euratom*, Giuffrè, Milano, 1957, págs. 45 y ss.; PESCATORE, *Les aspects fonctionnels de la Communauté Economique Européene, notamment les sources du droit*, en «Les aspects juridiques du Marché commun», cit., página 51; LUSSAN y MARTÍN, *La Communauté Economique Européene, Source de droit*, Dalloz, 15 juin, 1957, pág. 111, Chronique XIX.

(4) Es trabajador toda persona que participa en el ejercicio de una actividad productiva. El artículo 52 expresa que la libertad de establecimiento implica el acceso y ejercicio de actividades no asalariadas, así como la constitución y gestión de empresas. No puede, pues, interpretarse el término trabajador de este precepto restrictivamente.

neración y demás condiciones de trabajo. No obstante, las disposiciones de este artículo *no son aplicables a los empleos en la Administración pública*.

El derecho de libre circulación, dice el mismo artículo, puede ser limitado por razones de orden y seguridad pública.

Poco después—artículo 55—, añade: «Se exceptúan de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo (que se refiere al derecho de establecimiento), en lo que se refiere al Estado-miembro interesado, *las actividades que participan en este Estado, incluso ocasionalmente en el ejercicio de la autoridad pública.*»

El fundamento de la excepción que se establece no puede ser otro que la consideración de que las Administraciones públicas nacionales atienden intereses propios de tal naturaleza que no pueden confiarse a personas en las que no esté arraigado el ideal específico de cada país, es decir, a los nacionales. Es este criterio de porte muy general.

IV.—Para lograr la finalidad esencial de la Comunidad, antes señalada, se establecerá, a medida que las circunstancias lo permitan, un régimen que ofrezca la certeza de que la competencia no es falseada en el mercado común (art. 3.º, f)).

Queda prohibida toda discriminación ejercida en razón de la nacionalidad (art. 7.º) (5).

Lo que acabamos de señalar es un objetivo en sí mismo: libre competencia entre todos los miembros de la Comunidad sin discriminaciones nacionales.

Entre los muchos obstáculos que se oponen a la consecución de este objetivo se encuentra la amplia discrecionalidad de que gozan algunas Administraciones públicas para la adjudicación de sus contratos (6).

(5) Este artículo tiene—según VAN HECKE (*La notion de discrimination*, en «Les aspects...», cit., pág. 149)—valor supletorio para todas las materias que no han recibido reglamentación específica; forma una especie de tela de fondo con enormes agujeros.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la C.E.C.A. interpreta de igual modo las disposiciones semejantes del Título primero del Tratado que funda esta Comunidad en relación con los artículos posteriores. Sentencias de este Tribunal pueden verse en la *Revue du Droit public*, 1954, núm. 3, pág. 684; 1955, núm. 3, pág. 684.

(6) La revista *Statistiques & Etudes Financieres*, mayo de 1959, núm. 125, págs. 561-562, da cuenta de una encuesta realizada por el Ministerio de Hacienda francés respecto de los contratos celebrados en 1957 por el Estado en Francia. El número de contratos era de 64.000 por un valor de 745 mil millones de francos. De ellos el 3,44 por 100 se celebraron mediante *adjudication*, significando un 4,62 del valor total. (Fue muy superior el número de los que se celebraron por adjudicación restringida al de celebrados por adjudicación abierta.) Mediante *appel d'offres* se celebraron el 42,04 por 100, por un 37,27 por 100 del valor total, de ellos la mitad aproximadamente según *appel d'offres* restringida, y de *gré à gré* han sido concluidos el 54,52 por 100 por un 58,11 por 100 del valor total.

La misma Revista añade, estas cifras son tanto más elocuentes si se tiene en cuenta

discrecionalidad que resultaría un excelente medio para practicar lo que se ha llamado proteccionismo oculto (7).

El problema preocupa en algunos países donde la Administración dispone de procedimientos de selección de los contratistas más rígidos que los de otros países de la Comunidad.

En esta materia son sensibles hechos, de importancia aparentemente muy secundaria. Por ejemplo, el modo de publicidad de los anuncios de contratos.

