

# LA ACTUACION CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA ESPAÑOLA. UNA PERSPECTIVA HISTORICA \*

POR

JOSÉ LUIS MEILÁN GIL

Catedrático de Derecho administrativo  
Universidad de Santiago de Compostela

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. ACTO Y CONTRATO ADMINISTRATIVOS COMO EJECUCIÓN DE UNA NORMA.—III. SUPUESTOS DE ALTERNANCIA DEL ACTO Y EL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: 1. Los empleos públicos. 2. El cobro de los tributos. 3. El correo y su conducción. 4. Los suministros.—IV. EPÍLOGO.

## I. PLANTEAMIENTO

El tiempo, elemento inexorable de la Historia, empuja, en cierto modo, a la contemplación perspectiva] de la realidad; también de la realidad jurídica. Obligados, como estamos los juristas, a construir y manejar categorías, el dogmatismo constituye frecuentemente y a la vez, necesidad y tentación. Reintegrar las categorías jurídicas a su contexto natural es igualmente tarea necesaria y sugestiva. Se trata, de algún modo, de huir del *a priori* idealístico y de trascender el positivismo.

Una cierta actitud ingenua resulta conveniente para descubrir en el fluir del acontecer humano colectivo las claves de lo que después, en síntesis, expresarán los conceptos. Aquella ingenuidad, o capacidad de admiración y sorpresa, supone actitud liberadora de las ataduras intelectuales con que la inercia de los hallazgos aparentemente consolidados pretende embridar la nueva búsqueda o la investigación.

En varias ocasiones he subrayado la conveniencia de esa liberación inicial para el estudio y explicación de las categorías jurídico-administrativas (1). La inercia de la dogmática positivista se ha impuesto en

---

\* Trabajo redactado para el libro-homenaje al profesor Alfonso OTERO. Santiago de Compostela.

(1) Cfr. J. L. MEILÁN: *El proceso de la definición del Derecho administrativo*, Madrid, 1967; J. L. MEILÁN: *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Madrid, 1968.

muchas ocasiones en los puntos de partida y ha desnaturalizado las conclusiones. Varias son las posibles explicaciones del fenómeno. De entre ellas quisiera retener aquí, no sólo la atávica tendencia del hombre, también del científico, a la seguridad, en este caso proporcionada por elaboraciones doctrinales refinadas, sino primordialmente el abandono de la perspectiva temporal, la consideración histórica del fenómeno jurídico a estudiar.

En este trabajo, que constituye parte mínima de una investigación iniciada hace más de una década y que espera su continuación cuando la vida pública sea una exigencia menos absorbente para su autor, se pretende ofrecer una muestra de ese método.

## II. ACTO Y CONTRATO ADMINISTRATIVOS COMO EJECUCIÓN DE UNA NORMA

Parece innecesario hablar del carácter central del contrato en cualquier rama jurídica. En el Derecho administrativo esta figura ha sido piedra de escándalo, catalizador de polémicas; en más de un autor, las vicisitudes del denominado contrato administrativo, son, ni más ni menos, que las vicisitudes del propio Derecho administrativo.

La historia de las elaboraciones doctrinales de los contratos ha estado dominada—como no podía dejar de ser—por la sombra del Derecho civil. Identidad sustancial, modulación o matización, exorbitancia..., las respuestas que se dan en la ciencia administrativa son respuestas a planteamientos civilistas. ¿Cómo puede haber contrato si las partes no están en situación de igualdad?, ¿cómo puede quedar la Administración o el Príncipe ligados por la *lex contractus*? (2).

Habrá que esforzarse, por el contrario, en plantear las cuestiones desde la vertiente jurídico-administrativa, para encontrar las respuestas adecuadas. El cambio—y las diferencias consecuentes—ha de producirse en el origen mismo de la cuestión.

Esquemáticamente, las observaciones que conducen a ese planteamiento autóctono serían del tenor siguiente: la Administración tiende a utilizar el acto unilateral—acto administrativo—como técnica jurídica normal con la que cumple su misión. Razones ideológicas de muy

---

(2) Cfr. R. FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927; E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La figura del contrato administrativo*, en esta REVISTA (1963), 41; J. L. VILLAR PALASÍ: *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid, 1989; J. I. MONEDERO GIL: *Doctrina del Contrato del Estado*, Madrid, 1977, y G. ARIÑO ORTIZ: *Contrato del Estado y «Common Law»*, Estudio-Prólogo del libro citado de MONEDERO GIL.

variado carácter lo explican, que no es del caso detallar ahora (3). Esa «imposición» que entraña la unilateralidad, desde el punto de vista del destinatario del acto administrativo, no puede ser, obviamente, más que jurídica, descartadas sus manifestaciones patológicas. Su justificación reside en el fenómeno de ejecución de una norma. El acto administrativo sería, pues, el resultado de la ejecución de una norma (4). El elemento de contraste para juzgar de la corrección jurídica del acto sería precisamente el juicio sobre esta ejecución de la norma.

Pese a la deliberada formulación abstracta que acaba de plantearse, la «ejecución de la norma» no constituye una operación formal. La expresión sería equivalente a la de «realización de la norma», que nos conduciría con naturalidad al planteamiento del Derecho administrativo, como un «Derecho de realización», ya que los fines del Estado no pueden alcanzarse con el puro establecimiento de las normas, y ligado al complejo de ideas que subyace en las expresiones de «obras y servicios», prestaciones administrativas, utilidad pública e interés social, «procura existencial», derechos fundamentales y libertades públicas, cuya garantía y consecución son el fin esencial de la norma—y de la actividad administrativa—. Así cobran pleno sentido determinados pronunciamientos constitucionales sobre la realidad y efectividad de los principios de libertad e igualdad (5) y los «principios rectores de la política social y económica» (6), y la autodefinition constitucional de Estado social—y democrático—de Derecho (7).

Entiendo que, desde este planteamiento, no resulta sorprendente afirmar que el contrato opera en el Derecho administrativo en una constante tensión con el acto administrativo. Dicho de otro modo, la actividad contractual de la Administración no se entiende cabalmente sin referencia al acto administrativo. El contrato de la Administración no se explica en último término, por su referencia al principio de la autonomía de la voluntad, sino por la necesidad de la Administración

---

(3) Ampliamente J. L. MEILÁN: *La actuación administrativa por vía del acto y del contrato*, Lección Magistral, 1968, inédita. Cfr. Otto MAYER: *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, 1949, t. I, pp. 125 y ss.; E. FORSTHOFF: *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1958, pp. 374 y ss.; M. BULLINGER: *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart, 1962.

(4) Cfr. J. L. MEILÁN: *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, 1967.

