

LOS CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA DEL SIGLO XIX

THE CONTRACTORS OF THE SPANISH PUBLIC ADMINISTRATION IN THE ADMINISTRATIVE LEGISLATION OF THE 19TH CENTURY

*Humberto Gosálbez Pequeño**

Resumen

En España, el Estado exige capacidad a los contratistas y prohíbe ser contratistas a determinados ciudadanos. En el siglo XIX la legislación administrativa de la construcción y explotación de las obras públicas es la normativa más importante.

Palabras clave: Estado, contratista, capacidad, prohibiciones, obras públicas.

Abstract

In Spain, the State requires capacity for contractors and prohibits contractor to certain citizens. In the nineteenth century, the administrative legislation for the construction and operation of public works is the most important regulation.

Keywords: State, contractor, capacity, prohibitions, public works.

Introducción

Históricamente, el Estado ha convenido con los sujetos privados la prestación de obras, servicios o bienes demandados para la realización de los

* Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba (España). Director de la RIDETUR. Artículo recibido el 22 de junio de 2017 y aceptado para su publicación el 18 de agosto de 2017. Correo electrónico: adlgopeh@uco.es

intereses públicos, basándose, en primer lugar, en la capacidad suficientemente constatada para ejecutar esas tareas y en la “honorabilidad” demandada para ser colaborador del Estado en el ejercicio de ciertas funciones y fines públicos. Así, desde la Edad Media, la recaudación de tributos, la prestación de servicios y suministros militares y de comunicaciones, y la construcción de obras públicas, fueron encomendados a particulares que reunían ciertas condiciones de aptitud o solvencia contractual y que carecían de determinados antecedentes de “inmoralidad administrativa”.

En España, fue la legislación administrativa del siglo XIX, la normativa que estableció el régimen jurídico de las condiciones que debían obtener los ciudadanos y las empresas candidatas a la condición de contratistas de la Administración Pública. De modo relevante, los pliegos de condiciones generales para la contratación de obras públicas establecieron los requisitos de aptitud para ser contratista del Estado y también las situaciones o circunstancias que impedían concertar con la Administración, la ejecución de esas prestaciones mediante el contrato administrativo de obra pública.

Pero también fue la novedosa legislación decimonónica de ferrocarriles la regulación administrativa que dispuso un importante régimen especial de capacidad del contratista de los llamados “camino de hierro”. Las grandes y costosas obras públicas ferroviarias fueron construidas por los empresarios mediante, la figura jurídica de la concesión administrativa de obras públicas, y no a través del contrato administrativo de obras, porque tanto las singularidades que presentó la ejecución de las infraestructuras ferroviarias, como la posterior gestión del servicio de transporte del ferrocarril, exigieron encomendar al contratista, no solo la construcción inicial de las vías férreas y la infraestructura conexa sino, además, la explotación del nuevo servicio público de transporte que justificó la misma realización de la obra pública ferroviaria.

I. Antecedentes históricos: los primeros contratistas del Estado español

Desde la Antigüedad, el Estado ha necesitado de ciertos particulares para poder desempeñar funciones públicas esenciales, normalmente comprándoles bienes o contratando determinados servicios. Ahora bien, es el siglo XIX la época en la que nace y se desarrolla la institución jurídica del contrato administrativo o público¹ y, por tanto, es la legislación administrativa

¹ La doctrina administrativista ha destacado la importancia de las investigaciones históricas de las diversas instituciones del Derecho Administrativo, porque las mismas son,

decimonónica, la normativa que establece las condiciones que debían reunir los ciudadanos que querían contratar con la Administración Pública española, disponiéndose principalmente en los Pliegos de Condiciones Generales para la contratación de obras públicas.

No obstante, conviene referirse –siquiera con brevedad– a los principales precedentes de los contratistas decimonónicos, porque confirmará el subyacente histórico que ha presidido transversalmente la elección del sujeto contratante de la Administración Pública: el carácter *intuitu personae* del contrato administrativo². En efecto, antes del nacimiento de la figura del contrato administrativo en el siglo XIX, durante el Antiguo Régimen (e, incluso, en etapas históricas anteriores) existieron diversos instrumentos jurídicos que pueden considerarse los orígenes remotos de los contratos administrativos típicos o nominados (contratos de obras públicas, de gestión de servicio público o de suministros). Cabe preguntarse cómo y por quiénes se proveían los ejércitos imperiales españoles, o quién ejecutaba las obras de caminos, de riego, etc. durante el reinado de

a menudo, difíciles de entender si no se conocen sus raíces del pasado. Específicamente, refiriéndose a los contratos públicos, lo ha recordado José Luis MEILÁN GIL, “La actuación contractual de la Administración Pública Española. Una perspectiva histórica”, p. 36, en los siguientes términos: “(...) La indagación histórica, que no es sólo prospección del pasado sino, también, examen del contexto temporal del contrato, junto al análisis individualizado –y no mostrenco– de los diferentes contratos que realiza la Administración, proporcionará la base sólida para la elaboración de categorías jurídicas de validez real en este punto central del Derecho Administrativo (...)”.

² Si bien es cierto que hasta el siglo XIX no se manifiesta en toda su plenitud este carácter *intuitu personae* del contrato administrativo, este ya subyacía en las relaciones que el Monarca y el Estado mantenían con aquellos súbditos que les prestaban determinados servicios “públicos”, puesto que estas prestaciones se otorgaban a personas merecedoras de la confianza real, debido sobre todo a su probada experiencia en la realización de ese servicio en otros países europeos.

En todo caso, conviene destacar que este carácter personalísimo no fue exclusivo de los contratos públicos, sino que también se dio en otro tipo de contratos “de Derecho privado”. La similitud de los contratos de obras públicas y los contratos de obras del Derecho Canónico ha sido puesta de manifiesto por Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, p. 36 y ss. En efecto, en ambos tipos de negocios jurídicos bilaterales las cualidades personales del contratista fueron decisivas a la hora de aceptarle como tal el ente contratante. Es más, al ser obligaciones personalísimas, el artista-contratista canónico estaba obligado a realizar personalmente la obra encomendada, prohibiéndose, como regla general, la transmisión *inter vivos* y *mortis causa* de dicha obligación. Antonio LÓPEZ-AMO Y MARÍN, “Estudio de los contratos de obra artística de la Catedral de Toledo en el siglo XVI”, p. 196 y ss., así lo ha resaltado afirmando: “el artífice no se obliga solamente a dar hecha la obra, sino a hacerla él; es decir, se trata de contratos de ejecución personal. Y por la naturaleza artística de la obra se tuvieron en cuenta, al contratarla, las cualidades personales del artista; es decir, se trata de contratos personalísimos, al menos en la mayoría de los casos”.

los Reyes Católicos, o cómo se realizaban las prestaciones de los mínimos servicios municipales a los súbditos del Rey, etc. Lo cierto es que, a pesar de las diferentes figuras jurídicas existentes en estas épocas, a pesar del abismo (ideológico, social, económico y jurídico) que separa todas estas fases históricas del mismo siglo XIX, un común denominador subyace en todas las contrataciones que el Estado, el Monarca o los restantes poderes públicos concertaban con sus súbditos o ciudadanos: el principio de confianza que dichas autoridades tenían en los “contratistas” sobre la base de las cualidades personales y a la probada experiencia que poseían estos en la prestación de tales servicios “públicos”.

1. LOS CONTRATISTAS DE OBRAS PÚBLICAS

Los orígenes de las prohibiciones legales para contratar con el Estado se remontan al Derecho Romano. Durante la Monarquía y la República romanas, hasta la llegada de la época imperial con Augusto, era corriente, “de hecho, si no en derecho, que los libertos quedaran excluidos de la posibilidad de celebrar contratos con el Estado”, como ha recordado Recaredo Fernández de Velasco³. Ciertamente, en Roma se dictan normas especiales sobre diversos tipos de contratos, entre los que se hallaban aquellos que tenían por objetivo la ejecución de obras públicas; en ellas se reconocía al órgano competente para seleccionar al contratista, la facultad de rechazar en la fase de licitación a los particulares, cuyas cualidades personales y profesionales no eran las más adecuadas para llevar a cabo esta función pública, así como a las personas que no cumplieron, acorde con las condiciones pactadas en su día, contratos “administrativos” anteriores⁴.

Pero habremos de esperar al siglo XVIII, para encontrar una regulación específica de las prohibiciones de contratar para la ejecución de obras públicas. La real cédula de 17 de junio de 1786, recogida en la ley X del título XXXV del libro VII de la *Novísima Recopilación*, estableció una cau-

³ Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*, p. 52.

⁴ *Op. cit.*, p. 51 y ss., así lo describe: “Era el censor la autoridad legalmente encargada de las adjudicaciones de obras públicas (...). El censor venía encargado de realizar discrecionalmente la adjudicación, pudiendo excluir a las personas que no juzgase idóneas, o que estimara poco honorables, o que hubieran dejado incumplidos contratos anteriores. En cuanto a la garantía, consistía en dar fianza o en constituir hipoteca sobre los propios fundos”. No obstante, es preciso indicar que durante el periodo del imperio (en menor medida en las etapas monárquicas y republicanas), en Roma los contratistas públicos de obras fueron escasos, porque, normalmente, el método utilizado para realizar la mayoría de las obras públicas era el de ejecución directa por el propio Estado romano, aunque, no a través de sus propios agentes o funcionarios, sino mediante el empleo de las tropas militares, en virtud de la institución de la prestación personal. *Op. cit.*, p. 52.

sa de incapacidad que afectaba a los “funcionarios” o profesionales que hubiesen intervenido en la tasación de las obras públicas que más tarde se adjudicarían al mejor postor:

“Mando por punto y regla general, que no se admitan á posturas y remates de qualesquiera obras que se executen, bien sea en la construcción de puentes, su reparación y otras públicas, los facultativos que las hubieren regulado y tasado: y quiero que en los remates que se hicieren de ellas se ponga por precisa condición esta circunstancia; y que los postores y rematantes hagan juramento de que no tienen ni tendrán parte directa ni indirecta en dichas obras los maestros ó facultativos que hubieren tasado y regulado su coste, baxo la pena, además de la nulidad del remate, de privación de oficio, y de no ser admitidos á tales contratos los que en algún caso contravinieron á esta mi disposición”.

Esta ley contenía, además de la mencionada prohibición legal para participar en los procedimientos de selección de los contratistas de obras públicas de aquella época, tres mandatos esenciales que merecen destacarse. El primero se refiere a la posible existencia de intereses de estos facultativos en favor de algún licitador, y que tal interés se manifieste en una mínima participación en la empresa que aspira a la obtención de la contrata; es decir, no solo se impide que estos facultativos se presenten y opten como un candidato más a la adjudicación de las obras sino, también, se contemplaba la posibilidad de que, mediante un “testaferro”, que sería el candidato interviniente en la licitación, se beneficiase ese “funcionario” de la posterior adjudicación y ejecución del contrato. Con la finalidad de evitar tal situación, la real cédula exigió el juramento de los postores y rematantes de que no tenían participación alguna en sus empresas estos facultativos, respecto de las obras en que hubiesen concurrido con las funciones indicadas, lo cual constituía alguna aparente garantía en esa etapa donde el “honor” se consideraba un valor moral y social en mayor medida que en la actualidad. La segunda prescripción trata sobre las consecuencias jurídicas derivadas de una adjudicación de obras en que se incumpliese la citada prohibición normativa; en este sentido, por un lado, se podía declarar la nulidad de ese remate y, por otro, se expulsaba o despojaba a ese facultativo de su cargo u oficio. Y el tercer mandato establecía que a los adjudicatarios que incurriesen en aquella infracción administrativa, se les inhabilitaba para poder optar a cualquier contrato en el futuro, por lo que el incumplimiento de esta causa de incapacidad originaba, a su vez, un nuevo impedimento legal, de efectos permanentes, para contratar con la Monarquía española.

2. LOS SUMINISTRADORES DEL EJÉRCITO

Los primeros particulares que suministraban materiales de guerra a los ejércitos españoles fueron artesanos que, libremente, contrataban con los reyes cristianos la fabricación y posterior venta de piezas de artillería, al generalizarse en 1330 el uso de cañones de guerra: “Se trataba de una profesión libre, sin apenas intervención estatal”⁵, y prestaban sus servicios por determinados periodos de tiempo o, bien, realizaban encargos puntuales. Y en los siglos XVI y XVII, la iniciativa privada creó importantes fábricas destinadas a la elaboración de armamento, sobre todo, para suministrarlo al Ejército. En 1540, el maestro fundidor Juan Morell fabricaba, junto a campanas, cañones para las tropas de Carlos V⁶. Y otros contratistas públicos fueron, como ha señalado Roberto Suarez Menéndez, los maestros armeros vascos que antes del descubrimiento de América, ya eran importantes proveedores de los ejércitos del reino; en efecto, en época de los Austrias existieron contratos entre el veedor de artillería, que era el representante del Rey en esas etapas, y los maestros armeros⁷. Especial interés tienen determinados contratistas del siglo XVI que proporcionaban

⁵ Roberto SUAREZ MENÉNDEZ, “La industria militar”, p. 207. Añade que con posterioridad, “el rápido crecimiento de la demanda de cañones desde la segunda mitad del siglo XV, y la cada vez mayor complejidad de las nuevas técnicas, llevaron a una progresiva especialización”, al contrario de lo que ocurría en el siglo XIV y principios del XV, cuando los artesanos suministradores no se dedicaban en exclusiva a la fabricación de material de guerra y, por tanto, no eran especialistas en ello.