Mientras que en Bélgica toda adjudicación es anunciada en el *Boletín de Adjudicaciones Públicas*, publicado por el Estado, y, eventualmente, por todo otro medio que la Administración considere conveniente (8), en Francia, a pesar de la existencia de un Boletín especial para los mismos efectos, la inserción en el mismo es potestativa de la Administración. Esta puede optar por la fijación de anuncios en lugares a que tenga acceso el público, y eventualmente por cualquier otro medio de publicidad (9).

Se comprenderá que una amplia difusión de los anuncios para contratar mediante un Boletín que fácilmente puede llegar a países extranjeros, favorece mucho más la concurrencia a las licitaciones de no nacionales, que si se emplean procedimientos de anuncio de difusión muy limitada.

Trataremos de determinar cuál puede ser la actitud de la Comunidad respecto a esta posible vía para falsear la competencia que son las formas de adjudicación de los contratos de las Administraciones nacionales, los posibles medios de actuar frente a ella, y las repercusiones sobre los procedimientos de selección de los contratistas.

que el Decreto de 13 de marzo de 1956 relativo a los contratos estatales, y que modificó los anteriores procedimientos de conclusión de los contratos, entró en vigor el 1 de octubre de 1957.

(7) Consúltese J. MARCOTY, *Protectionisme occulte et protectionnisme déclaré*, en «Les aspects juridiques...», cit., pág. 113.

(8) Artículo 11 del Decreto real de 5 de octubre de 1955 (*Moniteur*, 12 octubre 1955, página 6516). La regulación que esta disposición hace de la publicidad de los anuncios de los contratos es muy precisa y creemos es interesante fijarnos en ella. Los anuncios que se insertan en el *Boletín de adjudicaciones públicas* deben indicar: 1.º la naturaleza del contrato; 2.º lugar, día y hora de la subasta, así como la autoridad ante la cual se realizará; 3.º los locales en donde pueden ser examinados el pliego general de condiciones y los anexos que en el mismo se mencionen, así como los días y horas fijados para este examen, y 4.º las condiciones establecidas para la obtención del pliego especial de condiciones y sus posibles anexos (art. 12). Entre el primer día señalado para el examen del pliego especial de condiciones y el de la apertura de las propuestas, habrá, salvo casos de urgencia, un mínimo de quince días hábiles. Este plazo será de 25 días hábiles como mínimo para las obras públicas estimadas por la Administración en más de dos millones de francos (artículo 13).

(9) Artículo 17 del Decreto núm. 56/256 de 13 de marzo de 1956. Véase también la nota informativa de COUAUD en el núm. 55 de la *Revue Administrative*, pág. 87.

V.—Hemos señalado en el apartado tercero un criterio que sirve para excluir de la competencia de la Administración comunitaria actividades que entran en relación con el ejercicio de autoridad pública nacional.

Aunque frecuentemente doctrina y jurisprudencia manifiestan que el contratista de la Administración participa en el ejercicio de una función pública, en la gestión de servicios públicos, parece claro que no todos los contratos que celebra la Administración implican participación, ni siquiera ocasional, de los contratistas en la gestión de una función pública.

Esta afirmación nos obliga a averiguar qué contratos llevan a los contratistas a participar en la gestión de un servicio público. El criterio a obtener debería ser válido, o por lo menos aceptable, para los miembros actuales y aún probables, en un futuro próximo, de la Comunidad (10).

Podría pensarse que mientras los contratos administrativos hacen participar a los contratistas en funciones públicas, no ocurre tal cosa en los contratos civiles de la Administración. En este caso, la primera dificultad surge de la afirmación hecha en algunos países de que en su sistema jurídico no existen contratos administrativos, pues todos los contratos, cualesquiera que sean sus partes, quedan sometidos al Derecho civil.

Así sucede no solamente en países de sistema jurídico-administrativo germánico, sino también en otros que, como Bélgica, han recibido fuerte influencia del régimen administrativo francés.