(5) El artículo 9.º, 2 de la Constitución española de 1978 declara: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integre sean reales y efectivas.»

(6) Cfr. capítulo III del título I de la Constitución de 1978.

(7) Artículo 1.º de la Constitución de 1978.

de llevar a cabo la «ejecución» de una norma (8), cuyo destino inexorable es realizarse.

Desde esta perspectiva el contrato constituiría una alternativa para la Administración. ¿En qué casos la Administración pública elige una u otra opción? ¿Cabe realmente una elección? ¿Qué consecuencias se derivan de la utilización del acto y del contrato? (9).

A los efectos de este trabajo basta dejar consignado que el análisis de la realidad, a lo largo del tiempo, o a lo ancho del Derecho comparado correspondiente a un mismo momento, revela que la configuración del contrato y su uso por la Administración están dominados por un alto grado de instrumentalidad. No son razones dogmáticas, esenciales, exigidas por la naturaleza de las cosas o de las situaciones las que preside ese uso y esa configuración. Es algo mucho más pragmático. Que la Administración actúe a través del acto unilateral o del contrato, se explica por las finalidades que persiga en cada caso y está condicionada por el contexto ideológico o político o económico de cada ordenamiento o de cada circunstancia (10).

La Administración ha tenido a lo largo de la historia una posición más fuerte frente al particular cuando utiliza el acto que cuando acude al contrato. Cuenta en aquel caso con mayor ámbito de libertad, aunque esté sometida al principio de legalidad y deba respetar los derechos de los particulares.

El acto ofrece —y sobre todo históricamente ha ofrecido— un campo apropiado para el juego de la revocabilidad, en tanto el contrato es —y lo ha sido— el ámbito de la irrevocabilidad. El príncipe podía actuar *per modum privilegii*—otorgando rescriptos— o podía actuar *per modum contractus*, con la fuerza de la ley pactada. En este caso los derechos nacidos del pacto son irrevocables. El contrato clama enérgicamente por el respeto de lo pactado; *contractus irrevocabilis*, dirá Belluga lapidariamente (11).

(8) Cfr. J. MARTENS: *Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag*, en «Archiv des öffentlichen Rechts» (1964), 89.

(9) Apud, J. L. MEILÁN: *La actuación administrativa*, cit., J. L. VILLAR PALASÍ, *Lecciones...*, cit. p. 21.

(10) Cfr. MEILÁN: *La cláusula...*, cit.; J. BERMELJO VERA: *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)*, Madrid, 1975. También Real Orden de 26 de enero de 1850 y preámbulo del Real Decreto de 16 de septiembre de 1866, de MONTERO RÍOS.

(11) Cfr. P. BELLUGA: *Speculum Principum*, Bruselas, 1654, rub. IX, 61: *Nam si Princeps vendit vel donat in casum permissum ... tum non potest revocare... Si autem concedit vel indulget in vim privilegii, potest revocare ad natum: quia haec est praerogativa Principis, quod potest privilegia revocare per ipsum concessa...*

Toda la larga historia de los pleitos colombianos tiene por fondo ese planteamiento: el rey ha concedido una merced y puede ser revocada; o por el contrario, ha otorgado unas capitulaciones que tienen alma y cuerpo de contrato (12).

La tendencia de la Administración pública, histórica y dogmáticamente comprobable, a utilizar el acto tiene, por tanto, una explicación clara en las ventajas que le supone tal elección. Sucede, sin embargo, que el variable equilibrio de poder entre Estado y Sociedad no siempre ha permitido a la Administración—entre otras razones—decidirse por el acto frente al contrato.

La dosis de instrumentalidad que conlleva la actuación de la Administración por vía de acto o de contrato se revela en una serie de fenómenos diversos, uno de los cuales es el que podría denominarse «proceso de contractualización y descontractualización de la actividad de la Administración pública» en diferentes momentos de nuestra historia jurídico-administrativa. De ello mostraré algunos ejemplos.

### III. SUPUESTOS DE ALTERNANCIA DEL ACTO Y EL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Los casos que se van a exponer a continuación suponen una alternancia en el uso del acto o del contrato por parte de la Administración que, en la historia singular de España, reflejan, de una parte, el tránsito de la estructura política del antiguo régimen a la que se corresponde con el peculiar constitucionalismo español del siglo XIX, presidido por espadones y pronunciamientos; y de otra, la congénita debilidad financiera del Estado ante elementos no muy numerosos, pero activos, de la burguesía de negocios y la presión que emerge de la mano del progreso en una sociedad que empieza a sentir las necesidades de la convivencia urbana y de la comunicación.

Como línea general de comportamiento podría establecerse que en el siglo XIX la Administración pública tiende a adquirir en cuanto puede el máximo poder en las relaciones con el particular, bien pasando de la actividad contractual al uso del acto unilateral, bien recuperando poderes dentro del contrato.

---

(12) Cfr. Charles VERLINDEN y F. PÉREZ EMBID: *Cristóbal Colón y el descubrimiento de América*, Madrid, 1967, pp. 185-188, y *Pleitos colombinos*, ed. de Muro Orejón, Pérez Embid y Morales Padrón, Escuela de Estudios Hispánicos, Sevilla, t. I, 1967.

## 1. *Los empleos públicos*

Nadie duda hoy en la doctrina del carácter estatutario de la relación funcionaria] (13). Sin embargo, la patrimonialización de los oficios, los derechos al oficio público como consecuencia de transmisiones y enajenaciones contractuales, no son un fenómeno bajo-medieval —las mercedes enriqueñas—, ni del antiguo régimen (14); llegan, por la jurisprudencia que he examinado, hasta casi finales del siglo pasado.

En los diversos fallos aflora, con frecuencia, la pugna entre los principios de la Administración pública correspondiente a un régimen constitucional y las consecuencias del contrato mediante las que se prolonga una concepción anterior del Estado —el oficio es una merced que produce beneficios económicos—, de la que tampoco es ajena la endémica debilidad de la Hacienda pública.

El régimen señorial fue abolido por el Decreto de las Cortes de Cádiz de 6 de agosto de 1811; quedaban «incorporados a la Nación todos los Señoríos de cualquier clase y condición que fuesen debiendo, en consecuencia, cesar las prestaciones reales y personales, así como los derechos de origen jurisdiccional o feudal» (15). No obstante esa abolición, subsisten las dudas y controversias sobre casos concretos que se zanján de variada manera en los correspondientes fallos de las sentencias. Como se dirá en alguna sentencia «no pueden ser calificados de jurisdiccionales todos los derechos concedidos por los reyes en sus cartas de merced o privilegio de no probarse esta cualidad» (16).