⁶ Pero, sin duda alguna, las dos industrias militares más importantes fueron las santanderinas de Liérganes y La Cavada, creadas en el reinado de Felipe IV por un industrial liejés, Juan Curcio, instalado en Liérganes en 1622, dedicándose principalmente al suministro militar de artillería y munición. Sin embargo, en el siglo XVIII se inició una serie de estatalizaciones de este tipo de fábricas privadas, reduciéndose con estas medidas el número de empresas particulares que podían crear y suministrar material bélico al Estado. Así, por ejemplo, durante el reinado de Carlos III, las Reales Fundiciones de Cañones de Bronce de Sevilla y Barcelona comenzaron a gestionarse por administración directa, “abandonándose el tradicional sistema de asientos con fundidores particulares”. Juan HELGUERA QUIJADA, “Las reales fábricas”, p. 68 y ss. señala cómo “se estatalizaron las dos más importantes empresas privadas de fabricación de cañones y municiones de hierro colado: la de Liérganes y La Cavada (Santander), en 1764, y la de Eugui (Navarra), en 1766”, de tal manera que a fines del siglo XVIII toda la industria artillera española estaba bajo el control y la administración directa del Estado, con la única excepción de la fundición privada de Sagardelos (Lugo), que empezó a producir municiones para el Ejército en 1795, además de la mayoría de las fábricas de armamento ligero que, en aquel tiempo, estaban en manos de gremios de artesanos particulares.

⁷ SUAREZ MENÉNDEZ, *op. cit.* p. 220 y ss. Estos contratos contenían con frecuencia cláusulas generales que exigía una serie de exigencias técnicas que había de cumplir la fabricación de las armas, junto a un poder de control e inspección de la Corona.

a los monarcas europeos equipos y suministros militares, sin constituir dicha actividad su principal función profesional. Ramón Carande resalta que los banqueros de la época de Carlos V, junto a los tradicionales préstamos que concedían a la realeza para sufragar las numerosas y costosas batallas que se libraban en aquellos tiempos en el Viejo Continente⁸ quienes suministraban, directa o indirectamente, armamento, municiones y uniformes para las tropas, cuyo pago diferido encarecía los precios y aumentaba las ganancias obtenidas en las ventas a crédito que realizaban estos singulares “contratistas”⁹.

En definitiva, como ha destacado Juan Helguera Quijada¹⁰, hasta mediados del siglo XVIII las necesidades de armamento del Ejército y de la Marina habían sido satisfechas en su mayoría por empresarios y asentistas particulares¹¹. Posteriormente, en el siglo XIX surge un curioso antecedente del contrato administrativo de suministro, ya que van a ser los municipios españoles, en virtud de una delegación de competencias de la Administración central a la local (delegación legal obligatoria para los ayuntamientos), los sujetos jurídicos encargados de gestionar el servicio de suministro militar, celebrando los correspondientes contratos con sus vecinos a fin de obtener los bienes y materiales necesarios para el aprovisionamiento del Ejército¹².

⁸ Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Estudios de Historia económica y social de España*, p. 304; Ramón CARANDE, *Carlos V y sus banqueros*, vol. II: La Hacienda Real de Castilla, *passim*. Tanto Antonio Domínguez Ortiz como Ramón Carande ponen de manifiesto las penurias de la Hacienda de los Austrias por diversas causas, teniendo que acudir a banqueros y financieros de probada experiencia que no solo les concedían préstamos sino que, en numerosas ocasiones, también les suministraban provisiones para los ejércitos o les prestaban sus servicios como administradores de los caudales públicos ante la ineficacia del aparato estatal para gestionar con diligencia los variadísimos ingresos del Imperio. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *op. cit.*, p. 304, y Ramón CARANDE, *op. cit.*, *passim*.

⁹ CARANDE, *op. cit.*, pp. 32 y 33, destaca la importancia de estos contratos de suministros *sui generis*.

¹⁰ HELGUERA, *op. cit.*, p. 68.

¹¹ HELGUERA, *op. cit.*, p. 66. Otros bienes que se suministraban a las monarquías de aquellas épocas eran los artículos de lujo de la realeza y de la Corte, pero dichos artículos no los proporcionaban empresarios privados, sino las llamadas “industrias suntuarias”, que fueron unas reales fábricas públicas, cuya función principal era satisfacer la demanda de esos bienes de lujo.

¹² José Luis RIVERO YSERN, *El contrato administrativo de suministro*, p. 4 y ss, ha analizado con profundidad esta figura, señalando que en estos contratos no existe libertad contractual, porque “el Municipio, que ha asumido de manera forzosa la prestación del servicio, no va a contratar, sino a imponer el contrato”. Menciona diversas reales ordenes que establecieron la obligación para los municipios de proporcionar los bienes que necesiten las tropas militares (Rs. Os. 24-5-1815, 15-5-1837, 16-9-1848, etc.), y no reconoce el carácter convencional de los “contratos” de suministros entre los ayuntamientos y sus

3. LOS CONTRATISTAS DE “SERVICIOS”

3.1. Los militares

Antes del siglo XIX numerosos monarcas europeos, incluidos los españoles, y para satisfacer determinadas necesidades de sus Estados, concertaron la prestación de diversos servicios con contratistas. Como se ha recordado, las continuas guerras que asolaban el continente europeo durante la Edad Media y los siglos posteriores reclamaban los suministros oportunos para las tropas militares en campaña; por ello, nacieron ciertos contratos de servicios entre los particulares y los reyes. Uno de estos contratos “públicos” fue aquel mediante el cual el contratista se obligaba a proporcionar o reclutar soldados para los ejércitos de Carlos V. Estos “contratistas” eran verdaderos profesionales, especializados en tales tareas, en suma, “de probada experiencia”, y, normalmente, tras conseguir los milicianos requeridos, ellos mismos se convertían en los capitanes de las compañías reclutadas¹³.

Otro de esos contratos de “arrendamiento de servicios” tuvo su causa en la inexistencia de una marina adecuada que las importantes batallas navales exigían desde el siglo XV. En este sentido, como ha indicado Ramón Carande refiriéndose a la época de Carlos V,

“no fue corriente, en este reino ni en los extraños, que la Corona por sí, en astilleros propios o ajenos, acometiera obras de construcción de naves; tampoco los reyes, habitualmente, compraban las que necesitaron”;

por ello,

“careciendo los Estados de marina propia, se ven los reyes en el trance de requerir la colaboración de sujetos particulares, dueños de distintas embarcaciones, o contratistas de otras de propiedad privada, que ellos logran reunir para sus empresas”.

Es decir, salvo contados encargos reales a los astilleros para que construyesen embarcaciones en vísperas de decisivas contiendas o de regias

vecinos, al constituir transferencias coactivas, sin verdadera libertad de contratar. La jurisprudencia y el Consejo de Estado (dictamen de 24 de enero de 1848) de la época, no obstante, calificaron a esas relaciones como contratos de servicio público. Para José Luis Rivero, no pueden considerarse auténticas relaciones convencionales y, por tanto, contratos de suministro, sino más bien unas ventas forzosas a la Administración a las que están obligados los particulares de forma periódica atendiendo a las necesidades militares. En definitiva, nos encontramos con unos “contratistas forzosos”.

¹³ CARANDE, *op. cit.*, p. 151.

travesías, el Emperador, al igual que los restantes monarcas, contrataba el arriendo de galeras a importantes “empresarios”, dueños de pequeñas (o considerables) flotas de naves, por lo general, con fines militares, aunque también existieron contratos de arriendo con el objetivo de prestar servicios oficiales de comunicación y transporte entre ciertas costas del Imperio español¹⁴.

3.2. Los concesionarios de Correos

Pero, sin duda alguna, entre los antiguos “contratistas” predecimonónicos merecen una especial mención, tanto por la relevancia del servicio “público” que gestionaban como por su permanencia en el tiempo, los concesionarios de Correos. El servicio de Correos tiene su origen, al igual que numerosas instituciones jurídicas, en el Derecho Romano. Si bien, siguiendo a Manuel Pérez Olea, en un comienzo se trataba de un servicio estatal más que de un servicio público, ya que “estaba concebido como un complemento de la organización del Estado y especialmente de la milicia”¹⁵; solo en la Edad Media podrá apreciarse un cierto antecedente, porque Manuel Pérez considera que el primer servicio de Correos que reúne todas las características de un servicio público “montado y servido por particulares” fue el de los “troters” catalanes, que constituían una cofradía en 1283.

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto Francisco Rodríguez de Haro, habrá que esperar hasta el siglo xv cuando el otorgamiento por el Monarca de este servicio a la iniciativa privada va adquiriendo los carac-

¹⁴ CARANDE, *op. cit.*, p. 208 y ss. estudia estos peculiares contratos, entre los cuales destaca el concertado entre Carlos V y Andrea Doria el 11 de agosto de 1528, el cual, con su prestigiosa flota, desde tal fecha, y sin interrupción, prestó cada vez más servicios al Emperador. Otros contratos importantes fueron los celebrados con Rodríguez Rodrigo de Portuondo en Génova en 1529, y con Álvaro de Bazán en Madrid en 1530.

¹⁵ Véase Manuel Pérez Olea, “La Ordenanza Postal y las tarifas del servicio de Correos”, p. 259 y ss., que realiza un estudio histórico-jurídico del servicio de Correos en la parte introductoria de “Realmente, el servicio de Correos entendido como un servicio público similar al que tenemos actualmente solo aparece en el pasado siglo, en cuanto es en este cuando nace una organización postal dependiente e integrada en el Estado y que presta un servicio público en régimen de monopolio. Juan María PEMÁN GAVÍN, *Régimen jurídico del Servicio de Correos*, pp. 30-31. En la misma línea, distingue antes de esa fase dos anteriores: como organización estable formando parte de la Administración (“Administración Postal”), que existió desde el siglo xviii, y como organización al servicio de los reyes, y en cierta medida de los particulares, con un imperfecto monopolio, (“organización postal”) a partir del siglo xvi. (A nuestros efectos solo nos debe interesar estos dos últimos periodos históricos, por las razones que más adelante diremos).

teres de una concesión de servicio público¹⁶. En efecto, desde el siglo xv la corona española encargará a personas de su confianza la organización y gestión de un servicio que comienza a ser esencial en toda Europa: el correo. Y ello por un doble motivo: en primer lugar, porque los conflictos bélicos acaecidos en el Viejo Continente en aquella época demandaban una red de mensajeros adecuada para transmitir la información e instrucciones militares pertinentes y, en segundo lugar, porque como ha señalado Jaume Vicens Vives¹⁷, las relaciones comerciales del siglo xvi exigían una correspondencia cada vez más ágil y segura.

Durante el reinado de los Reyes Católicos aparecen los primeros concesionarios de Correos propiamente dichos. Los monarcas españoles crearon el cargo de Correo Mayor o Trotero Mayor, que fue otorgado a personas de confianza. Incluso, ciertas “empresas concesionarias” optaban a la concesión como, por ejemplo, la Cofradía y Compañía de Correos, que en 1488 la solicitó a Fernando el Católico “para lograr el mayor perfeccionamiento del servicio y utilidad social de la Cofradía”¹⁸. No obstante, será una familia de prestigio en Europa la que obtenga la gestión y organización del servicio en nuestro país con la monarquía de los Austrias: la familia Tassis (o Taxis). En 1505, Felipe el Hermoso concede a Francisco de Tassis el monopolio real para establecer las comunicaciones postales entre Francia, España y Alemania, principalmente. Luego, Carlos V, entre 1516 y 1518, conviene con los sobrinos de Francisco de Tassis los mismos servicios, ampliándolos a Italia y los Países Bajos, entre otros lugares.

Por tanto, podemos afirmar que desde los Reyes Católicos existieron unos concesionarios del servicio de Correos que prestaron el servicio en régimen de monopolio, ya que se observan los elementos típicos de la concesión: el Rey, titular de la soberanía, sería el elemento concedente, y las cofradías o familias de concesionarios, quienes prestarían sus servicios con exclusividad y percibirían un canon sobre los portes de correspondencia y por la entrega o “presentación” de la misma. En cuanto a las tarifas, eran establecidas por el propio Correo, y no por el Monarca, lo cual podía originar abusos. Por ello, en 1547 fueron fijadas por el poder

¹⁶ FRANCISCO RODRÍGUEZ DE HARO, “La concesión administrativa de servicios (reseña histórica)”, p. 458 y ss., afirma: “cuando el servicio se extiende no ya por necesidad de enlace de la Casa Real con autoridades o corporaciones ausentes, sino por la demanda de una vida comercial en auge, el otorgamiento de este servicio va tomando los caracteres de una concesión de servicio público”. Y ello estima que tiene lugar en el siglo xv, ya que los anteriores correos de la Baja Edad Media realizaron tal servicio sobre la base de un nombramiento de “funcionario o empleado público” al percibir un salario por su labor.

¹⁷ JAUME VICENS VIVES, *Curso de Historia económica de España*, p. 334 y ss.