Pero es notoria, y hay que destacarla, una evolución en todos los países europeos que no admitían la existencia de contratos administrativos hacia el reconocimiento de un tipo «sui generis» de contrato mucho más próximo a aquéllos que al contrato civil. Esta sería una de las últimas fases de la aproximación a la admisión plena de la categoría del contrato de naturaleza administrativa.

En Alemania, después de la última guerra, y no sin oposición (11), destacados especialistas (12) reconocen la existencia de contratos que celebrados por la Administración tienen naturaleza distinta a la civil. FORSTHOFF dirá (13) que «no es pertinente negar carta de naturaleza al contrato dentro del Derecho administrativo, como alguna vez se ha hecho, pues de ese modo se haría un mal servicio a la ciencia jurídica,

(10) «Todo Estado europeo puede pedir ser miembro de la Comunidad» (artículo 237 del Tr. R.).

(11) Véase F. GIESE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1952, 3.ª ed., págs. 95 y 96; TUREGG, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1950, págs. 158 y 159.

(12) Entre ellos FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1958, Madrid; PETERS, *Lehrbuch der Verwaltung*, 1949.

(13) *Ob. cit.*, pág. 373.

la cual no puede desconocer fenómenos jurídicos firmemente arraigados en el uso si no quiere perder todo contacto con la realidad del Derecho. No podemos decir que se ha llegado a una idea semejante a la que en España y Francia se tiene de los contratos administrativos, pero cada día se está más lejos de la tajante afirmación de OTTO MAYER (14) de que no existen contratos de derecho público.

La postura belga puede resumirla las siguientes palabras de GRAND'RY (15): «Nos parece indiscutible que sobre numerosos puntos los contratos de la Administración están sometidos a un régimen jurídico especial, que no solamente se superpone al derecho común, sino que a veces le modifica de manera importante.

»El derecho común continúa, sin embargo, siendo su base, y se aplica salvo disposiciones especiales, salvo cláusulas exorbitantes previstas por textos especiales. Pero éstas son numerosas y confieren a los contratos de la Administración un Estatuto «sui generis». En este sentido, pero únicamente en este sentido, se puede hablar en Bélgica de contratos administrativos, porque estos contratos continúan sometidos a los preceptos del Código civil, salvo derogaciones explícitas y están bajo la jurisdicción de los Tribunales ordinarios. Esta denominación tendría, pues, una significación mucho menor que en Francia, donde delimita dos categorías de contratos totalmente diferentes.

»El régimen de los contratos en Derecho administrativo belga está asentado de esta manera sobre bases sólidas y netas: textos de Derecho civil y textos de Derecho público eventualmente se combinan y se completan.»

Si se compara lo dicho por GRAND'RY (opinión general en la doctrina belga) con el régimen jurídico de la contratación de nuestra Administración, se comprobará que la diferencia es de pura forma de expresión. Decir que las disposiciones y normas del Derecho común, se aplicarán como supletorias para resolver las cuestiones a que den lugar los contratos administrativos siempre que no puedan ser resueltas por aplicación de las disposiciones propias de la contratación administrativa (16), es expresar la misma idea de GRAND'RY, pero destacando más la importancia de las normas especiales que rigen los contratos de la Administración. Es un matiz que no afecta a la naturaleza de las cosas.

Lo que ocurre en Bélgica es que los litigios nacidos de los contratos, siempre son resueltos por los Tribunales ordinarios. Pero la competencia jurisdiccional, siempre establecida por ley, es independiente de

(14) *Droit Administratif Allemand*, vol. II.

(15) *Le régime juridique spécial des marchés de fournitures et de travaux publics*, en «Le droit des marchés administratifs de travaux et de fournitures», vol. I. 1954, págs. 41 y ss. Institut Belge des Sciences Administratives.

(16) Artículo 65 de la Ley de Administración y Contabilidad.

la naturaleza de las instituciones jurídicas, aunque normalmente se correspondan.

Esta evolución parece abocará, pues, a la formulación de un principio general común que ayudará a resolver la cuestión (17).