En una sentencia de 22 de abril de 1872 se discute el derecho del duque de Medinaceli a nombrar procurador en el Juzgado de Primera Instancia de Don Benito. La Administración niega tal derecho por entenderlo incluido dentro de la incorporación de Señoríos a la Nación. El Tribunal Supremo afirmará en su fallo que ese derecho «ya no era señorial, si alguna vez lo fue, sino *adquirido por título oneroso a consecuencia del pago de valimiento*» habiendo obtenido la cédula co

(13) El artículo 103 de la Constitución establece: «La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos.»

(14) Sobre el tema, Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE: *Origen bajo-medieval de la patrimonialización y la enajenación de oficios públicos en Castilla*, en «Actas del I Symposium de Historia de la Administración», IEA, Madrid, 1970. Del mismo autor: *La venta de oficios en Indias (1492-1606)*, IEA, Madrid, 1972, y bibliografía allí citada.

(15) Cfr. S. DE MOXÓ: *La disolución del régimen señorial en España*, Madrid, 1964; M. ARTOLA: *La burguesía revolucionaria*, Madrid, 1973; V. PALACIO ATARD: *La España del siglo XIX*, Madrid, 1978.

(16) Sentencia de 8 de julio de 1868; sentencia de 22 de abril de 1872.

rrespondiente en julio de 1807 mediante el abono de 14.700 rs. (17). En virtud de este razonamiento se resolverá a favor del duque de Medinaceli, conde de Medellín.

En una sentencia de 29 de mayo de 1874 se observa muy nítidamente la tensión entre el viejo y el nuevo orden. La sentencia se refiere a la impugnación que el alcaide de la prisión de Zaragoza entabla contra una orden que le declaraba cesante. El Ministerio de la Gobernación había fundado su resolución administrativa previa en que dicho oficio enajenado «era incompatible con la actual organización administrativa del país». Y el ministerio fiscal, en el transcurso del pleito se opuso igualmente a la demanda alegando que ella «pretendía someter a contención lo que es de las facultades discrecionales del Gobierno, como el nombramiento de empleados no sujetos a condiciones especiales de ascenso y separación, y que además pugnaba con todas las leyes y decretos que desde la de 10 de mayo de 1837 hasta el día han venido reconociendo y declarando que los oficios enajenados de la Corona eran incompatibles con la organización administrativa del país y quedaban, por lo tanto, suprimidos» y, en concreto, sostenía que las Alcaldías eran de «libre remoción del Gobierno».

El fallo del Tribunal es, no obstante, favorable al particular. El oficio había sido adquirido originariamente a título oneroso; hay un derecho subjetivo que respetar. La supresión de los oficios enajenados, se dirá en el fallo, a la vista de la legislación pertinente no se ha pretendido hacerla *ipso facto*, sino gradual y progresivamente (18).

---

(17) Considerando que aun en el supuesto de que el derecho de nombrar procuradores tuviese un origen jurisdiccional, como emanado del privilegio concedido en 1449 por el príncipe Don Enrique y confirmado en 1453 por su padre, Don Juan II, varió completamente de carácter y naturaleza por la cédula de confirmación expedida en 9 de julio de 1807 por Don Carlos IV, que no ratificó derecho alguno jurisdiccional o de señorío de los concedidos por aquéllos, como se deduce del texto de la misma, ni podía haber lugar, por consiguiente, a que el Decreto de agosto de 1811 suprimiera el derecho de nombrar procuradores, que ya no era señorial, si alguna vez lo fue, sino adquirido por título oneroso a consecuencia del pago de valimiento, ni menos a incorporar o revertir al Estado lo que de hecho estaba ya incorporado y revertido.

(18) Se transcriben a continuación unos considerandos de la sentencia citada:

«Considerando que las Alcaldías de las cárceles enajenadas por la Corona no fueron suprimidas por la legislación de 1811 sobre señoríos, según lo demuestran las aclaraciones hechas por las Cortes en 24 de febrero de 1813:

Considerando que tampoco lo fueron por las leyes desvinculadoras de 1820 ni por los Decretos de las Cortes de 1822, restablecidos en 1837, sobre oficios enajenados, como lo persuaden las Reales Ordenes de 9 de julio de 1838 y 26 de mayo de 1840 al reconocer su existencia:

El contrato, en consecuencia, es utilizado para proteger unos derechos adquiridos. Es ésta, una manifestación indirecta de la dialéctica general que introdujo el artículo 5.º del Derecho de Cádiz de 1811 al distinguir entre «jurisdicciones señoriales» y «dominio de la tierra». La propiedad, los derechos económicos de los señores están ahora amparados por el régimen constitucional y constituyen también un elemento esencial del nuevo orden.

La prioridad que otorga el título de propiedad se pone de manifiesto en conflictos judiciales de diversa naturaleza, no sólo frente al Estado sino también frente a otros titulares de derechos derivados de una relación contractual nacida en torno al oficio y como consecuencia de la disponibilidad del mismo por su propietario.

---

Considerando que estas últimas no sólo estimaron subsistentes las Alcaldías de las cárceles enajenadas por la Corona, sino que dictaron las reglas que debían observarse para su reversión o tanteo, acordando éste, y estableciendo además por el artículo 8.º de la de 1840 que la Administración se abstuviese de nombrar los funcionarios que debían servir las mientras que por los medios señalados no se llevase a efecto su reincorporación al Estado:

Considerando que esto supuesto al prescindir la Administración de los procedimientos establecidos para poder disponer de la Alcaldía de la cárcel de Zaragoza egredida de la Corona por título oneroso, y en cuya posesión legal estaba don Joaquín Jiménez Cenarbe desde 1835 sin nota alguna desfavorable, ha violado un derecho preexistente que está bajo el amparo de la Constitución y de las leyes:

Considerando que no se subsana esta violación con reserva al recurrente el uso de los medios compensatorios designados por las leyes para los oficios suprimidos, porque no son aplicables a la Alcaldía de Zaragoza mientras no se suprima, y no lo está, como no lo han estado otros muchos, no obstante la legislación de 1811, 1822 y 1837 hasta que por disposiciones especiales se han declarado, según lo demuestran las leyes y decretos expedidos en 1861 sobre las antiguas Contadurías de Hipotecas, y en 1862 respecto del Notariado:

Considerando que de lo expuesto se deduce que los oficios enajenados no se han tratado de suprimir, sino de un modo gradual y sucesivo, y por eso, aunque aceptada en principio su reversión a la Corona desde las leyes recopiladas, hay que prepararla convenientemente, no quedando suprimidos *ipso facto* después de las reformas iniciadas por las Cortes de Cádiz, sino únicamente los incompatibles con la Constitución y las leyes señoriales y municipales:

Considerando que no siendo de esta índole la Alcaldía de la cárcel de Zaragoza enajenada por la Corona, hay que estimarla subsistente, no teniendo sobre ella el Gobierno otros derechos, aparte de la vigilancia e inspección suprema que le corresponde sobre los funcionarios que la desempeñen, que el de proponer a las Cortes su supresión desde luego, si así lo estimase, o el de preparar su reversión o tanteo por los medios establecidos en las disposiciones vigentes, y para cuyo efecto puede usar de las medidas coercitivas que autorizan las leyes, pero sin excederse ni extralimitarse a otras que sean contrarias a sus prescripciones.