¹⁸ RODRÍGUEZ DE HARO, *op. cit.*, p. 460.

real¹⁹. Ahora bien, hay que reconocer que ese monopolio fue relativo, en cuanto encontró la oposición y, por consiguiente, la coexistencia de otros concesionarios o Correos Mayores locales y regionales que reclamaban el respeto a sus funciones en sus respectivos territorios. En realidad, en aquella época el servicio de Correos podía considerarse como una regalía, una regalía menor, al poder ser objeto de cesión a los particulares a cambio de la organización de un sistema de postas. Junto a estos concesionarios, podemos señalar algunos “subconcesionarios” o “subcontratistas” del propio servicio de Correos; en ocasiones, los Correos Mayores, titulares de la “concesión”, arrendaban (o vendían) los cargos de maestros de postas o correos mayores locales en numerosas ciudades y villas, a cambio de una cantidad inicial más un canon o renta anual²⁰.

En el siglo XVIII, se produce la incorporación de Correos a la Corona, tras la abolición en 1706 por Felipe V del monopolio concedido a la familia Tassis. Sin embargo, ello no significó el fin de la gestión del servicio por los particulares, pues, en 1707, a pesar de la incorporación del servicio al Estado para que este lo administrase sin intermediarios ocurrió que debido a la inexperiencia de la Administración y a la urgencia para recaudar ingresos, se dispuso su arriendo primero al marqués de Monte Sacro, y luego, en 1711 a Juan Francisco de Goyeneche, por cuatro y cinco años, respectivamente. Los arrendamientos continuaron durante bastantes años (en 1742 se otorgó a Diego Rudolph la explotación del servicio de postas desde Madrid a los Sitios Reales, obligándose este a prestarlo en determinadas condiciones y con precios fijados por la Administración).

Además, este sistema de arriendo fue consecuencia también del concepto de Correos que se tenía en aquella etapa histórica. Tal como afirma Juan Pemán Gavín,

“durante este periodo, Correos sería una Renta, es decir, una fuente de ingresos para la Corona, una actividad monopolizada que se utiliza para la obtención de un ingreso, ya sea mediante su arriendo o mediante su explotación directa...”²¹.

¹⁹ En tal sentido, RODRÍGUEZ DE HARO, *op. cit.*, p. 460 y PÉREZ OLEA, *op. cit.*, p. 266.

²⁰ PEMÁN GAVÍN, *op. cit.*, p. 39 y ss. y PÉREZ OLEA, *op. cit.*, p. 266. Estos arrendamientos del servicio los realizó, entre otros, Juan de Tassis y Acuña, descendiente de los primeros Tassis, a quien Felipe II concedió similares prerrogativas que las disfrutadas por sus predecesores en el cargo, y que arrendó un buen número de postas, consiguiendo así considerables beneficios..

²¹ PEMÁN GAVÍN, *op. cit.*, p. 42 y ss.

Incluso, en el umbral del siglo XIX, se reconocía el sistema de arriendo como una de las posibilidades de gestionar el servicio de Correos. En efecto, la Ordenanza General de Correos de 1794 permitía al superintendente general “arrendar o administrar franca y libremente como le pareciere, cualquiera Administración de Correos, Postas, y demás ramos de su cargo”, y ya en la primera mitad del siglo XIX se produce la transición hacia la definitiva incorporación como servicio público, dentro de la Administración, que culminaría con el Reglamento de Correos de 1898, el cual establecía un régimen estatutario, prestado por funcionarios públicos para este servicio estatal, como ha destacado José Luis Meilán Gil²².

4. LOS ARRENDATARIOS DE RENTAS PÚBLICAS

Durante la Edad Media, nació en Europa un peculiar “contrato” entre el Monarca y los particulares que, con distintas denominaciones y ciertas modificaciones, se ha mantenido a lo largo de los siglos. Los súbditos que concertaban con el Rey el arriendo de las rentas públicas fueron, en realidad, importantes antecedentes de los actuales contratistas administrativos, ya que en todos estos arrendamientos el particular contrató con el Monarca, primero, y con la Administración Pública, después, la prestación de un servicio público: la recaudación y cobro de determinados tributos²³.

Precisamente porque ese “contratista” realizaba un servicio público, destacados autores, tanto del pasado como del presente siglo, calificaron a este convenio, no ya como el origen de algunos contratos administrativos, sino, incluso, como un contrato administrativo. Entre ellos, Alejandro Oliván que, junto a los típicos contratos administrativos, cita también al arriendo de rentas:

“Los contratos de la Administración con los particulares pueden ser de cuatro maneras: o arrendando bienes o aprovechamientos públicos, o estipulando suministros, o contratando obras públicas, o arrendando el derecho a percibir rentas generales o locales”²⁴.

²² MEILÁN GIL, *op. cit.*, p. 24 y ss.. analiza ese proceso de “descontractualización” durante los siglos XVIII y XIX.

²³ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*, pp. 70 y 71, n. 48, estimó que el arrendamiento de rentas reales, regulado en la *Novísima Recopilación*, fue un “claro precedente de los contratos administrativos”. En la misma línea Fernando ALBI, *Tratado de modos de gestión de las corporaciones locales*, pp. 696 y 697, al destacar el “acusado abolengo administrativo” de los contratos de arrendamiento de recaudación, considerándolos como antecedentes de los contratos administrativos de arrendamientos..

²⁴ Alejandro OLIVÁN, *De la Administración pública con relación a España*, pp. 219-220.

Asimismo, un jurista tan autorizado en la contratación pública como Recaredo Fernández De Velasco reconoció la naturaleza contractual administrativa del arriendo de contribuciones al incluirlo entre los diferentes tipos de contratos de prestación de servicios públicos, siguiendo la doctrina del R.D.S. de 20 de junio de 1881: “El recaudador de contribuciones ha sido ya denominado contratista de servicio público...”²⁵. El propio pliego de condiciones para el arrendamiento de la recaudación de contribuciones e impuestos, aprobado por real orden de 14 de julio de 1913 (estudiado por Fernández De Velasco), en varios de sus preceptos se refería expresamente al “contratista” o al “contrato de arrendamiento”.

En todo caso, los arriendos de rentas reales, existentes en España desde la Edad Media y generalizados a partir del siglo XIV, no fueron otorgadas por los reyes a cualquier particular que lo solicitase. Los monarcas valoraban muchísimo la previa experiencia en la administración de caudales públicos o, al menos, de cuantiosos y considerables patrimonios y bienes privados, como garantía de una correcta gestión de las rentas que deberían realizar los futuros arrendatarios. Asimismo, una mínima solvencia económica o financiera de los aspirantes constituía otra condición habitual exigida en la “licitación” del arriendo (por ello era frecuente la prestación de fianzas o la presentación de fiadores solventes que apoyasen las propuestas de los candidatos).

Estos dos requisitos los reunían en aquella época determinados comerciantes y prestamistas que, con posterioridad, fueron excluidos por las leyes españolas de concurrir y optar a la adjudicación de cualquier arrendamiento de rentas públicas: los judíos. En efecto, los hebreos, históricamente relacionados con el éxito y la usura en el comercio y en las finanzas, durante el siglo XV prestaban importantes sumas de dinero a la realeza, y esta, a su vez, como contrapartida, en cierta medida, y también en razón de los admirables resultados económicos que conseguían esos comerciantes, les concedía la gran mayoría de arriendos de tributos, con lo cual, en opinión de Manuel Garzón Pareja,

“se establecía un círculo vicioso: los arriendos de rentas y la usura enriquecían a los judíos y, el dinero así obtenido, servía para hacer préstamos a los reyes. Así proseguía de forma ininterrumpida el aumento de la riqueza judía y el monopolio por ella de la recaudación y arriendo de las contribuciones públicas”

²⁵ FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 328.

causando gran malestar entre los candidatos cristianos que, a partir de entonces, desprestigiaron dichas funciones públicas²⁶.

Las prohibiciones para contratar arriendos de rentas reales aparecen en el siglo xv, destacando, por las razones antes mencionadas, las normas que incapacitaban a los hebreos para ser arrendatarios públicos. Según Manuel Garzón Pareja, el 2 de enero de 1412, los regentes de Juan II en Valladolid promulgaron un ordenamiento mediante el cual se prohibía a los judíos ejercer como arrendador, almojarife, procurador o mayordomo de rentas reales o señoriales, prohibición reiterada en 1433, aunque su cumplimiento fue relativo, al continuar arrendándose algunas rentas a ciertos aspirantes de religión judía. Sin embargo, los *Cuadernos de Alcavalas* de 1484 y de 1491 matizaron la anterior prohibición absoluta, considerando la realidad del momento, y establecieron solo una incapacidad relativa, ya que impedían que los judíos y los moros pudieran ser “arrendadores menores”, es decir, arrendatarios de determinadas rentas otorgadas previamente al arrendatario encargado de la recaudación de los tributos en un “partido” o territorio concreto. Por tanto, los judíos podían ser “arrendadores mayores”, haciéndose cargo del arriendo de rentas por partidos completos²⁷. Pero esa relativa prohibición se “suavizó” más aún, en cuanto se permitía a los hebreos y mudéjares que fuesen “arrendadores menores” en aquellos lugares donde tuviesen jurisdicción propia y con un censo superior a doscientos vecinos.

4.1. LA NUEVA RECOPIACIÓN

Tiempo después, la *Nueva Recopilación*, en el título x del libro ix, estableció una serie de normas referentes a qué tipos de personas no podían arrendar las rentas reales o ser fiadores de ellas, si bien la mayoría de dichos preceptos recogían los mandatos del *Cuaderno de las Alcavalas* de 1491 promulgado por los Reyes Católicos. Estas leyes de la *Nueva Recopilación* (algunas de las cuales se recogieron después en la *Novísima*) no definían qué personas eran capaces para ser arrendatarios de rentas reales, sino que se limitaron a enumerar aquellas que no podían optar al arrendamiento por diversos motivos. Pero fue una regulación parcial e insuficiente, porque existían otros posibles candidatos cuyas condiciones personales, económicas y técnicas no eran las más idóneas para desempeñar tales funciones.

²⁶ Manuel GARZÓN PAREJA, *Historia de la Hacienda de España*, tomo I, p. 386. Este autor resalta también la importancia que en etapas posteriores siguieron teniendo los arrendatarios de antigua fe judía, descendientes de los hebreos españoles del siglo xv, sobre todo, durante el reinado de Felipe IV, al que sirvieron numerosos judíos conversos, especialmente portugueses. *Op. cit.*, tomo I, p. 206.

²⁷ *Op. cit.*, tomo I, pp. 386-387.

Sus leyes no exigían la necesaria experiencia y solvencia financiera para ser arrendatario de rentas públicas, aunque los reyes, en general, sí las tenían muy en cuenta en la práctica. En efecto, podemos observar en las normas del título x del libro ix, distintos supuestos de incapacidad.

Un primer grupo de reglas estaría formado por las leyes II²⁸, IV²⁹ y VII³⁰, dentro de las cuales, a su vez, podemos distinguir dos clases de incapaces. En primer lugar, determinados individuos al servicio de la monarquía, cargos o “funcionarios” públicos, en definitiva. Y, en segundo lugar, también se prohíbe a los “Cavalleros” y “personas poderosas” acceder a los arriendos. Además, estas prohibiciones alcanzaban a los intermediarios o “testaferros” interpuestos por los sujetos incapaces legalmente. Mas, lo de mayor importancia, a nuestro juicio, es que en ambas prohibiciones subyace una finalidad común: evitar las corruptelas, el perjuicio al interés público e, incluso, garantizar a los demás súbditos la posibilidad de concurrir en condiciones de igualdad, objetividad e imparcialidad a los pertinentes procedimientos de adjudicación de los arrendamientos.

Una segunda clase de prohibiciones fueron aquellas que impedían acceder al ejercicio del arriendo de rentas reales a determinadas personas

²⁸ “Mandamos, i defendemos, que los Cavalleros, i otras personas poderosas no arrienden por si, ni por interpositas personas, las nuestras Alcavalas, i tercias, ni otras nuestras Rentas de los Lugares Abadengos que están en sus tierras, i comarcas, ó en derredor dellas; i mas que las dexten, i consientan arrendar, i coger à personas llanas, que mas por ellas dieren: i mandamos à los nuestros Arrendadores, i Recaudadores Mayores, i facedores de Rentas, que no arrienden pública, ni secretamente, directè, ni indirectè à los tales Cavalleros, i personas poderosas las Alcavalas, ni tercias, ni otras nuestras rentas de las dichas Villas, ni Lugares Abadengos, ni à personas interpuestas por ellos para las arrendar...”. Conviene recordar la distinción antes explicada entre “arrendadores mayores” y “arrendadores menores”, ya que las leyes II y IV se refieren a ambos. Además, cabría plantearse en qué medida los “arrendadores menores” fuesen verdaderos subarrendatarios de los “arrendadores mayores”, sus semejanzas y diferencias, sus relaciones con el Monarca arrendador y con los propios contribuyentes, etc., mas ese estudio excedería del tema objeto de esta investigación.

²⁹ “Ordenamos, i mandamos que los Perlados, i personas poderosas, i Cavalleros, que tienen vassallos, ni los nuestros Contadores Mayores, ni sus Lugares-Tenientes, ni los del nuestro Consejo, ni los nuestros Oidores de la nuestra Audiencia, ni los nuestros Alcaldes de la nuestra Casa, i Corte, i Chancilleria, ni el nuestro Escribano Mayor de Rentas, que está en la nuestra Corte, ni sus Oficiales de estos Contadores, no arrienden por si, ni por interposita persona, directè, ni indirectè, por mayor, ni por menor, en la nuestra Corte, ni fuera de ella, las nuestras Alcavalas, ni otras nuestras Rentas: otrosi, que los Alcaldes, i Alguaciles, Merinos, i Regidores, Jurados, i Escribanos de Concejos, ni Escribanos de Rentas, ni los Letrados, ni Mayordomos de Concejos, ni alguno de ellos, ni otro por ellos, no arriende por menor las Alcavals, ni otras nuestras Rentas en las Ciudades, ni Villas, ni Lugares, donde tienen los dichos sus oficios...”.