El mismo Tratado de Roma reconoce la existencia de los dos tipos de contratos. El artículo 181 dice que «el Tribunal de Justicia (de la Comunidad) es competente para resolver en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de *derecho público* o de *derecho privado* celebrado por la Comunidad o por su cuenta» (18).

VI.—Sólo en el caso de que se considerase que lo que caracteriza a los contratos administrativos es la participación en funciones públicas, sería posible, por aplicación analógica de lo dispuesto en los artículos 48 y 55 del Tratado de Roma, la exclusión de los contratos administrativos de la Administración del sistema de libre competencia sin discriminaciones nacionales, base de la Comunidad Europea.

En Francia, donde, a partir de la «arrêt» BERTIN, este criterio de distinción se mantiene con cierta preponderancia, sobre todo en los contratos de adquisición de bienes muebles, no parece vaya a convertirse en criterio único (19).

LANGROD, después de un estudio comparado de los sistemas de contratación de los principales países (20), llega a la conclusión de que «la especialidad del régimen legal está en función directa de la «intimidad» del vínculo entre «partes», de la amplitud de la integración del individuo en la acción administrativa. Allí donde, como en el sistema austro-alemán se rechaza esta especialidad, y, manteniendo los viejos hábitos del espíritu, se aplica el contrato civil, la estructura jurídica no corresponde ya a las diversas necesidades de la vida administrativa. La forma clásica prevalece aquí sobre el fondo como consecuencia de un anacronismo conservador. La distribución de formas en uso resulta quizá más clara, pero menos adecuada y más bien aparente. Bajo

(17) El Tratado de Roma alude alguna vez a los principios generales comunes para resolver cuestiones jurídicas importantes. Así el artículo 215 manifiesta que «en materia de responsabilidad no contractual, la Comunidad debe resarcir, conforme a los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros, los daños causados...» Estas fórmulas van a convertir el estudio comparado de los sistemas jurídicos nacionales en ineludible necesidad.

(18) Análoga disposición en el Tratado institucional de la C.E.C.A., artículo 42.

(19) Puede verse BOQUERA OLIVER, *La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española*, en esta REVISTA, núm. 23, pág. 193; BLAEVOET, *La participation directe à l'exécution d'un service public, critère du contrat administratif*, nota a T. C. 13 janvier, 1958 (Préfet du Puy-de-Dôme,) en Dalloz, 1958-J-412.

(20) *Le contrat instrument d'action des Administrations publiques (Analyse comparative)*, Annales Universitatis Saraviensis, IV, 1, 1955, pág. 44.

forma de contrato civil aparece cada día más nítidamente una convención «sui géneris», con régimen especial, como lo prueba el ejemplo de los países anglosajones» (21).

Otras disposiciones más concretas existen en el Tratado, que hay que tener en cuenta para resolver el problema planteado.

El artículo 90, párrafo 1.º, especifica que «los Estados miembros, en lo que concierne a las empresas públicas o a aquellas a las que acuerden derechos especiales o exclusivos, no establecen ni mantienen ninguna medida contraria a la regla del presente Tratado, particularmente a las previstas en los artículos 7.º, y 85 a 94, inclusive (22).

El párrafo 2.º del mismo artículo añade: «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que presenten el carácter de un monopolio fiscal, están sometidas a la regla del presente Tratado, especialmente a las reglas de la competencia, en los límites en los que la aplicación de estas reglas no impidan el cumplimiento de derecho o de hecho de la misión particular que les ha sido confiada. El desenvolvimiento de los cambios no debe ser afectado en una medida contraria al interés de la Comunidad.»

Las fórmulas de este artículo parecen muy elásticas, y, aunque las excepciones a los principios generales que informan la Comunidad deben interpretarse restrictivamente, fácil sería considerar a las empresas que contratan con la Administración como encargadas de la gestión de servicios de interés general o beneficiarias de derechos especiales o exclusivos.

Si se las sometiera al primer párrafo del artículo 90, los Estados miembros dispondrían libremente la adjudicación de sus contratos.