Este es el supuesto contemplado por una sentencia de 24 de octubre de 1871. Los hechos, sucintamente son los siguientes: el rey don Felipe IV, en 6 de marzo de 1632, «hizo merced a Pedro Fernández Sanjurjo de perpetuarle un oficio de procurador de número de la Audiencia de Galicia que le pertenecía, con calidad de renunciante, como bienes del vínculo que fundaron don Pedro Sanjurjo y Montenegro y su mujer» (19). El título de propiedad fue revalidado por Carlos IV en 28 de julio de 1803 a favor de don Romero Becaría mediante el pago de 5.000 rs., a quien sucedió don Lorenzo Becaría Navia, que, en 8 de mayo de 1856, nombró a don Antonio Pardo Suárez, teniente de la Procura, «durante su vida cuya designación respetarían los herederos de aquél y de sus sucesores». El mencionado don Lorenzo hizo donación irrevocable del vínculo, con la Procura, a su sobrino e inmediato sucesor don Juan Ramón Díaz Becaría, reservándose el usufructo de por vida. Muerto don Lorenzo, su sobrino solicitó la pertinente cédula de confirmación del oficio, expidiéndose a su favor el correspondiente título de propiedad en contra de la pretensión del teniente de la Procura.

El fallo es favorable al propietario del oficio. Fallecido el anterior propietario caducó el nombramiento de teniente de la Procura. El nuevo propietario podía confirmarle o nombrar otra persona «siempre que se hallase adornada de los requisitos necesarios para servir el oficio». Al obtener el nuevo propietario la correspondiente cédula que le reconoce como tal «lleva en la misma ratificada la facultad de nombrar teniente, que de otro modo sería ilusoria, y despojados los sucesores de los propietarios de un derecho inherente a la propiedad».

Fueron desestimadas las alegaciones hechas por el demandante de que «desde el año 1835 los nombramientos de procuradores no se hacen por los dueños sino por el Gobierno a propuesta del Tribunal respectivo, y no como tenientes, sino como procuradores efectivos de número». Tratándose de oficios de propiedad particular, prima esta última nota sobre la titularidad de los poderes del Estado para organizar sus estructuras y su personal.

No faltan muestras hasta cierto punto sorprendentes, de cómo es la propia Administración quien facilita la afirmación de esa prioridad. Desde la mentalidad actual, lo procedente sería ir «amortizando» las situaciones que tenían su origen en títulos anteriores. No obstante la

---

(19) Sobre la técnica canónica de la renuncia al oficio y su influencia en la sucesión y venta de oficios en la historia de España, Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* Cfr. también J. A. SOUTO: *La noción canónica de oficio*, Pamplona, 1971.

voluntad genérica manifestada en ocasiones en ese sentido, las consecuencias económicas que se derivan para la Hacienda de la declaración de caducidad de un oficio enajenado a un particular, explican que sea la propia Administración quien interponga recurso contencioso para que tal caducidad no se produzca y, por tanto, se impida la reversión al Estado del oficio enajenado.

Es justamente el supuesto a que se refiere una sentencia de 15 de junio de 1874. Se trata de la caducidad de una plaza de procurador de la villa de Guanabacoa que había sido adquirida en licitación pública por un particular. Transcurrido con exceso el plazo previsto legalmente (20) para obtener la regia confirmación del oficio enajenado de la Corona, se decretó su caducidad. Quien recurre es la Administración, fallando en contra de ella el Tribunal Supremo, manteniendo la caducidad del oficio y la pérdida de un tercio de su valor. Este último extremo es lo que explica la reclamación de la Administración. El propietario del oficio cuya caducidad se declara pierde el tercio de su valor en favor de la Hacienda; pero ésta debe abonarle los otros dos tercios (21). En este caso y por esa razón la Administración prefería que subsistiese el oficio enajenado en manos de un particular.

Es, con otras palabras, la patrimonialización de la función pública y también la tensión todavía actual entre visión financiera y política orgánica de la función pública.

---

(20) Cfr. Ley 7.<sup>a</sup>, título 22, libro 8.<sup>o</sup>, de la Recopilación de Indias:

«Ordenamos y mandamos que todos los que compraren de nuestra Real Almoneda (aunque sea por deudas á Nos debidas, ó á particulares personas cualesquier Oficios de nuestras Indias, así los que hasta ahora se han acostumbrado vender, como otros cualesquier, que en adelante Nos mandáremos y que se vendan, tengan obligación á llevar y presentar título y confirmación nuestra, dentro del término señalado por la Ley 6.<sup>a</sup>, título 19, libro 8.<sup>o</sup>, respecto de las encomiendas precisamente, y la misma obligación tengan todos los renunciarios de oficios renunciables y así se guarde siempre, y ejecuten las penas impuestas en caso de contravención, en las cuales desde luego les condenamos y habemos por condenados.»

(21) Cfr. Ley 7.<sup>a</sup>, título 22, libro 8.<sup>o</sup>, de la Recopilación de Indias:

«El que no llevare y presentare título y confirmación dentro del término asignado, de cualquier oficio vendido ó renunciado, le pierda y se disponga de él por cuenta del Rey, como de oficio vaco, con que de lo procedido del dicho oficio se le vuelvan y restituyan las dos tercias partes del precio en que se vendiere, y la otra se ponga en la Caja Real, de forma que la pena de no llevar y presentar la confirmación dentro del término señalado, sea privamiento de la tercia parte del valor del oficio para Nos, y privación del uso de él.»

En un Real Decreto-sentencia posterior de 12 de enero de 1882 se contempla la misma pugna dialéctica de fondo, aunque sobre supuestos diferentes, fallándose a favor del propietario del oficio. El recurso es interpuesto por los particulares contra la Real Orden por la que se denegaba la confirmación de la renuncia hecha a favor de las demandantes por su padre propietario de un oficio de escribano público en Sagua la Grande. El fallo admite, por una serie de circunstancias y con fundamento en razones que no son del caso, que se está ante un defecto subsanable que no impide el reconocimiento de la propiedad del oficio en favor de los recurrentes. El Ministerio de Ultramar, por el contrario, al denegar en vía administrativa la pretensión de las recurrentes, había sostenido que no debía hacerse una interpretación favorable a la confirmación del oficio, ya que «se irrogaría gravísimo daño al Estado privándole de volver a ser propietario del oficio antes enajenado». Aquí la actitud de la Administración es antitética a la manifestada en la sentencia anteriormente citada.