³⁰ “Mandamos que no sean Arrendadores de las nuestras Rentas Privados, ni Oficiales de la nuestra Casa, en público, ni ascondido; porque por temor, ò vergüenza no dexten de pujar los que las quisieren arrendar”.

debido a su nacionalidad o religión. En efecto, la ley III prohibía a los judíos y mudéjares ser arrendatarios, con lo cual se producía una discriminación respecto de los aspirantes de fe cristiana, por los motivos atrás reseñados, si bien es cierto que no era una prohibición absoluta, sino relativa, en cuanto podían ser “arrendadores menores” con ciertos requisitos, como ya vimos. Y más interés tiene la incapacidad por causa de la nacionalidad³¹, porque aparecerá también durante el siglo XIX y XX en varios pliegos de condiciones generales para las obras públicas, donde se prescribía que los extranjeros no podían ser contratistas del Estado español, aspectos que examinaremos en su momento.

Un último tipo de incapacidad se recoge en la ley VI, que prohíbe al funcionario competente admitir proposición o fianza de cualquier persona menor de edad. No obstante, estamos ante otra prohibición relativa, pues, aunque el candidato a fiador o arrendatario no acreditase su mayoría de edad, podía optar a la adjudicación del contrato realizando el juramento de no ser menor de veinticinco años:

“Mandamos que de aquí adelante no sea rescibido por Arrendador mayor, ni menor, ni por fiador de cualquier dello el que pareciere por su aspecto, ò fuere en duda que es menor de edad de vente i cinco años en ninguna de nuestras rentas, sin que primeramente jure sobre aquel contrato, que hace de arrendamiento, ò fianza, no se llamarà menor de edad, ni se dirà leso ni damnificado, ni pedirá restitucion; i que el nuestro Escrivano de Rentas no resciba la obligación, sin que resciba el juramento...”³².

4.2. LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN

Más tarde, la *Novísima Recopilación*, en el libro X, título X, también exigió ciertos requisitos a los aspirantes al arrendamiento de las rentas reales.

³¹ Esta prohibición se recogió en la ley XI con las siguientes palabras: “Mandamos que en los arrendamientos que se hicieren de nuestras Rentas Reales, i mayormente en las que consisten en Puertos de mar, i tierra, aviendo personas naturales de estos Reinos, que se quieran encargar de ellas por el precio, i con la seguridad, i fianza, que los Extrangeros, sean preferidos en todo lo que uviere lugar à ello en los dichos arrendamientos”.

³² En verdad, más que una auténtica prohibición para contratar el arriendo se trata de una norma cuya única finalidad es la protección del interés público, en cuanto admite la proposición o fianza de un presunto menor, siempre y cuando jure que no lo es, a efectos de evitar posteriores reclamaciones del mismo (o de los titulares de su patria potestad), obligando a la Administración a rescindir el contrato e indemnizar al menor. Esta causa de incapacidad guarda, sin duda alguna, íntima relación con la capacidad de obrar en el ordenamiento civil, donde la mayoría de edad es una condición esencial para realizar actos y contratos privados. Además, como analizaremos más adelante, la mayoría de edad será un requisito *sine qua non* para contratar con la Administración Pública decimonónica la ejecución de toda obra pública.

La ley I (la antigua ley VIII de la *Nueva*) prohibía a los clérigos y demás eclesiásticos acceder al arriendo, a menos que sus propuestas estuviesen garantizadas por fiadores de reconocida o acreditada solvencia. La desconfianza real en la correcta administración o gestión de la recaudación de los tributos por parte del clero originó esta norma preventiva³³. Por último, la ley II (la anterior ley IX de la *Nueva Recopilación*) incapacitaba a determinados cargos públicos y “personas poderosas” para ser arrendatarios de las rentas reales, en la línea de las leyes II y IV de la *Nueva*, anteriormente vistas.

4.3. EL SIGLO XIX

Siglos después, el Reglamento para la administración y exacción del impuesto de consumos de 1898 prohibió, en su art. 229, a determinados tipos de ciudadanos optar al arriendo de dicho tributo. Así lo dispuso el precepto:

“No serán admitidos como licitadores ni como fiadores de éstos: 11. Los individuos del Ayuntamiento que estén ó deban estar en ejercicio durante el periodo del arriendo, ni los empleados de la misma Corporación. 21. Los jueces y fiscales municipales, ni los suplentes de unos y otros. 31. Los deudores á la Hacienda ó al Municipio. 41. Los condenados por sentencia firme á pena que lleve consigo interdicción civil. 51. Los menores de edad. 61. Los declarados en quiebra que no estén rehabilitados. 71. Los extranjeros que no renuncien para este caso los derechos de su pabellón”³⁴.

II. Los incapacitados para contratar con la administración pública decimonónica

1. LAS PROHIBICIONES EN LA CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y SU APLICACIÓN SUPLETORIA

Durante el siglo XIX, se dictaron diversos pliegos de condiciones generales para la contratación de las obras públicas en los que se establecía la capacidad necesaria para ser contratista del Estado, y se enumeraban las situaciones de los particulares que les impedían contratar con la

³³ “Mandamos, que los nuestros arrendadores y recaudadores, así mayores como menores, no arrienden nuestras Rentas, ni alguna dellas á clérigos y personas eclesiásticas, salvo si dieren buenos fiadores legos, quantiosos y abonados, para que se haga la execucion en sus bienes de las quantías que debieren...”

³⁴ La similitud de estos casos con las prohibiciones que a lo largo del siglo XIX aparecieron en los pliegos de condiciones generales para los contratistas de obras públicas es evidente, como comprobaremos al analizar la capacidad para contratar con la Administración.

Administración, la ejecución de dichas obras. Pero la relevancia de estas prohibiciones reglamentarias no se limitaba al ámbito de los contratos de obras públicas, porque los preceptos contenidos en dichos pliegos son aplicables no solo a los contratistas de obras públicas sino, también, a los restantes contratistas decimonónicos. Y ello por varios motivos.

En primer término, no existió a lo largo de todo el siglo XIX ninguna otra norma que regulase, con carácter general, el estatuto de los demás contratistas o concesionarios. Por ello, en ausencia de normativa específica sobre cada clase de contratos que celebraba la Administración Pública de aquel momento, se debían aplicar, supletoriamente, las reglas sobre el contratista de obras, siempre y cuando no fuesen incompatibles con la especial naturaleza jurídica de cada contrato público.

En segundo lugar, recordemos la proyección histórica que tuvo en todo ese siglo (y que ha llegado hasta nuestros días), el contrato de obra pública. Este “privilegio” legal concedido a esta clase de contratos, consistente en la aplicación de las disposiciones que regulaban su régimen jurídico a otros ciudadanos que contrataban con la Administración, se justifica en función no solo de la importancia objetiva que este sector de la actividad pública adquirió desde el nacimiento y el posterior desarrollo del “fomento” como fin prioritario del Estado sino, también, por la urgente necesidad, ideológica y material, de que concurriese con alta notoriedad la iniciativa privada en esta enorme y trascendental tarea de interés nacional.

En tercer término, debemos destacar, una vez más, que la mayoría de las obras públicas realizadas durante el siglo XIX, al menos las de excesivos costes y duración prolongada, estuvieron a cargo de los particulares, pero no mediante la técnica de la contrata, sino a través de la institución concesional, de la concesión de obras públicas. Por tanto, sería absurdo considerar que el Estado decimonónico fuese tan negligente como para no dictar ninguna norma (aparte de las leyes generales) cuyos destinatarios fuesen los numerosos e importantes concesionarios de obras. Es razonable pensar que, en la medida que las disposiciones sectoriales y generales de cada clase de concesión de obras lo permitiesen, rigiese también para estos singulares “contratistas” los preceptos existentes sobre los contratistas de obras en sentido estricto, esto es, los ciudadanos partícipes en las contrata³⁵.

³⁵ Por este motivo, algunas normas se promulgaron con el objetivo de aplicarse tanto a los contratistas como a los concesionarios de obras. Así, por ejemplo, el art. 9 de la Ley de Expropiación Forzosa por causa de utilidad pública, de 10 de enero de 1879: “Los concesionarios y contratistas de obras públicas á quienes se autorice competentemente para obtener la enajenación, ocupación temporal ó aprovechamiento de materiales, en los términos que esta ley autoriza, se subrogarán en todas las obligaciones y derechos de

Y en último lugar, la *ratio legis* de las mencionadas prohibiciones legales es la misma para los contratistas de obras y para cualquier otra clase de contratistas, ya sean de la Administración del Estado o de la Administración local: garantizar las mínimas condiciones de capacidad e idoneidad de los aspirantes a contratar con todo poder público la ejecución de una obra o la prestación de un servicio público. Estos fundamentos comunes se pueden deducir del articulado del real decreto de 4 de enero de 1883, sobre la contratación de las diputaciones provinciales y ayuntamientos, porque recogía idénticas y similares causas de incapacidad para contratar con estas administraciones que las contempladas en los pliegos para las contrata de obras públicas del Estado.

A continuación, comentaremos algunos antecedentes de las disposiciones decimonónicas sobre quienes estaban legitimados para ser contratistas de la Administración, con el fin de constatar que dichas previsiones legales o, incluso, jurisprudenciales perduraron en general, durante siglos, incorporándose en los mencionados pliegos de condiciones generales, con ligeras modificaciones, consistentes principalmente en introducir una mejor técnica legislativa, dada la valiosa y considerable experiencia de siglos anteriores.

2. LAS REGLAMENTACIONES DEL SIGLO XIX

2.1. Las primeras prohibiciones

Durante el reinado de Isabel II, se dictó el real decreto de 10 de octubre de 1845, por el que se aprobaba la instrucción para promover y ejecutar las obras públicas. Su art. 20 recogía una prohibición legal para ser contratistas e, incluso, en similitud con la anterior ley de la *Novísima*, proscribió que ciertos funcionarios tuvieran relación alguna con la empresa seleccionada para ejecutar la obra:

“En las contrata, ajustes y destajos de obras públicas no podrán tener participación los empleados de este ramo, so pena de quedar destituidos de sus destinos. Tampoco podrán dar ocupación á los carros y acémilas de su propiedad en las obras que se ejecuten por administración”.

la Administración para los efectos de la presente Ley”. También el real decreto de 10 de julio de 1861, aprobando el pliego de condiciones generales para las contrata de obras públicas, parece avalar la tesis expuesta, al mencionar, en su preámbulo, la conveniencia de una reforma de las reglas de los contratos sobre “servicios” públicos en general: “Esta reforma es tanto más útil en el día, cuanto más frecuente es la necesidad en que se encuentra la Administración de resolver las varias cuestiones á que dan lugar los muchos contratos que celebra con los particulares para llevar á cabo los servicios que se hallan á su cargo...”.

Este precepto impedía a los ciudadanos que prestaban sus servicios en el entonces Ministerio de Fomento, departamento competente para la promoción y realización de las obras de interés público, ser trabajadores o empresarios de toda empresa privada que se presentase como candidata a la consecución de un contrato de obra pública³⁶. Además, este artículo ve-taba a dichos funcionarios contribuir en las obras ejecutadas directamente por la propia Administración proporcionando materiales de su propiedad.

El 18 de marzo del año siguiente, se aprobó la real orden que contenía el pliego de condiciones generales para las contrataciones de obras públicas de caminos, canales y puertos, remitido “á los Gefes políticos” para su correspondiente observancia por real orden de 16 de abril de 1846. El artículo primero exigía, entre otros requisitos para poder participar en la subasta de esta clase de obras públicas, una mínima capacidad técnica y financiera necesaria para ejecutar de modo adecuado la obra objeto del contrato y llevarla a buen término. Esa capacidad debía acreditarse en las formas señaladas en el precepto:

“Ninguno podrá ser admitido en la subasta sin reunir las cualidades necesarias para ejecutar por su cuenta las obras y afianzar la seguridad de su buena construcción.

Para llenar la primera de estas condiciones solo serán admitidos como licitadores los que presenten documentos que comprueben su posibilidad de prestar la conveniente fianza.

Garantizarán igualmente la buena construcción de las obras, ya sea presentando el título ó la certificación que acredite su capacidad para dirigir las por sí mismos, ya sea obligándose á confiar su ejecución á personas facultativas prácticas en las de que se trate, ya justificando su buen cumplimiento en otras contrataciones de la misma especie.

Además, la persona que haya de tomar parte en las subastas, deberá depositar antes de principiar el acto, la cantidad que se fijará previamente según la importancia de la obra”.

³⁶ La condición de empleados de la Administración Pública, en especial de determinados funcionarios como estamos observando, era incompatible con el estatus jurídico de los contratistas y, por consiguiente, no se les permitió ni tomar parte en los procesos de licitación, ni colaborar en la ejecución de contrato administrativo de obra alguna, debido, fundamentalmente, a la prevención de posibles “tráficos de influencias” y “enriquecimientos injustos” que se podrían producir en ausencia de esta prohibición normativa. La importancia de esta causa de incapacidad contractual es evidente, hasta el punto de que ha subsistido hasta nuestros días (con ciertas modificaciones), como veremos en su momento, si bien no todas las disposiciones sobre la materia la contemplaron.