Si se aplica el párrafo segundo, habría que determinar si esta excepción a la libre competencia afecta o no al desenvolvimiento de los cambios en proporción suficiente y contraria a los intereses de la Comunidad.

Es éste un problema económico que sólo puede resolverse después de minucioso estudio estadístico. Una estadística francesa sobre las compras del sector público en el año 1956, y su proporción en la actividad económica nacional, da como resultado que éstas se elevan a 3.090,8 mil millones de francos, significando un 13,1 por 100 de la producción de los bienes que solicita la Administración (23). No conocemos datos referentes a otros países, pero puede suponerse que las diferencias no serán muy acusadas, lo que parece demostrar que el importe de las compras

(21) Véase MITCHELL, *Jurisprudence récente relative aux contrats administratifs en Grande Bretagne*, «Revue du Droit public», 1959, núm. 3, págs. 461 y ss.

(22) Estos artículos se refieren a las normas aplicables para lograr la libre competencia entre las empresas privadas.

(23) *Statistiques et Etudes Financieres*, núm. 125, pág. 572.

públicas es de suficiente significación en el desenvolvimiento de los cambios en el interior de la Comunidad.

En cualquier caso, gran parte de los contratos de la Administración, los contratos civiles, quedarían sometidos al principio de la no discriminación.

Y para evitar la discriminación, la única solución parece ser la regulación de los procedimientos de selección de los contratistas de la manera más completa y automática.

VII.—A la vista de las anteriores consideraciones podemos afirmar que la probable evolución de los procedimientos de selección de los contratistas, será la reducción de la discrecionalidad en la adjudicación, que tan amplio margen de aplicación había alcanzado en algunos países, si bien es posible que como consecuencia de las dudas sobre si los contratos de la Administración quedan sometidos o no a las reglas del Tratado de Roma, aumenten y se generalicen de momento los procedimientos discrecionales. Ocurrirá esto precisamente porque los Estados nacionales que poseen formas de adjudicación poco flexibles están convencidos de que la diversidad de regímenes jurídicos y prácticas administrativas conducirá fatalmente a discriminaciones fundadas en la nacionalidad.

En Bélgica, representantes del sector privado (24) proponen como solución inmediata la adopción de los procedimientos de selección de contratistas del país extranjero más favorable a sus intereses. Los belgas tienen una efectiva experiencia en la materia, pues el Protocolo Benelux sobre adjudicaciones de obras, de 6 de julio de 1956, ha presentado dificultades en su aplicación derivadas del hecho de que Holanda dispone de procedimientos más flexibles que Bélgica (25).

(24) GOFFIN, *Marché Commun et adjudications publiques*. Bruselles, Fabrimental. Mecanografiado.

(25) Los textos fundamentales reguladores de los contratos de la Administración belga son la Ley de 15 de mayo de 1846 (artículos 21 y 22), sobre la contabilidad del Estado, y el decreto real de 5 de octubre de 1955. Un análisis de este último en F. REMION, *L'arrêté royal du 5 octobre 1955, organique des marchés de travaux, de fournitures et de transports aun nom de l'Etat*, «Recueil de Jurisprudence du Droit Administratif et du Conseil d'Etat», 1955, núm. 4, págs. 241 y ss.

Los procedimientos de selección de los contratistas son dos: la adjudicación pública, como regla general, y el *marché de gré à gré*, sólo posible en casos concretos previstos en el art. 22 de la Ley de 15 de mayo de 1846.

El procedimiento de adjudicación pública se caracteriza porque no existe ninguna limitación para la presentación de ofertas y la administración debe sujetarse a normas de publicidad y de forma cuidadosamente establecidas. El *marché de gré à gré* puede concluirse: 1.º, por concierto, después de una eventual consulta de varias empresas o suministradores; 2.º, después de una adjudicación restringida; 3.º, mediante concurso (artículos 3.º y 4.º del decreto real de 1955).

Sobre las dificultades con Holanda puede verse el *Rapport du Secrétaire du Conseil*

Ante esta situación, la Comunidad tiene dos caminos.