El fin de esa pugna y de la transición que refleja en orden a la organización de la función pública, puede observarse en un Real Decreto-sentencia de 21 de julio de 1876. El viejo oficio de escribano público de Gobierno y anotador de hipotecas de propiedad particular va a ceder ante la nueva regulación legal del notario.

El demandante propietario de un oficio de la naturaleza descrita en Pinar del Río (Cuba) renuncia en 1861 a favor de su hijo menor de edad, nombrando administrador a una tercera persona mientras dura la minoría de edad. En 1871 el propietario pretende la sustitución del administrador y que su hijo pueda renunciar a su vez el oficio, cuando llegue a la mayoría de edad, en favor de quien reúna los requisitos legales. El fallo le es adverso. El 29 de octubre de 1873 se había promulgado la ley del notariado para Cuba y Puerto Rico (con pleno vigor desde 1 de abril de 1874), según la cual las Notarías se proveerán por oposición o concurso «quedando abolido otro medio para obtener título de ejercicio».

La mecánica, pues, de esta ley para proceder a la reincorporación al Estado de lo que es función pública, sigue la vía de la unilateralidad y no la del contrato. Supone el ejercicio de una potestad pública y no el de los derechos derivados de la posición de parte en un contrato. Vale la pena transcribir los considerandos:

«Considerando que, con arreglo a las disposiciones preinsertas, desde 1 de abril de 1874 en que se planteó la

reforma notarial de la Isla de Cuba, quedó abolido para obtener título de ejercicio todo otro medio que no fuera el de oposición o concurso, establecido en las mismas, por lo cual es indudable que al llegar a la mayor edad don Francisco Solano Ramos no podía renunciar a su oficio en favor de persona determinada, según además expresamente se ordena en el artículo 114 del reglamento:

Considerando, respecto de la otra pretensión del demandante, o sea la de que se le autorice para nombrar nuevo administrador de la Notaría de que se trata, durante la menor edad de su hijo don Francisco, que la legislación vigente sobre la materia no autoriza semejantes nombramientos, sino que, por el contrario, regula y determina la manera cómo ha de ser sustituido el Notario que por enfermedad, ausencia, inhabilitación o cualquiera otra causa, se imposibilitase para el ejercicio de su cargo:

Considerando que no obsta el que tales facultades le estuvieran concedidas al demandante por la legislación antigua y por los títulos en cuya virtud desempeñó y más tarde renunció el oficio en su hijo don Francisco: primero, porque, según el artículo 47 de la Ley, han quedado derogadas todas las disposiciones y costumbres relativas a la organización del notariado; y segundo, porque en virtud de lo que determinadamente prescribe el artículo 9.º del Decreto de 25 de febrero de 1874, desde primero de abril del mismo año no es permitido el ejercicio en la Isla de Cuba de las facultades que llevaba consigo la propiedad de oficios enajenados de la fe pública.

Considerando que la aplicación de estas prescripciones no depende de la indemnización que se concede a los propietarios de oficio, puesto que para alcanzar ésta se hallan establecidas reglas especiales, independientes de las generales que organizan el Notariado de Cuba.

Considerando que las dilaciones que en estos procedimientos ocurran no pueden dar derecho a los antiguos propietarios para seguir nombrando sustitutos, porque esto equivaldría a dejar indefinidamente aplazado el cumplimiento de la ley, contra el texto terminante de la mis-

ma, y contra lo que después de ella y en su confirmación han establecido la disposición cuarta de la Orden Circular de 29 de mayo de 1874 y el artículo 12 del Real Decreto de 30 de septiembre de 1875.

Y considerando, además, que la indemnización previa no la ha reputado necesaria la Ley para dictar las reglas de carácter permanente que ha dictado, entre las cuales precisamente están las que se relacionan con esta demanda, sino que se refiere al caso de la reincorporación material al Estado de las Notarías, el cual aún no ha tenido efecto respecto de la que disfruta el menor hijo de don José Francisco Ramos.»

## 2. *El cobro de los tributos*

El arriendo del cobro de determinadas exacciones en el ámbito local ha podido ser exhibido como algo sorprendente, como una reliquia, en una Administración pública evolucionada. Más que un servicio público, la gestión tributaria consiste en una función esencial del Estado moderno (22). El fenómeno contractual era, sin embargo, absolutamente normal en gran parte del siglo XIX para los tributos locales, e incluso, es comprobable para los estatales.

Un testimonio será suficiente: la exposición de motivos del proyecto de Ley de Administración y Contabilidad presentado en las Cortes por Ramón de Santillán en 26 de febrero de 1847. El penúltimo párrafo dice así:

«Una novedad, empero, reclama la experiencia, que debe introducirse entre estas reglas; tal es la prohibición del arriendo de las rentas públicas. Cualquiera que hasta aquí haya sido la práctica de este punto trascendental de la administración, son tan graves como notorios los inconvenientes del arriendo de rentas. Desde este medio de los adelantos de nuestro siglo, y prescindiendo de otros daños de índole diversa, causa siempre el doble mal de vejar a los contribuyentes y hacer perder a las dependencias públicas los hábitos y hasta el arte de administrar.»

---

(22) Cfr. J. A. GARCÍA-TREVIJANO: *Aspectos de la Administración económica*, número 12 de esta REVISTA (1953), pp. 18 y ss., sobre la distinción elaborada en la doctrina italiana entre función y servicio (GIANNINI, MIELE, SANDULLI, MARIO, etc.).

A título de ejemplo como corrobora esa declaración de Santillán, en el Archivo de Palacio, entre los papeles de Sainz de Andino, figura un «Dictamen sobre liquidación del producto de las Puertas de Madrid para fijar el arriendo de ese derecho al señor marqués de Riera», de 26 de marzo de 1832, que se transcribe parcialmente.

El Dictamen consta de 14 puntos en los que se examinan reclamaciones diversas que tienen como finalidad común obtener una rebaja en el precio global del arriendo.