2.2. LA EXTENSIÓN DE LAS CAUSAS DE INCAPACIDAD PARA SER CONTRATISTAS

Sin embargo, tendremos que esperar a la segunda mitad del siglo XIX para constatar la aparición de una serie detallada –fruto tanto de la experiencia de la práctica contractual pública de siglos precedentes, como de las diversas normativas sobre las causas de incapacidad para contratar con el Estado español a lo largo de los tiempos– de prohibiciones legales para convenir con la Administración Pública la realización de una obra de interés general.

En efecto, será el real decreto de 10 de julio de 1861, por el que se aprueba el pliego de condiciones generales para las contrataciones de obras públicas, la primera norma que “recopile” y clarifique las variadas situaciones que no facultaban poder ser contratista del Estado. El art. 1 decía:

“No podrán ser contratistas de obras públicas:

- 1.1 Los menores de edad.
- 2.1 Los que se hallen procesados criminalmente, si hubiese recaído contra ellos auto de prisión.
- 3.1 Los que por sentencia judicial hayan padecido penas corporales aflictivas ó infamatorias, si no hubiesen obtenido rehabilitación.
- 4.1 Los que se hallen bajo interdicción judicial física ó moral.
- 5.1 Los que estuvieren fallidos ó en suspensión de pagos ó con sus bienes intervenidos.
- 6.1 Los que estuviesen apremiados como deudores á los caudales públicos en concepto de segundos contribuyentes.
- 7.1 Los que hayan sido inhabilitados por la Administración para tomar á su cargo servicios públicos por su falta de cumplimiento en contratos anteriores”.

También durante el periodo revolucionario liberal se promulgó una disposición que hacía referencia a la capacidad de los aspirantes a contratistas, pero no citaba ninguna causa de incapacidad, a diferencia del anterior pliego de 1861. Así, la orden del Almirantazgo de 3 de mayo de 1869, que aprobó las condiciones generales con arreglo a las cuales deberían celebrarse las subastas para la contratación de los diferentes servicios de la Armada, en su tercera condición prescribía:

“No se admitirá como licitador á persona alguna ó Compañía que no tenga para ello aptitud legal, y sin que acredite con el correspondiente documento, que entregará en el acto al presidente de la Junta, haber hecho en la Tesorería de Hacienda pública respectiva el depósito de la cantidad que se fije como garantía para la subasta...”.

Tras la caída de la I República y el regreso de la monarquía borbónica al trono de España se dictaron diversas normas, de rango reglamentario, sobre esta materia. Antes de ellas, la LGOP de 1877 formulaba un principio general referente, en cierta medida, a las cualidades personales y técnicas de los empresarios que compitiesen por el otorgamiento de una misma concesión de obras públicas³⁷. Entre las citadas normas reglamentarias se encuentra el real decreto de 4 de enero de 1883, que dispuso:

“los contratos que las Diputaciones provinciales y Ayuntamientos celebren para toda clase de servicios que produzcan gasto ó ingreso en fondos provinciales y municipales, se hagan por remate y subasta pública”.

Su artículo 11 estableció similares prohibiciones a las recogidas en el pliego de 1861 para ser contratistas³⁸.

Poco después se dictó el real decreto de 11 de junio de 1886, que contenía el pliego general de condiciones para la contratación de las obras públicas, sustituyendo al anterior de 1861. Su artículo primero dispuso:

“Pueden ser contratistas de obras públicas los españoles y extranjeros que se hallen en posesión de sus derechos civiles, con arreglo á las leyes de su respectiva nacionalidad, y las Sociedades y Compañías legalmente constituidas ó reconocidas en España. Quedan exceptuados: 1.1 Los que se hallen procesados criminalmente si hubiese recaído contra ellos auto de prison. 2.1 Los que estuviesen fallidos, ó en suspensión de pagos, ó con

³⁷ El art. 62 de la LGOP prescribió: “Cuando se presente más de una petición para una misma obra, será preferida la que mayores ventajas ofrezca á los intereses públicos (...)”. El ámbito de aplicación de este artículo, a nuestro entender, es doble. Por una parte, se refiere al procedimiento propiamente dicho de selección de los contratistas, y por otra, a las características personales, económicas y técnicas de los candidatos que fuesen más beneficiosas para el interés general y, por tanto, a las circunstancias que impedían, no solo la obtención de la correspondiente concesión, sino, además, la participación del aspirante incurso en esas circunstancias en el proceso de licitación contractual.

³⁸ “No podrán ser contratistas: 1.1 Los que con arreglo á las leyes civiles carezcan de capacidad para contratar por sí, sin intervención de otra persona. 2.1 Los que se hallen procesados criminalmente, si hubiese recaído contra ellos auto de prison. 3.1 Los que estuvieren fallidos ó en suspensión de pagos ó con sus bienes intervenidos. 4.1 Los que estuvieren apremiados como deudores al Estado ó á cualquier provincia ó Municipio en concepto de segundos contribuyentes. 5.1 Los que hayan sido inhabilitados administrativamente para tomar á su cargo servicios ú obras públicas por falta de cumplimiento á contratos anteriores. 6.1 En los contratos que celebren los Ayuntamientos, los Concejales, ni el Secretario, Contador y empleados dependientes del Ayuntamiento contratante, ni los Diputados provinciales, Secretario, Contador y Depositario de la provincia respectiva, y en los contratos que celebren las Diputaciones, los Diputados provinciales, ni el Secretario, Contador, Depositario y empleados dependientes de la Diputación contratante”.

sus bienes intervenidos. Y 3.1 Los que estuvieren apremiados como deudores á los caudales públicos en concepto de segundos contribuyentes”.

En definitiva, como podemos apreciar, la regulación de las prohibiciones en estas tres disposiciones decimonónicas no es homogénea, aunque sí parcialmente coincidente. En cuanto a las prohibiciones comunes, tanto ambos pliegos como el real decreto establecieron que los procesados con auto de prisión, los fallidos, suspensos de pagos o con sus bienes intervenidos y los apremiados como deudores a la Hacienda Pública en concepto de segundos contribuyentes, no podían, en ningún caso, convertirse en contratistas de las entidades públicas en nuestro país; los inhabilitados por la propia Administración debido al incumplimiento de contratos anteriores, a tenor de lo dispuesto en el Plegó de 1861 y en el R.D. de 1883, tampoco se encontraban facultados para contratar con las administraciones públicas. Y respecto de las prohibiciones exclusivas y específicas de cada norma, el pliego de 1861 recogió tres causas de incapacidad sobre el estado civil, los condenados por los tribunales penales a determinadas penas y los declarados incapaces mediante la institución de la interdicción judicial; a su vez, el R.D. de 1883 impedía a los incapaces para contratar según el ordenamiento jurídico privado y a ciertos funcionarios y cargos políticos de las corporaciones locales, aspirar a ser contratistas³⁹.

³⁹ Merece resaltarse una norma sectorial relevante: el real decreto de 14 de enero de 1892, que aprobó la instrucción para la contratación de los servicios dependientes de la Dirección General de Comunicaciones. En su artículo segundo señaló quienes estaban facultados para contratar con ese organismo público en concreto, y quienes se hallaban incapacitados para ello, en términos parecidos a los de las normas anteriormente citadas: “Pueden ser contratistas todos los españoles que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles y las Sociedades ó Compañías legalmente constituidas ó reconocidas en España. También pueden serlo los extranjeros que se hallen en posesión de sus derechos civiles, con arreglo á las leyes de su respectiva nacionalidad; pero si se tratase de transporte de correspondencia ó explotación de líneas telegráficas ó telefónicas, deberán presentar un súbdito español que constituya la garantía, se haga solidario de las obligaciones del contrato y acredite reunir las condiciones legales. No podrán ser contratistas: 1.1 Los que se hallen procesados criminalmente, si hubiese recaído contra ellos autos de prisión. 2.1 Los que estuvieren fallidos ó en suspensión de pagos ó con sus bienes intervenidos. 3.1 Los que estuvieren apremiados como deudores á los fondos públicos en concepto de persona directa ó subsidiariamente responsables, según definen las disposiciones administrativas. 4.1 Los que habiendo celebrado anteriormente contratos con la Administración hubieren dado lugar á la rescisión de los mismos por el incumplimiento de las obligaciones contraídas. Y 5.1 Los que intervengan por razón de su cargo en los expedientes de subasta ó concurso ó en las operaciones preparatorias de los mismos”.

Posteriormente, el real decreto de 7 de junio de 1898, por el que se aprobó el reglamento para el régimen y servicio del ramo de Correos, en sus arts. 176 y 177 recogió en similares términos lo establecido en el anterior art. 2 de la instrucción de 1892.

2.3. ¿LOS EXTRANJEROS COMO CONTRATISTAS?

En relación con los extranjeros contratistas, hay que destacar que la primera disposición que les menciona y les concede capacidad para ser contratistas del Estado español fue el pliego de 11 de junio de 1886, cuyo art. 1 les permitía optar a las contrataciones de obras públicas siempre y cuando “se hallen en posesión de sus derechos civiles, con arreglo a las leyes de su respectiva nacionalidad” y, además, podían contratar “las Sociedades y Compañías legalmente constituidas ó reconocidas en España”. En cuanto a los incapacitados, regían las mismas prohibiciones para los nacionales como para los no nacionales. De este precepto se deduce la equiparación de los españoles y de los extranjeros en cuanto los requisitos de capacidad para contratar con la Administración de nuestro país, salvo la remisión que realizaba este artículo a la legislación específica de cada nación sobre la posesión de los derechos civiles⁴⁰.

Ahora bien, el hecho de que hasta 1886 no existiera referencia alguna a la capacidad de los extranjeros para poder contratar con algún ente público español no implica necesariamente que hasta esa fecha se les vetara en la práctica, participar en los procedimientos de licitación contractual y obtener la respectiva adjudicación del contrato público. Y ello por diversas razones. En primer lugar, las precedentes Ley de Bases de Obras Públicas de 29 de diciembre de 1876 y la Ley General de 1877 sobre la misma materia establecieron una especial protección frente a las inversiones extranjeras destinadas a la construcción y explotación de obras de interés general, por lo que habría sido difícil que se comprendiese el reconocimiento legal de estos beneficios o privilegios a las empresas no españolas que decidiesen ejecutar, mediante contrataciones o concesiones, obras públicas, si legalmente después se les impedía hacerlo. La base 21 y el art. 122 de la LGOP prescribieron:

“Los capitales extranjeros que se empleen en las obras públicas y en la adquisición de terrenos necesarios para ellas estarán exentos de represalias, confiscaciones y embargos por causa de guerra”.

En segundo lugar, debemos recordar la situación histórica de fines del siglo XIX, ya que era en absoluto imprescindible la concurrencia de

⁴⁰ La mencionada instrucción de 1892 y el Reglamento de Correos de 1898 continuaron la misma línea del pliego de 1886, pero con una particularidad: cuando el objeto del contrato administrativo fuese el transporte de correspondencia o la explotación de líneas telegráficas o telefónicas (este segundo supuesto no se mencionaba en el reglamento de 1898) los extranjeros candidatos a contratistas “deberán presentar un súbdito español que constituya la garantía, se haga solidario de las obligaciones del contrato y acredite reunir las condiciones legales” (art. 2 de la instrucción y 176 del reglamento).

importantes recursos financieros y técnicos procedentes de otros países para continuar e incrementar la política de fomento e impulso en la realización de obras de interés público que se inició en 1845, sobre todo. La solvencia económica, la capacidad técnica y la experiencia de numerosos contratistas extranjeros fueron decisivas para atraerlos e incentivarlos en el ámbito de la ejecución de obras públicas, y, en particular, a las compañías concesionarias de ferrocarriles, como veremos en su momento⁴¹. Y, en tercer lugar, la ausencia de previsión legal que autorizara a los extranjeros poder optar a la adjudicación de un contrato con la Administración Pública española no significa que no pudieran hacerlo, porque, entre otras razones, no hubo ninguna norma que con expresa prohibición de contratar con el Estado. Asimismo, el real decreto de 17 de noviembre de 1852, sobre la condición civil de los extranjeros en España, en su art. 18 estableció que podían ejercer cualquier actividad empresarial que no estuviese reservada legalmente a los españoles⁴².

Por consiguiente, si bien es cierto que a partir de la restauración se privilegiará con importantes medidas legales la contratación con empresas extranjeras, antes de esa fase histórica también existieron este tipo de contratistas en nuestro país, si bien con carácter minoritario.

III. El singular estatuto de los concesionarios de líneas férreas

I. LA CAPACIDAD PARA CONSTRUIR Y EXPLOTAR UN FERROCARRIL

El Estado español decimonónico se abstuvo de dictar una legislación administrativa específica que regulase las condiciones necesarias que debían reunir los candidatos a obtener una concesión ferroviaria. Dada la trascendencia jurídica, económica, social e, incluso, política, que derivaba de seleccionar a los licitadores que ofreciesen mayores garantías para llevar a cabo una correcta ejecución de las obras y una adecuada prestación del

⁴¹ Junto a estas causas y características propias de las empresas contratistas no nacionales, conviene citar, una vez más, la escasez de recursos económicos que, tanto el Estado español como nuestros contratistas, padecían en aquella época. Además, el urgente e inaplazable subdesarrollo nacional en la mayoría de las infraestructuras de comunicaciones y de nuevos servicios públicos que estaban implantándose ya en Europa, constituyó otro motivo destacado a la hora de incentivar la inversión en España del capital extranjero.