El primero, ejercitar lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 7.º, que faculta al Consejo a tomar, con mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, después de consultar la Asamblea, toda disposición general (26) encaminada a prohibir las discriminaciones. Sería el camino más rápido, en el caso de que se considerase necesario intervenir en la contratación de las Administraciones nacionales.

El segundo, procurar la armonización de las legislaciones nacionales. El artículo 101 establece que «cuando la Comisión compruebe que una disparidad existente entre las disposiciones legislativas, reglamentarias, o administrativas, de los Estados miembros falsee las condiciones de la competencia en el mercado común, y provoque, por esta causa, una distorsión, que debe ser eliminada, entrará en relación con los Estados miembros interesados. Si estas conversaciones no conducen a un acuerdo que elimine la distorsión en cuestión, el Consejo decretará, a propuesta de la Comisión, las directrices (27) necesarias a este fin... La Comisión y el Consejo pueden tomar cualquier otra medida útil prevista por el presente Tratado». Esta solución es mucho más difícil y lejana.

Por un camino u otro, de forma más o menos delicada, parece se llegará a procedimientos casi automáticos de selección para evitar el proteccionismo en favor de los nacionales. El Tratado de Roma, a diferencia de la práctica que se ha impuesto en organismos internacionales (28) establece, desde luego en un precepto muy secundario, la más amplia participación en las adjudicaciones de contratos de la Comunidad. Esto parece indicar un deseo de eliminación de formas restringidas de adjudicación bajo cualquier forma que sea. «Para las inversiones financiadas por la Comunidad, dice el artículo 132, 4, la participación en las adjudicaciones de adquisiciones, estará abierta, en igualdad de condiciones, a todas las personas físicas y morales residentes de los Estados miembros y de los países y territorios (de Ultramar).»

En relación con nuestro país, puede sacarse la conclusión de que la reforma de los actuales procedimientos de selección de los contratistas debe hacerse teniendo en cuenta las realidades europeas a las que cada día nos aproximaremos más, y en las que deberemos integrarnos.

Professionnel de la Construction sur l'activité du Conseil du 1.ºr janvier au 31 décembre 1958, Bruxelles, 1959, págs. 35 y ss.

(26) *Reglamentation*, dice el texto francés, y el art. 189 dice que *le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre.*

(27) *«La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens»* (artículo 189, párrafo tercero).

(28) Cfr. GROSSES, *Les marchés des organisations internationales*, «Revue du Droit public», núm. 4, 1956, pág. 741.

Frente al innegable auge actual de los procedimientos flexibles de adjudicación, no deben faltar en nuestras disposiciones legales formas automáticas que quizá las circunstancias vuelvan de nuevo a poner de moda.

Será conveniente retocar, perfeccionar, recogiendo todas las experiencias que nos ha proporcionado, la subasta; introducir sistemas que, como la adjudicación según coeficientes (29), pueden permitir adquisiciones convenientes sin descuidar las garantías de los derechos particulares.

Cuando tanto se habla de las ventajas de los medios discrecionales, bueno será preguntarnos si podemos olvidar los automáticos. Creemos que no.

JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER

(29) Ciertamente que al silenciar este procedimiento el decreto francés de 13 de marzo de 1956, parece que ha querido suprimirlo cuando era una de las novedades del decreto de 6 de abril de 1942. Consúltese en este sentido la Instrucción de 21 de marzo de 1957, J. O. del 31 de marzo. Se podría evidentemente en los pliegos de condiciones hacer constar que la calidad técnica de las ofertas se valorará según unos coeficientes establecidos (una descripción detallada del procedimiento en LAUBADERE, *Traité des Contrats Administratifs*, I, pág. 297). Pero es difícil que la Administración se sujete voluntariamente a estas limitaciones.

En Bélgica, la adjudicación-concurso se hace a veces con modalidades que semejan grandemente la adjudicación según coeficientes. (Véase GRAND'RY y FLAMME, *Commentaire pratique du nouveau Cahier Général des Charges*, Bruxelles, 1956, págs. 40 y siguientes.)