En el primer punto se trata de la pretensión de que la Hacienda abone, al hacer las correspondientes liquidaciones, 1.º «la parte de sueldos y gastos comunes de administración», que correspondería sufragar a la renta de Puertas; 2.º «el gasto del resguardo que la empresa ha establecido para su servicio»; 3.º «el aumento de gastos que causa a la empresa la conservación de los antiguos empleados de recaudación». El Dictamen afirma:

«En cuanto a lo primero y tercero, nos adherimos al Dictamen de la Dirección General de Rentas, que convino en que no se hiciese rebaja alguna a la empresa por razón de sueldos y gastos comunes de administración, y creemos que no es materia susceptible de duda ni de discusión por ser evidente que todo arrendatario debe soportar los gastos de administración y recaudar la cosa arrendada, cuyos productos hace suyos, y a manera que es arbitrio suyo arreglar su sistema administrativo como más le conviene, es de su cargo sufragar las expensas que en ello se le ocasionan. Si la Real Hacienda hiciera este abono se frustraría la base del arriendo del Derecho de Puertas, que fue asegurar la percepción íntegra en cada año del producto del año común del último quinquenio, con más el aumento a que se convino el arrendatario; y pues por razón de dicho convenio la Real Hacienda no ha hecho ni podía hacer disminución en los gastos comunes de la administración de todas las rentas, tampoco puede bonificar cantidad alguna en el supuesto equivocado de que se hubiese hecho esta economía.

El segundo particular, o sea los gastos del resguardo de la empresa, ha consentido la Dirección de Rentas en que en las liquidaciones se haga al empresario la rebaja de 1.522.802 reales, que es la mitad de los 3.045.604 que

dice la empresa le cuestan los 1.108 individuos que se emplean por su parte en vigilar el fraude. Nosotros no hallamos fundamento alguno para esta rebaja que causarí a la Real Hacienda un perjuicio de 7.644.010 reales vellón.

Es menester no perder de vista que cuando se hizo y concertó el arriendo del derecho de puertas, en 13 de febrero de 1830, estaba hecha y planteada la nueva organización que se dio al resguardo interior en el Real Decreto de 2 de julio de 1829, y existían las partidas fijadas destinadas a auxiliar la recaudación de Derechos de Puertas en las capitales de provincias y puertos habilitados, así como las de rentas provinciales en los pueblos en que su administración se halla establecida por cuenta de la Real Hacienda. Por lo tanto el asentista debió haber calculado, cuando hizo el contrato, si era o no suficiente esta fuerza auxiliar de la recaudación que la Real Hacienda ponía a su disposición, y graduar si con ella podía impedir el fraude o, si habiendo de aumentarla para que fuese más severa y extensa la vigilancia contra éste, podría sufragar este gasto con las ventajas que le debieran resultar de las mejoras que se proponía introducir en el ramo. La Real Hacienda llena su obligación hacia la empresa con darle el auxilio del resguardo que se consideró suficiente en la nueva organización para este servicio, y pagándose éste por la Real Hacienda, no puede ni debe sufragar el gasto de otro nuevo resguardo, porque entonces sería pagar dos veces un mismo objeto y quebrantar el sistema de presupuestos.

Si la empresa ha aumentado otro nuevo resguardo por su voluntad y para su prosperidad, ella es quien debe costearlo, porque para su beneficio se ha establecido y en su provecho ceden los trabajos de esta puerta auxiliar; pues mientras mayor sea la vigilancia menos será el fraude y otro tanto aumentarán los productos del impuesto. ¿Quién vio jamás que el arrendador pague al arrendatario los gastos que hace por su voluntad y para que fructifique más la cosa arrendada? En esta materia no se admiten ampliaciones por el sentido presunto de los contratos, sino que se está a lo literal de las obliga-

ciones que expresa y terminantemente contrajeron las partes contratantes, y pues en la escritura del arriendo del Derecho de Puertas la Real Hacienda no recibió de su cuenta los gastos del nuevo resguardo que la empresa estableciera, visto es que no está obligada a abonarlo. Por el contrario, habiéndose pactado que la Real Hacienda percibiría íntegro el haber del año común del quinquenio, se faltaría a esta base del contrato si este resultado se hubiera de sujetar a la rebaja de un gasto que entonces no se causaba. En la escritura se dijo expresamente que para la liquidación del quinquenio se deducirán los gastos y sueldos *peculiares* de la renta del Derecho de Puertas; y por lo peculiar no se entiende, ni se puede entender, otra cosa que el gasto propio, exclusivo y contraído al impuesto sin comunidad ni conexión con los demás, y si a esto se reduce el abono que por sueldos y gastos debe reportar la empresa, ¿cómo se ha de entender como peculiar del Derecho de Puertas, para deducirse del valor total del quinquenio, un gasto que no existía entonces, que se ha introducido después por gusto y para la mayor utilidad de la empresa, y que la Real Hacienda está haciendo y costeano en el resguardo que tiene al servicio de la misma empresa?

La Dirección apoya su opinión en la consideración de los servicios que prestan los individuos aumentados por la empresa a los demás ramos administrados por la Real Hacienda; sobre lo cual ha de considerarse que no se debe recompensa de justicia (que es el título indispensable para la rebaja que se pretende) por un servicio que no causa ni aumento de gravamen a la empresa, ni economía de gastos a la Real Hacienda. Aquélla no tiene mayor número de guardas ni les da mayor sueldo para que cese el fraude de las rentas que se administran por cuenta de la Real Hacienda; no hay, pues, aumento de gravamen, aunque la vigilancia de sus empleados se extiende a estos objetos; la Real Hacienda tiene su resguardo establecido conforme a la organización de la última planta con el mismo número de empleados e iguales sueldos que si no existiera el resguardo particular de la empresa, y por lo tanto tampoco hay economía en



gastos para aquélla; a lo cual añadiremos que ni aun existe un servicio oficioso a favor de la Real Hacienda de parte de aquel resguardo, porque para esto sería preciso que hiciese un acto separado y distinto de los que tienen que practicar para vigilar el fraude del Derecho de Puertas, lo cual no se verifica, pues es omnímoda y una sola la acción de examinar si en un carro, carga o bulto hay un género que devengue aquel impuesto, o si lo hay de la clase de estancados. La recompensa de su celo es la parte que lleva en los comisos de lo que aprendiera.»

La lectura es suficientemente expresiva. Si la recaudación de tributos es una función administrativa o, si se prefiere, un servicio esencial, combatir el fraude constituirá un objetivo «de orden público» y no el elemento de un contrato sobre el que pueda disponer el contratista en función de su interés en él mismo.