⁴² Este precepto señaló: "Pueden también adquirir y poseer bienes inmuebles, ejercer las industrias y tomar parte en todas las empresas que no estén reservadas por las leyes y disposiciones vigentes á los súbditos españoles".

posterior servicio público de transporte ferroviario, resulta sorprendente que ni siquiera las dos leyes generales de ferrocarriles de 1855 y 1877 prescribiesen mandato alguno sobre esta importante cuestión. Esto ocurre en contraste con las diversas normas reglamentarias, en especial los pliegos de condiciones generales vistos anteriormente, que se promulgaron sobre las obras públicas en general, y que contenían diversas prohibiciones administrativas para contratar con la Administración la ejecución de una obra de interés general.

Por esta razón, entre otras ya analizadas⁴³, estimamos que rigen para los concesionarios de ferrocarriles las disposiciones de rango reglamentario referidas, en cuanto no se opongan a la especial naturaleza de la concesión de los caminos de hierro. Así, pues, los aspirantes a conseguir la concesión administrativa indispensable para iniciar la ejecución de una vía férrea, solo, en principio, debían observar las normas antes citadas⁴⁴. Sin embargo, existen algunos preceptos aislados en disposiciones de muy variada

⁴³ Manuel GÓMEZ GONZÁLEZ, “Concesiones de Ferrocarriles”, tomo VII, p. 870. Las razones de la aplicación generalizada, con carácter supletorio, de la normativa sobre las contrataciones de obras públicas a otros contratos administrativos las expusimos al tratar las causas de incapacidad para contratar con los poderes públicos del siglo XIX y, por consiguiente, a ellas nos remitimos. Por otra parte, no vamos a entrar en la polémica, aún no resuelta en la actualidad, de la verdadera naturaleza jurídica de la institución concesional, ya sea de obras o de servicios públicos, pues ello excede el ámbito objetivo de este trabajo de investigación. No obstante, a nuestro juicio, la concesión de obras ferroviarias, al menos en cuanto al régimen de capacidad de los concesionarios se refiere, se puede considerar como un contrato administrativo o, bien, en todo caso, una *sui generis* figura contractual, con lo cual, incluso en este último supuesto, no procede la inaplicación de las disposiciones decimonónicas sobre capacidad a los concesionarios de ferrocarriles, puesto que dichos mandatos legales rigen para cualquier particular que desease contratar con una administración la realización de una obra pública o la prestación de un servicio público o ambas cosas, como ocurre con los ferrocarriles, con independencia de que la especial naturaleza y efectos de aquella relación entre las partes determine su sujeción a distintas reglas del Derecho Administrativo o del propio Derecho Privado. Además, por un lado, la concesión de ferrocarriles fue calificada por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria del siglo XIX como un contrato y, por otro, es innegable el carácter de obra pública que tienen las obras ferroviarias, por lo que la aplicación de la legislación sobre ejecución indirecta de las obras de interés público es relativamente obligada, siempre que no sea incompatible, como dijimos, con la peculiar obra pública que fue la ferroviaria. En parecidos términos se expresa Manuel Gómez González, al asumir y citar varias decisiones del Consejo de Estado de 1868, reconociendo el carácter de obra pública de la construcción del ferrocarril, así como el R.D., sentencia de 13 de febrero de 1866, que consagró la naturaleza contractual de la concesión ferroviaria.

⁴⁴ En idéntico sentido se ha manifestado GÓMEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 870: “La capacidad de los concesionarios se rige por las reglas generales sobre esta materia..., son, por lo tanto, aplicables para la determinación de su capacidad los principios generales sobre contratación administrativa”.

índole que es necesario señalar en cuanto afectan al régimen jurídico de la capacidad de los concesionarios de líneas férreas.

3.1. La peculiar capacidad de ciertos concesionarios

La real orden de 31 de diciembre de 1844 estableció un régimen privilegiado para determinados aspirantes a la adjudicación de las llamadas concesiones “provisionales”. En efecto, los solicitantes “de conocido arraigo” gozaban de una preferencia de hecho y de derecho para convertirse en concesionarios de ferrocarriles. Ello suponía una auténtica discriminación legal y un atentado contundente contra el principio de libre concurrencia en todo procedimiento de licitación contractual público. Además, esta normativa impedía, en realidad, poder ser concesionario a todos los restantes ciudadanos no considerados de tal “clase”, estableciéndose así implícitamente una cierta “prohibición” para acceder a este tipo de “contratos públicos”. Ciertamente es que la expresión “de conocido arraigo” pudo haberse interpretado como una “primitiva” exigencia de capacidad económica y técnica que garantizase, en cierta manera, la buena marcha de las concesiones, ello significó todo lo contrario, puesto que esa fórmula permitió el otorgamiento de concesiones a individuos “de conocido arraigo” en los círculos de poder político y financiero de la época, sin que se presumiese siquiera el posible y deseable éxito de la construcción y ulterior gestión de los caminos de hierro por dichos adjudicatarios⁴⁵. De esta forma, se perdió una ocasión histórica de promulgar, desde el principio, unas causas de incapacidad para ser concesionario de vías ferroviarias.

3.2. El extranjero

Durante el siglo XIX se aprobaron algunas disposiciones que afectaban a determinada “clase” de candidatos: los extranjeros. Ciertamente, tampoco se contemplaba en la legislación ferroviaria española de este siglo, mandato alguno que permitiese o impidiera a los no nacionales ser concesionarios de líneas férreas; por tanto, es aplicable aquí lo que manifestamos en su momento sobre los extranjeros contratistas decimonónicos. Ahora bien, hay que reconocer que si en el siglo XIX los no españoles que contrataban con la Administración Pública de nuestro país constituían una minoría en el conjunto de todos los contratistas públicos, en el sector de los ferrocarriles ocurrió lo contrario, siendo extranjeras la mayoría de las compañías

⁴⁵ Véase lo expuesto en epígrafes precedentes sobre el fenómeno especulativo en el sistema concesional ferroviario desde sus inicios.

concesionarias⁴⁶. Por ello, se dictaron algunos preceptos que incidieron tanto en la concurrencia de los procesos selectivos, como en la subsiguiente adjudicación de concesiones de ferrocarriles en favor de empresarios no españoles.

La primera de esas disposiciones fue la Ley General de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855, cuyo art. 20 disponía:

“Los capitales extranjeros que se empleen en la construcción de ferrocarriles y los empréstitos para este objeto quedan bajo la salvaguardia del Estado, y están exentos de represalias, confiscaciones o embargos por causa de guerra”.

Las razones fundamentales de esta importante protección pública de los inversores extranjeros en las empresas ferroviarias fueron, por un lado, la inaplazable y urgente necesidad de conseguir recursos del exterior que contribuyesen a sacar a España del subdesarrollo económico y social en que se encontraba y, por otro, la valiosa experiencia y solvencia financiera y capacidad técnica de los contratistas europeos, en contraste con la falta de medios indispensables y de proyectos idóneos para acometer tal empresa

⁴⁶ Ese predominio del capital no nacional en las empresas de ferrocarriles decimonónicas lo expone Miguel ARTOLA, *Historia de España Alfaguara*, vol. V: La burguesía revolucionaria (1808-1874), pp. 87 y 92.: “...las inversiones extranjeras fueron decisivas, en especial las francesas que proporcionaron la mayor parte del capital de las sociedades de crédito, que a su vez financiaron a las concesionarias de obras públicas y colocaron en la bolsa de París las obligaciones de los ferrocarriles españoles (...). La procedencia exterior de la mayor parte del capital invertido en España durante el reinado de Isabel II hubo de pesar necesariamente sobre su destino. Según hemos podido observar, su aplicación permitió financiar la construcción de la red ferroviaria, creando con ello la condición necesaria para la integración del mercado nacional y favoreció la puesta en explotación de los recursos mineros. A cambio de ello, los capitalistas franceses pudieron realizar excelentes negocios con motivo de la construcción, dejando luego que las compañías explotadoras hiciesen frente a las dificultades financieras, consiguientes al subdesarrollo económico del país”. Asimismo, Justino DUQUE DOMÍNGUEZ, “La modernización del Derecho Concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles”, pp. 119, 127 y 128: “(...) la inversión en los ferrocarriles no sólo era española, sino, en buena medida, extranjera, sobre todo francesa (...). El capital de las compañías de ferrocarriles estaba muy concentrado y, en su mayoría, los accionistas eran extranjeros. En la fundación de estas compañías intervino decisivamente la asistencia técnica por parte de los ingleses y, a partir de 1855, el capital francés. En 1869 –además de 14 compañías concesionarias que todavía no tenían capital autorizado– existían veintitrés compañías con capital desembolsado. Este representaba el 61, 63 por 100 del capital autorizado. En el caso de dos compañías –‘M.Z.A.’ y ‘S.J.C.’– el capital era totalmente extranjero. En la compañía del Norte, la parte de los españoles era muy escasa –22.000 acciones sobre 200.000–, y en la cuarta –la ‘Z.P.B.’, procedente de la antigua “Zaragoza a Barcelona”– dominaba el capital catalán”.

por parte de la mayoría de la burguesía y del empresariado español. Junto con este factor económico-técnico, conviene recordar los continuos conflictos civiles, sobre todo los sucesivos levantamientos liberales progresistas y la guerra carlista; y la consecuente inestabilidad política e institucional, que influyó, en buena medida, en la promulgación de estos privilegios⁴⁷. Además, los concesionarios no españoles gozaron de los restantes beneficios y de los numerosos y cuantiosos auxilios económicos e incentivos de diversa naturaleza que la legislación del XIX otorgó a toda empresa que ejecutase un camino de hierro, incluida, por supuesto, la extranjera.

Este régimen “discriminatorio” subsistió en la posterior Ley General de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, que, en su art. 30, en similares términos, continuó la política recogida en las precedentes Ley de Bases de 1876 y Ley General de 1877 sobre obras públicas, las cuales ya habían reconocido tales incentivos⁴⁸. José Bermejo Vera ha criticado estos preceptos de las leyes ferroviarias al considerar que perjudicaban al interés público:

“Esta declaración de inmunidad para los capitales procedentes de inversores extranjeros incidía de lleno en la dogmática demanial de los ferrocarriles. La privatización ferroviaria, en el régimen concesional, salía bastante favorecida con dicha fórmula. El propio interés público del servicio ferroviario quedaba bastante maltrecho. Si, a la vista de cuanto vengo exponiendo más atrás, resulta bastante problemático averiguar la prevalencia del interés público sobre el particular de los concesionarios, todavía es más problemático determinar hasta qué punto no se favorecía a los intereses privados con esa fórmula. El Estado, mediante una disposición con fuerza de ley, declara la salvaguardia del capital extranjero –no cabe duda que para atraerlo– y, en cierto modo, renuncia a servirse de las técnicas efectivas para conseguir su transformación en patrimonio público”⁴⁹.

Además, iniciado el siglo XX, se promulgaron algunas normas específicas sobre la capacidad de los particulares y empresas extranjeras para ser concesionarios de vías férreas. Así, el real decreto de 21 de diciembre de 1900, en su artículo único, prescribe:

⁴⁷ En la misma línea se sitúa José BERMEJO VERA, *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)*, p. 72, al afirmar: “la inmunidad se entiende en relación con las represalias, confiscaciones o embargos por causa de guerra, lo que en apariencia resulta lógico si se piensa en las necesidades económicas de una red ferroviaria nacional y la escasa industrialización española en el siglo XIX”.

⁴⁸ Así, la Base 21 y el art. 122 de las citadas normas señalaron: “Los capitales extranjeros que se empleen en las obras públicas y en la adquisición de terrenos necesarios para ellas estarán exentos de represalias, confiscaciones y embargos por causa de guerra”.

⁴⁹ PEMÁN GAVÍN, *op. cit.*, p. 72.

“En lo sucesivo sólo podrán ser concesionarios de ferrocarriles y tranvías, bien sean de servicio general, bien de servicio particular para uso público, los ciudadanos españoles con domicilio permanente en España, y las Sociedades y Compañías que se sujeten a los siguientes requisitos: a) Tener su domicilio en España y regirse en todas las manifestaciones de su actividad exclusivamente por las leyes españolas. b) Expresar el valor nominal de sus acciones y obligaciones en moneda española, y verificar en la misma el abono de intereses y el pago de dividendos. c) Constituir sus Consejos de administración con la condición de que, por lo menos sus dos terceras partes, estén formadas por ciudadanos españoles con domicilio permanente en España. d) Elegir también ciudadanos españoles, con domicilio permanente en España para los cargos de directores gerentes y facultativos, así como para los de ingenieros y jefes superiores de los servicios, salvo en casos excepcionales y justificados, á juicio del Gobierno y con aprobación expresa de éste”.

Este Reglamento no fue sino la aplicación en el ámbito ferroviario de los principios ya establecidos en el anterior real decreto de 7 de diciembre del mismo año, para todos los contratistas de obras públicas del Estado español, ya que esta norma solo permitía que un empresario no nacional accediese a un procedimiento de adjudicación de obras públicas en casos muy excepcionales y tasados⁵⁰. Esta declaración normativa es la prueba más evidente de que la propiedad y, por tanto, la dirección y administración, de las empresas concesionarias de las líneas férreas españolas, integrantes de la incipiente red básica que el Estado intentaba crear, pertenecía mayoritariamente a ciudadanos no españoles. No se trataba, entonces, de decidir si era mejor la construcción y explotación de los ferrocarriles por vía directa con la Administración Pública o, por el contrario, a través de los particulares; sino de consentir que el control de los poderes públicos sobre las vías férreas continuase siendo bastante limitado al estar casi todas las líneas concedidas a empresas privadas –en su generalidad extranjeras– justo en un sector tan esencial para la vida y la independencia económica de un país como era el ferroviario. Junto a ello, no conviene olvidar la importancia estratégica, militar y de orden público –en definitiva, política– que tenía este innovador y revolucionario

⁵⁰ El art. 1 de este decreto, que aprobó el nuevo pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas, sustituyendo al anterior de 11 de junio de 1886, dice: “Pueden ser contratistas de obras públicas los españoles que se hallen en posesión de sus derechos civiles y las Sociedades y Compañías españolas legalmente constituidas. Podrán serlo también los extranjeros cuando las obras que se contraten exijan para su ejecución elementos que sean objeto de privilegio de invención ó constituyan una especialidad industrial poco desarrollada en España...”.

medio de transporte a fines del siglo XIX, cuando aún las carreteras y las restantes vías de comunicación no se habían desarrollado suficientemente en el mundo y, menos aún, en España.

No obstante, esta nacionalización de nuestros ferrocarriles no fue ni completa, ni duradera. Primero, fue una nacionalización parcial dentro del propio sector, porque, por una parte, como destaca José Bermejo, “se prohíben las inversiones extranjeras, pero se dejan intactos los capitales extranjeros invertidos hasta ese momento”⁵¹, lo cual no era poca cosa y, por otra parte, esta prohibición administrativa no afectaba a los ferrocarriles de servicio particular en general, tan solo a los de servicio general y a los de servicio particular “para uso público”. Esto permitía que los extranjeros pudiesen en un futuro construir y gestionar líneas de esa clase con libertad, en las mismas condiciones que cualquier ciudadano español⁵². En segundo lugar, la vigencia de este mandato fue efímera, ya que tan solo cinco meses después se dicta el real decreto de 24 de mayo de 1901 que derogó tanto el art. 1 del pliego de 7 de diciembre de 1900 como el real decreto de 21 del mismo mes y año. El proteccionismo nacionalista fracasó debido, entre otros motivos, a la carencia de recursos nacionales, públicos y privados, para gestionar los caminos de hierro españoles, sin la ayuda del exterior; la Exposición de Motivos del nuevo decreto lo justifica tanto por la específica coyuntura económica reinante en nuestro país, como por la vulneración de la legislación vigente y de los mismísimos principios constitucionales de entonces⁵³.

⁵¹ PEMÁN GAVÍN, *op. cit.*, pp. 72 y 73. “En lo sucesivo...”, decía la referida norma de 1900.

⁵² Aunque es cierto que la trascendencia económica, social y política de las vías de servicio particular no consideradas de “uso o servicio público” era mínima.

⁵³ Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la administración española, peninsular y ultramarina*, p. 302, n. 2. La acuciante situación de subdesarrollo económico que padecía España en aquellos años se presenta en forma evidente como el motivo fundamental de la nueva admisión de los extranjeros en los procedimientos de selección de concesionarios de obras y servicios públicos, entre ellos los ferroviarios, pese a la propia declaración gubernamental de nacionalizar en un futuro este importante sector de la actividad pública y privada. El preámbulo del real decreto de 1901 así lo confirma: “Universal es la aspiración de que se nacionalicen las Obras públicas y los capitales en ellas empleados; mas no debe ser tan fácil su realización cuando, hasta el presente apenas lo ha logrado algunas de las naciones más prósperas y poderosas. A impedirlo en todas partes, contribuyen el estado legal y el incontrastable imperio de las leyes económicas; y lo dificultan, aún más en España, su creciente necesidad de toda clase de progresos y la todavía escasa afición de sus capitalistas para realizar aquéllas. Y cuando para recuperar el tiempo perdido en la lucha mantenida contra nuestras históricas desgracias é impulsar con rapidez las obras públicas será forzoso acudir á todas partes, no puede ser momento oportuno para cerrar caminos por los que la Nación, sin mengua de su dignidad y de su

3.3. Las compañías mercantiles

Los concesionarios de ferrocarriles presentaban unas características propias y peculiares que los distinguían, en algunos aspectos, de los restantes contratistas y concesionarios de obras públicas, y que venían impuestas por la verdadera capacidad ideal para ejecutar y gestionar un ferrocarril. La especial naturaleza de las actividades que tenían que realizar estos concesionarios (la realización de las obras e infraestructuras ferroviarias necesarias, la adquisición de los medios materiales, técnicos y humanos requeridos tanto para iniciar el servicio de transporte como para llevar a cabo el subsiguiente mantenimiento, su reparación y modernización, en su caso, de todos los elementos que componían la línea, etc.) exigía un determinado tipo de empresa, no imprescindible en la ejecución de otras obras o servicios públicos. En efecto, el empresario individual carecía de los medios técnicos, financieros y personales indispensables para la correcta instalación y el buen funcionamiento de una vía férrea. Era necesario, pues, la concurrencia de empresas sociales que dispusiesen, sobre todo, de los recursos económicos exigidos y de una organización adecuada para poder efectuar tan ingente y novedosa empresa. Las sociedades por acciones o anónimas encontraron así uno de sus ámbitos más idóneos de actuación⁵⁴; el propio *Código de Comercio* de 1885 reguló estas

independencia, ha alcanzado, y debe seguir recibiendo, el poderoso auxilio que ayudó a crear elementos importantes de su actual riqueza”. Sin perjuicio de que lo analicemos más detenidamente al tratar del régimen jurídico actual de los contratistas extranjeros, es interesante mencionar que, incluso, años después de la aprobación de esta norma anti-proteccionista, destacados juristas se pronunciaron en contra de la misma. Por ejemplo, ALCUBILLA: “Graves, gravísimas no parecen las disposiciones de este Real Decreto...”.. Más moderado fue Manuel Gómez González al señalar “los propósitos muy plausibles de nacionalizar las Empresas ferroviarias”, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁴ En este sentido, GÓMEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 24 manifiesta: “Los grandes capitales que se necesitan para la explotación de las líneas férreas y la naturaleza de los servicios que prestan, obligó á que se dictaran desde un principio para los ferrocarriles disposiciones especiales...”, la primera cuestión que se presenta es la de la adquisición necesaria para llevar á cabo la empresa; la importancia del mismo, motiva que difícilmente sea una sola persona la que la acometa, cosa que es más propia de una Compañía, adoptándose casi siempre la forma de Sociedad anónima, por ser la que por sus condiciones especiales resulta más apropiada á la índole de las actividades á que el capital ha de dedicarse...”. Asimismo, Justino Duque Domínguez: “...la gran empresa moderna, con sus enormes dimensiones, con la gran cantidad de capital aportado para establecer sus instalaciones, con la procedencia multinacional del capital invertido, con la constante invocación al crédito para financiar la instalación y el funcionamiento de la empresa, con la descentralización del establecimiento principal en múltiples sucursales o establecimientos de mismo rango y función que el principal, con la pluralidad de personal necesario para su funcionamiento y, sobre todo, con el interés público, del propio Estado en su conservación y mantenimiento eficiente,

sociedades en una sección diferenciada de las dedicadas a los otros tipos de compañías mercantiles⁵⁵.

La conveniencia de adoptar formas organizativas y de financiación que respondiesen al nuevo “negocio empresarial” encontró respuesta en el Estado, que dictó diversas disposiciones, que expondremos a continuación, dirigidas tanto a impulsar la constitución de estas compañías como a favorecer la obtención de recursos –en especial financieros– por parte de las mismas, al margen claro está, de las subvenciones y beneficios que asimismo les concedía el gobierno.

Además, la importancia de que los titulares de la concesión fuesen empresas con forma societaria, se constata al permitir mediante la Ley General de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855, que compañías por acciones constituidas con carácter provisional, no solo solicitasen la correspondiente autorización legislativa de la concesión que les interesaba sino, también, participasen en el posterior procedimiento administrativo de licitación contractual para otorgar, mediante subasta, esa concesión ferroviaria al mejor postor⁵⁶. Es decir, se consagró un verdadero régimen privilegiado en favor de aquellas incipientes y aun no definitivas sociedades anónimas, al estar legalmente facultadas para competir en “igualdad de condiciones” con otras empresas –sociedades por acciones incluso– que sí habían cumplido los requisitos normales exigidos por la normativa vigente entonces sobre esta clase de compañías.

Sin embargo, ante el temor de que se produjesen corruptelas, como ocurrió en épocas pasadas recientes, la propia ley de 1855, en su art. 46, exigió unas determinadas condiciones que debían observar estas “compa-

que trasciende el interés de los múltiples intereses privados que pueden converger sobre la empresa”. DUQUE DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 146. Por su parte, Miguel Artola considera que la aparición de este medio de locomoción supuso la expansión de cierta clase de empresas mercantiles: “La construcción del ferrocarril dio origen a un tipo especial de compañía mercantil, la sociedad de servicios públicos, de las que las concesionarias de ferrocarriles constituyen el ejemplo más significativo... En principio eran sociedades como las demás, habitualmente anónimas, aunque la legislación introdujo una serie de especificaciones, que acabarán dando origen a una fórmula especial...”. ARTOLA *op. cit.*, p. 309 y ss.

⁵⁵ La sección 90 del título I del libro II del *Código*, en sus arts. 184 a 192, contiene reglas especiales aplicables a las “Compañías de ferrocarriles y demás obras públicas”. El art. 184 las define claramente: “Corresponderán principalmente a la índole de estas Compañías las operaciones siguientes: 1.0 La construcción de vías férreas y demás obras públicas, de cualquiera clase que fueren. 2.0 La explotación de las mismas, bien a perpetuidad o bien durante el plazo señalado en la concesión”. La trascendencia histórica de estos contratistas se confirma una vez más, incluso, el mismo texto legal dedica otra sección entera para regular la suspensión de pagos y la quiebra de estas sociedades (sección 80 del título I del libro IV).

⁵⁶ Tanto Gabriel TORTELLA CASARES, *Los orígenes del capitalismo en España*, p. 168, como ARTOLA *op. cit.*, p. 240 mencionan a estos singulares candidatos a contratistas públicos.

ñas provisionales”⁵⁷ para poder optar a la adjudicación de una concesión de líneas férreas:

“Podrá el Gobierno autorizar provisionalmente la constitución de Compañías por acciones que tengan por objeto la construcción y explotación de los ferrocarriles, con arreglo á esta ley y á la de 28 de Enero de 1848, en cuanto no se derogue ó modifique por las disposiciones siguientes: 1.0 El capital social será cuando menos igual al importe total de las obras de construcción y del material de explotación de la línea que se proponga adquirir la Compañía. 2.0 Suscriptas que sean las dos terceras partes del capital social, podrá autorizarse la constitución provisional de la Compañía. 3.0 Esta autorización provisional faculta únicamente á la Compañía a nombrar a sus administradores, pedir la concesión de la línea que se proponga construir y explotar, presentar sus proposiciones en la subasta, si se hiciese la concesión con este requisito, y exigir de los accionistas hasta el 10 por 100 de sus acciones con destino exclusivo á cubrir los gastos de establecimiento, los del estudio del proyecto y el depósito que se exija como garantía de la concesión. 4.0 Hasta que la Compañía no se halle constituida definitivamente y haya obtenido la concesión ó adjudicación de la línea, no podrá emitir títulos de acción ni otra clase de documentos transferibles ó negociables, siendo nulas y de ningún valor las transferencias que se hagan de las promesas de acciones ó de las acciones provisionales que se entreguen á los suscriptores. 5.0 Los primeros suscriptores y sus cesionarios son responsables solidariamente al pago de los primeros dividendos, hasta que quede cubierta la mitad del valor nominal de sus acciones. 6.0 Cuando los accionistas hayan satisfecho el valor total de sus acciones, podrán convertirse éstas en títulos al portador”.

A pesar de estas limitaciones, la ley contempla dos supuestos en que el Ejecutivo les otorgaba determinadas prerrogativas⁵⁸, dada la insuficiencia

⁵⁷ El art. 47 establecía: “Se considerará constituida definitivamente la Compañía luego que se publique la ley relativa á su constitución”. Por otro lado, la ley de 11 de julio de 1856 dispuso que, una vez obtenida la concesión de esa clase de obras, podría el gobierno autorizar la constitución de la Compañía que hubiera de llevarlas a cabo. En aquellos años aún imperaba el régimen de la obligatoria y previa aprobación administrativa para poder crear una sociedad mercantil por acciones, salvo los supuestos de constitución provisional de compañías aspirantes a la concesión de una línea férrea, como estamos viendo.

⁵⁸ El art. 48 decía: “Si suscriptas las dos terceras partes del capital social, y realizadas é invertidas en las obras de la línea, no pudiese la Compañía hacer efectiva la otra tercera parte del capital por medio de la emisión y negociación de las acciones no suscriptas, podrá obtener autorización del Gobierno para adquirir dicha tercera parte del capital por medio de empréstitos contraídos con la hipoteca de los rendimientos del ferrocarril á cuya construcción ó explotación se destine. En este caso la autorización podrá comprender además la facultad de emitir cédulas u obligaciones hipotecarias de interés fijo y amortizables dentro del periodo de la concesión, en los años en que aquella se determine”. Y el

del capital social aportado por los accionistas para llevar a buen término tan ingente tarea⁵⁹ y la decisión gubernamental de fomentar la ejecución indirecta de los caminos de hierro en España. Y en la misma línea, la ley de 11 de julio de 1860, en su art. 1 modifica el régimen mercantil de financiación y endeudamiento de las compañías concesionarias de obras públicas establecido por la Ley General Ferroviaria de 1855 y por la ley de 11 de julio de 1856, con el objetivo de facilitar aún más la obtención de recursos económicos imprescindibles para la buena marcha de dichas sociedades⁶⁰.