La jurisprudencia de las dos últimas décadas del siglo XIX refleja abundantemente, de otra parte, la realidad de esa práctica de arriendos sobre todo de arbitrios municipales:

— Real Decreto-Sentencia de 10 de agosto de 1880: indemnización de perjuicios por anulación de un contrato sobre arriendo por el Ayuntamiento de San Sebastián del arbitrio de exportación de la pescadería, cuyo establecimiento no era legal;

— Real Decreto-Sentencia de 5 de agosto de 1881: liquidación del arrendamiento de determinados arbitrios que el Ayuntamiento de Betanzos estableció para el año económico de 1872-73 con el objeto de cubrir el déficit de su presupuesto. Al interesado se le reconoce el «derecho al abono de la cantidad que dejó de percibir por efectos de la supresión del arbitrio sobre paños, algodones y sedas, así como también las correspondientes a los otros dos artículos de arrastre de sal y cueros», que había sido acordada en virtud de Resolución de la Comisión Provincial. El contrato «se hace a suerte y ventura, no pudiendo rescindirse, sino por un trastorno general en la Nación o por suprimir el Gobierno por completo los arbitrios establecidos».

— Real Decreto-Sentencia de 13 de abril de 1882: Rescisión de un contrato «especial», de arriendo del impuesto de consumos del Ayuntamiento de Lorca, en el que se aprecian una serie de extralimitacio-

nes por parte del Ayuntamiento y del Alcalde: alteración de tarifas, exención de pagos a determinadas personas, cobro de cantidades que debió hacer el arrendatario, etc. (23).

### 3. *El correo y su conducción*

El correo y su conducción ofrecen otro ejemplo paradigmático del proceso de descontractualización aludido y que supone por parte de la Administración pública recuperar un poder inicialmente ejercido y posteriormente perdido.

Tomemos como primer punto de referencia de la organización del correo, la Ordenanza General de Correos de 8 de junio de 1794, en el umbral del siglo XIX, que se corresponde a un servicio incorporado a la Corona (24). En sus preceptos se revela una cierta instrumentalidad en el uso del acto y del contrato.

La Ordenanza constituye una regulación completa del servicio que frecuentemente se denomina de «mi Real Servicio y del público», para cuyo regular funcionamiento se reconocen una serie de privilegios en favor de las personas que lo realizan y de los medios que se utilizan («caballos de posta destinados al servicio del público»).

La posibilidad de optar por la gestión directa o por el contrato está presente desde los primeros preceptos de la Ordenanza. Así, se permite al superintendente general «arrendar o administrar franca y libremente como le pareciere, cualquiera Administración de Correos, Postas y demás ramos de su cargo» (25).

Esa doble posibilidad se reitera al tratar de los maestros de postas. Sólo serán reconocidos como tales «los que tuvieren títulos despacha-

(23) Otros casos de arrendamiento de consumos: Real Decreto-Sentencia de 6 de agosto de 1886; Real Decreto-Sentencia de 22 de febrero de 1887; Real Decreto-Sentencia de 12 de marzo de 1888 (arriendo de tres años de los derechos de consumo de El Ferrol).

(24) Cfr. breve reseña histórica en el preámbulo del Decreto de 19 de mayo de 1960, por el que se aprobó la Ordenanza Postal.

En 1706, con Felipe V, «el Correo deja de ser un monopolio concedido a particulares», incorporándose a la Corona para allegar recursos necesarios para la Guerra de Sucesión, «al propio tiempo que satisfaría la tendencia borbónica a asumir todos los resortes del Poder». El Correo «pasó a administrarlo directamente el Estado, mas por falta de práctica y organización tuvo que arrendarse a particulares...». En 1720 se dictaron unas Ordenanzas para regular el servicio, y ya durante el reinado de Carlos III el correo se organiza de forma semejante a como lo está en la actualidad. Cfr. M.<sup>a</sup> MONTÁNEZ MATILLA: *El Correo de la España de los Austrias*, Madrid, 1953, pp. 143-44.

(25) El primer secretario de Estado y del Despacho era superintendente general nato de la Renta de Correos y Postas de España y sus Indias, y de los marítimos y sus arsenales, y asimismo de caminos y posadas.

dos por la Dirección, bien por haberse nombrado para el Gobierno o administración de las Paradas, o bien por habérselas despachado en vista de la escritura de contrata que hubieren otorgado» (26).

En 1844, tanto el Real Decreto de 18 de julio, como el Reglamento del 26, marcan un momento de transición (27). Los oficios de maestros de postas «son de provisión Real a propuesta de la Dirección General de Correos» (art. 1.º). El artículo 8.º contiene una prevención para limitar el carácter patrimonial del oficio: «los maestros de postas no pueden ceder ni traspasar temporal ni perpetuamente sus paradas sin la aprobación del Gobierno» (28).

El Reglamento de Correos de 1898 refleja ya la situación actual de un servicio incorporado, llevado por funcionarios públicos con un régimen típicamente estatutario (29).

El proceso de descontractualización es paradigmático en el supuesto de la *conducción del correo*. La Ordenanza General de 1794 refleja —y es una situación característica del antiguo régimen— (30) un estado de servicio incorporado (se trata de un servicio del Rey y del público): «los conductores de valijas para la correspondencia ordinaria del público traerán al pecho el distintivo de mis armas reales... y de todos ellos... habrá una lista en la Dirección por el orden de su nombramiento».

Pero cuando el servicio aumenta considerablemente su volumen —y es lo que sucederá en el siglo XIX— la Administración tiene que acudir inicialmente al pacto con la Sociedad, al contrato, cuando no puede imponerlo como obligación dentro del clausulado de la concesión del servicio por medio del que se realiza la conducción del correo.

Salvo el caso singular de los ferrocarriles, en el siglo pasado la conducción del correo por vía terrestre y marítima se hace en virtud del

(26) Cap. 1, t. 16, Ley X.

(27) Si ya en la Ordenanza de 1794, como se ha subrayado, aparecía de algún modo el principio de continuidad —no interrupción— característico del servicio público, aquí aparece el de régimen de «cola». El orden de preferencia para el servicio de la posta es el siguiente: 1.º Los correos extraordinarios con pliegos del Gobierno. 2.º Los correos ordinarios conductores de la correspondencia pública. 3.º Los correos extraordinarios extranjeros con despachos de sus respectivos Gobiernos. 4.º Los particulares por el orden de su llegada a la parada.

(28) Un Real Decreto de 23 de septiembre de 1849, aclaratorio de la Ley de 2 de abril de 1845, reconocía la competencia de los Consejos Provinciales en los litigios sobre diversos ramos de la Administración, entre ellos el de Correos, y los contratos celebrados para su servicio con los particulares. Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ: *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, p. 163.

(29) Cfr. título III, del Personal, artículos 271 y siguientes y artículos 408 y siguientes.