Esa política de apoyo a la formación y financiación de estas empresas mercantiles cobró un destacado impulso con la ley del 19 de octubre de 1869, que abolió el régimen, inspirador del *Código de Comercio* de 1829 y de la Ley de Sociedades por Acciones de 28 de enero de 1848, que exigía la previa autorización administrativa para controlar la creación de esta clase de sociedades. Esta ley revolucionaria estableció el sistema de libre formación de las sociedades anónimas, el cual se adoptó por el posterior *Código de Comercio* de 1885⁶¹, cuyo art. 117 reconoció la libertad de los

art. 49 prescribió: "También podrá obtener la Compañía autorización del Gobierno para aumentar el capital social, si la inversión de éste no hubiese bastado para poner toda la línea en estado de explotación, y si el aumento solicitado no afectase de modo alguno los fondos públicos. Si los afectase, la autorización será objeto de una ley".

⁵⁹ En idéntico sentido, ARTOLA, *op. cit.*, pp. 240-242, quien resalta la inexistente organización financiera de estas compañías para gestionar las obligaciones emitidas por ellas mismas para financiarse, por lo que fue necesario la creación de sociedades específicas cuya actividad principal fuese colaborar en la obtención de medios económicos para las empresas de ferrocarriles. Así, "la ley de 28 de enero de 1856 autorizó la constitución de Sociedades de Crédito que, entre otras funciones, estaban autorizadas para negociar la colocación de "acciones y obligaciones de toda clase de empresas industriales o de crédito". En ese año se crearon tres importantes sociedades, que tendrán una influencia decisiva en la formación de las grandes compañías ferroviarias".

⁶⁰ "Las empresas concesionarias de obras públicas podrán emitir obligaciones hasta el importe de la suma total del capital realizado, en vez del límite del 50 por 100 determinado por la ley de 11 de Julio de 1856. La suscripción necesaria para autorizar la constitución de las expresadas empresas queda fijada en el 50 por 100 del capital social, en vez de los dos tercios que exigen la ley de 3 de Junio de 1855 y la citada en el párrafo anterior".

⁶¹ El decreto-ley de 28 de octubre de 1868 ya había derogado la Ley de Sociedades por Acciones de 28 de enero 1848 y su reglamento de 17 de febrero del mismo año. Su art. 3 disponía: "Las Sociedades anónimas se someterán para su organización y manejo á las prescripciones del Código de Comercio, interin no se legisle sobre la materia". Y el art. 4: "Las que hoy existen podrán elegir, previo acuerdo tomado en junta general de accionistas, entre continuar sometidas á la ley de 1848 ó regirse por el Código de Comercio; y en este último caso, quedarán suprimidos de hecho los delegados ó inspectores que cerca de ellas había nombrado la Administración". En realidad, anteriormente la ley de 1855 derogó el régimen previsto en la ley del 1848 para las empresas concesionarias de ferrocarriles.

particulares para crear bancos y sociedades mercantiles⁶², y su art. 123 incluía entre estas últimas a las empresas concesionarias de ferrocarriles y tranvías⁶³. Además, el art. 186 y siguientes del *Código* reconocen a todas las sociedades de obras públicas, entre ellas las ferroviarias, especiales beneficios⁶⁴.

No obstante, aquellas medidas preventivas continuaron en el *Código de Comercio* de 1885, al exigir su art. 185 que el capital social debía representar, al menos, la mitad del importe del presupuesto total de la obra ferroviaria, salvo cuando fuesen compañías subvencionadas, a las que se les consentía que la subvención se computase también para alcanzar la mitad del mencionado presupuesto. Y su párrafo segundo prescribe otra condición: “Las Compañías no podrán constituirse mientras no tuvieren suscrito todo el capital social y realizado el 25 por 100 del mismo”.

En definitiva, las compañías concesionarias de ferrocarriles decimonónicas, en razón de la función de interés público que realizaban, gozaron de ciertos privilegios legales respecto otras sociedades mercantiles similares; pero se le aplicaron algunos límites o condiciones, precisamente en aras de garantizar el interés general que representaba su actividad empresarial y de proteger los legítimos intereses de los propios accionistas y, en su caso, de los acreedores, de dichas empresas ante la posible negligente o dolosa gestión empresarial de algún administrador o la especulación de ciertos accionistas mayoritarios⁶⁵. Por consiguiente, aunque las normas

⁶² Art. 117, 2: “Será libre la creación de Bancos territoriales, agrícolas y de emisión y descuento; de sociedades de crédito, de préstamos hipotecarios, concesionarias de obras públicas, fabriles, de almacenes generales de depósito, de minas, de formación de capitales y rentas vitalicias, de seguros y demás asociaciones que tuvieren por objeto cualquiera empresa industrial o de comercio”. Esta disposición subsistió hasta su derogación por la ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil española a las directivas de la CEE en materia de sociedades.

⁶³ Art. 123: “Por la índole de sus operaciones podrán ser las compañías mercantiles: Sociedades de crédito. Bancos de emisión y descuento. Compañías de crédito territorial. Compañías de minas. Bancos agrícolas. Concesionarias de ferrocarriles, tranvías y obras públicas. De almacenes generales de depósito. Y de otras especies, siempre que sus pactos sean lícitos, y su fin la industria o el comercio”. También este precepto ha sido derogado por la citada ley 19/1989.

⁶⁴ Así, los arts. 186 y 187 permiten a las compañías de obras públicas emitir libremente obligaciones amortizables o no amortizables, nominativas o al portador.

⁶⁵ GÓMEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 24, expone algunas causas de esas restricciones: “... las disposiciones tienden también a fijar la responsabilidad de las referidas Compañías y a sujetarlas á ciertas limitaciones, para que, bajo un supuesto de utilidad, no puedan servir los privilegios que con dicho motivo se les otorgan, de base para una explotación de la ignorancia de los que concurren a prestar sus capitales á la Empresa, lo que desgraciadamente, se ha repetido en distintas ocasiones, causando los fracasos y falta de garantía de las Compañías la ruina y desolación de un sin número de pequeños capitalistas,

anteriormente citadas que regulaban los requisitos de capacidad para poder ser concesionarios de ferrocarriles no prohibieron a las empresas individuales poder ser concesionarios de ferrocarriles ni les gravaron con limitación alguna al respecto, en la práctica la selección del concesionario recaía en una sociedad por acciones⁶⁶.

Conclusiones

Los orígenes históricos del contrato administrativo de obras y de la concesión administrativa de obras públicas se basan, en gran medida, en las cualidades y las condiciones subjetivas de los contratistas y los concesionarios de obras públicas. En España, desde la Edad Media el Monarca contrató con los particulares la ejecución de obras, servicios o bienes necesarios para el Estado en atención a la capacidad y la “honorabilidad pública” de esos súbditos para acometer las prestaciones públicas requeridas. Y esa confianza del Estado español en los primeros contratistas públicos –los suministradores de bienes o de servicios al Ejército, los concesionarios del servicio postal, los arrendatarios de rentas públicas– se estableció normativamente, disponiéndose unos requisitos de aptitud para prestar esas tareas y unas situaciones que impedían contratar con el Estado.

El siglo XIX constituyó un importante avance en la conformación del régimen jurídico de la capacidad y de las prohibiciones para ser contratista de la Administración Pública española. Las normas reglamentarias que aprobaron los llamados pliegos de condiciones generales para la contratación de las obras públicas regularon la aptitud contractual necesaria para ser contratista, prescribiendo las circunstancias inhabilitantes o incapacitantes para poder contratar con el Estado: procesado o sentenciado a determinadas penas o por ciertos delitos, declarado insolvente o con sus bienes intervenidos, apremiado como deudor de la Hacienda Pública, culpable de la resolución de contratos administrativos por incumplimiento, funcionarios y cargos políticos, etcétera.

que han visto evaporarse sus ahorros, con grandes fatigas conseguidas, en beneficio de unos cuantos que sin aprensión alguna, han sabido enriquecerse con los despojos ajenos, substrayéndose á toda clase de responsabilidades”.

⁶⁶ Hasta tal extremo que TORTELLA CASARES, *op. cit.*, p. 178, afirma: “...todas las compañías ferroviarias eran sociedades anónimas...”. Asimismo, la propia legislación ratifica, en nuestra opinión, esta hipótesis, pues ni la Ley General de 1855 ni la de 1877 contienen precepto alguno sobre la extinción o transmisión de la concesión por fallecimiento del concesionario. En cambio, sí regularon las transferencias *inter vivos* de las concesiones ferroviarias.

Especial interés ofreció el régimen jurídico de los contratistas extranjeros, porque, si bien, en principio, se estableció un régimen equivalente de capacidad contractual entre los españoles y los extranjeros en cuanto a los requisitos de capacidad para contratar con la Administración, la presencia de estos contratistas fue minoritaria durante la primera mitad del periodo decimonónico, incrementándose de manera posterior por las políticas públicas de fomento de obras de interés general, dada la solvencia financiera, la capacidad técnica y la experiencia de estos contratistas en otros países europeos. Precisamente, el sector en que los contratistas extranjeros tuvieron una mayor presencia –cuantitativa y cualitativa– fue la construcción de las vías férreas, siendo extranjeros la mayoría de los concesionarios de ferrocarriles, atraídos también por los importantes auxilios económicos y las garantías de las inversiones que el Estado español les reconoció al amparo de las dos leyes generales de ferrocarriles promulgadas en el siglo XIX.

Y esta singularidad del estatuto subjetivo de los contratistas ferroviarios no se limitó a la nacionalidad del sujeto contratante, sino que también afectó a la forma jurídica de la empresa contratista: la sociedad mercantil anónima o por acciones, y no el empresario individual. Para finalizar, las costosas y duraderas obras públicas ferroviarias exigieron también una “mutación” de la institución contractual, así como de su objeto mismo: es el “reinado” de la concesión de obras públicas frente al contrato de obra pública, explicándose así un cierto régimen específico de la capacidad de los concesionarios de ferrocarriles.

Bibliografía

- ALBI CHOLBI, Fernando, *Tratado de modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid, Aguilar, 1960.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, IEA, 1968.
- ARTOLA, Miguel, *Historia de España Alfaguara*. 8ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1981, vol. v: La burguesía revolucionaria (1808-1874).
- BERMEJO VERA, José, *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)*, Madrid, Tecnos, 1975.
- CARANDE, Ramón, *Carlos V y sus banqueros*, Madrid, Crítica, 1949, vol. II: La Hacienda Real de Castilla.
- DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio, *Estudios de Historia económica y social de España*, Granada, Universidad de Granada, 2009.

- DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino, “La modernización del Derecho Concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles”, en Antonio Polo, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1981.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *Los contratos administrativos*, 10ª ed., Madrid, Librería Victorino Suárez, 1927.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, “Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, N° 10, Madrid, 1953.
- GARZÓN PAREJA, Manuel, *Historia de la Hacienda de España*, tomo. 1, Madrid, IEF, 1984.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Manuel, “Concesiones de Ferrocarriles”, en Luis Moutón y Ocampo, *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, Francisco Seix Editor, 1910, tomo 7.
- HELGUERA QUIJADA, Juan, “Las reales fábricas”, en Francisco COMÍN y Pablo MARTÍN ACEÑA, *Historia de la empresa pública en España*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991.
- LÓPEZ-AMO Y MARÍN, Ángel, “Estudio de los contratos de obra artística de la Catedral de Toledo en el siglo XVI”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 19, Madrid, 1948.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, MARCELO, *Diccionario de la administración española, peninsular y ultramarina*, Madrid, Imp. de la V. é Hijas de A. Peñuelas, 1868-1870, apéndice de 1901.
- MEILÁN GIL, José Luis, “La actuación contractual de la Administración Pública Española. Una perspectiva histórica”, en *Revista de Administración Pública*, N° 99, Madrid, 1982.
- OLIVAN, Alejandro, *De la Administración pública con relación a España*, Madrid, IEP, 1954.
- PEMÁN GAVÍN, Juan Marín, *Régimen jurídico del Servicio de Correos*, Madrid, INAP, 1983.
- PÉREZ OLEA, Manuel, “La Ordenanza Postal y las tarifas del servicio de Correos”, en *Revista de Administración Pública*, N° 32, Madrid, 1960.
- RIVERO Y SERN JOSÉ LUIS, *El contrato administrativo de suministro*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1976.
- RODRÍGUEZ DE HARO, Francisco, “La concesión administrativa de servicios (reseña histórica)”, en *Revista de Estudios de Vida Local*, N° 203, Madrid, 1979.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1973.
- SUAREZ MENÉNDEZ, Roberto, “La industria militar”, en Francisco COMÍN y Pablo MARTÍN ACEÑA, *Historia de la empresa pública en España*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991.

TORTELLA CASARES, Gabriel, *Los orígenes del capitalismo en España*, Madrid, Ed. Tecnos, 1973.

VICENS VIVES, Jaume, *Curso de Historia económica de España*, 9ª ed., Barcelona, editorial Vicens Vives, 1985.