(30) *Vid. supra*, M.ª MONTÁÑEZ MATILLA, *op. cit.*

contrato. Así lo corrobora la abundante jurisprudencia recaída sobre el tema (31).

La conducción del correo solía ser el objeto principal del contrato; siempre que fuese compatible con ello podía admitirse también el transporte de personas. Esto sucedía tanto en el transporte marítimo como por carretera (32).

Un Real Decreto-Sentencia de 14 de mayo de 1860 se refiere a un contrato de conducción de correspondencia entre la Península y Ultramar por vapores-correo. El contrato concedía a la Empresa el derecho exclusivo de conducir la correspondencia y, por tanto, la Administración no podía hacerlo ni en todo, ni en parte. Precisamente, porque estando vigente el contrato se llevó en buques del Estado parte de la correspondencia y porque sin el obligado aviso previo para dar por terminado el contrato, procedió la Administración a la conducción del correo en sus propios barcos, se reconoce la indemnización correspondiente a la empresa.

La Administración estaba atada, pues, en la organización y gestión del servicio por los principios de un contrato que otorgaba la exclusiva de aquéllos al particular contratante. Es una muestra extrema del dogma teórico del concesionario interpuesto.

Al advenimiento del vapor, el Estado gestiona directamente, durante unos pocos años, el servicio de conducción del correo, que iba unido habitualmente al de transportes de tropas. En 1850 establece una línea regular Cádiz-La Habana. En 1857 tiene que subastar el servicio (33).

El imperialismo del contrato está expresamente reconocido con carácter general—salvo los ferrocarriles— en el Reglamento para el ré-

(31) Cfr. Real Decreto-Sentencia de 5 de febrero de 1865 (la conducción de correspondencia no lleva aneja el transporte de tropas, sino la obligación de reservar dos camarotes a disposición del Gobierno y del Capitán General de Cuba); Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1871 (prohibición de prestar el servicio público en nave extranjera); Real Decreto-Sentencia de 11 de julio de 1877 (rescisión del contrato sobre servicio marítimo para conducción de la correspondencia pública y privada entre las islas del archipiélago filipino).

(32) Cfr. Real Decreto-Sentencia de 9 de enero de 1865 (conducción del correo diario de Benavente a Orense. La Resolución es interesante por otros motivos que ahora no son del caso). Para el correo marítimo, Cfr. Real Decreto-Sentencia de 5 de febrero de 1865, *supra*, y J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ: *Intervenciones administrativas en los transportes marítimos* (tesis doctoral), Santiago de Compostela, 1975, p. 104.

(33) Cfr. en J. M. DE LA CUÉTARA: *Intervenciones...*, *cit.*, pp. 106 y ss., la historia de los sucesivos contratos hasta la formalización del contrato con la Compañía Transatlántica. En el contrato con ésta, aprobado por Ley de 26 de junio de 1867, los servicios postales marítimos aparecen como objeto principal del contrato. Para CUÉTARA, estudiando el clausulado del mismo servicio, serían una cláusula accesoria a la que habría que conectar la *subvención* correspondiente.

gimen y servicio del ramo de correos de 7 de junio de 1898, cuyo artículo 379 dispone: «Las conducciones terrestres y marítimas para el transporte de la correspondencia se contratarán por remate público y solemne previa la correspondiente subasta» (34).

En la Ley de 22 de diciembre de 1953 el correo aparece definido como «servicio público inherente a la soberanía del Estado» (artículo 1.º (35)).

La recuperación definitiva del poder, o de otro modo, la descontractualización está prácticamente consumada en la Ordenanza Postal aprobada por Decreto de 19 de mayo de 1960: «es un servicio público inherente a la soberanía del Estado *que lo rige y administra*» (art. 1); el Correo ejerce monopolio para el transporte de cartas y tarjetas postales» (art. 10.1) (36); está servido por funcionarios (37). En el caso de transportes públicos regulares por carretera la conducción de la correspondencia es gratuita, «cualquiera que sea la causa o título de la calificación administrativa o la naturaleza de la protección oficialmente concedida» (art. 149). La conducción es obligatoria para todos los buques de bandera española, siendo gratuita en el caso de que disfruten de «primas a la navegación o cualquier otro auxilio económico» del Estado o mediante retribución fijada unilateralmente como tarifa (art. 153). El mismo carácter obligatorio tiene la conducción del correo que se confíe a las aeronaves «propiedad de empresas nacionales, fijándose las condiciones económicas unilateralmente o mediante acuerdo con las Compañías aéreas de navegación» (art. 156).

El caso de transporte por ferrocarril es un tanto peculiar (38). Aquí

(34) Es el primer artículo del título X: «De los conductores contratistas», del título III, dedicado genéricamente al personal.

(35) Su artículo 4.º establece: «La recogida, curso y distribución de la correspondencia se organizará con las máximas garantías de seguridad y rapidez, utilizándose preferentemente medios mecánicos de transporte público, terrestre, marítimo, o aéreo, procurándose la debida coordinación de los servicios postales con los Organismos y Entidades que tengan a su cargo la reglamentación o explotación de transportes utilizados por el correo, tanto para evitar dualidad de servicios como para obtener el mayor conocimiento y mejor solución de comunes problemas.»

(36) «Como consecuencia, se establece la prohibición general, para personas y empresas extrañas a los servicios de Correo, de transportar cartas y tarjetas postales. Son excepciones de este monopolio del Estado: a) La correspondencia que circule por el interior de las poblaciones. b) La conducida por empresas de transportes terrestres, marítimos, fluviales o aéreos, siempre que se refiera exclusivamente al servicio de las mismas» (art. 10, 2 y 3).

(37) El personal rural, aun no constituyendo Cuerpo ni escala, cuenta con una situación en la Administración postal, que «se regirá por una relación contractual de naturaleza administrativa» (art. 95). Los conductores de correspondencia «están sujetos a la organización y disciplina del Servicio de Correos» (art. 114).

(38) Cfr. en general, sin referirse a la conducción del correo, J. BERMEJO VERA: *Régimen jurídico...*, cit., pp. 27 y ss.

el imperio de la Administración sobre los concesionarios es mucho más temprano. Mientras para los transportes terrestres o marítimos rige el sistema de contratos, en la Ley de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855, la conducción de los correos ordinarios es ya un servicio gratuito que se impone a las compañías (39). Esta obligación que está presente en disposiciones posteriores, como un Decreto de 6 de febrero de 1864 que señala las atribuciones de los Ministros de Gobernación y Fomento para «conocer de las dudas que suscite la obligación impuesta a la empresa de ferrocarriles de transportar la correspondencia pública», se reitera en la Ley de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877 (40) y disposiciones posteriores (41).

Ese imperio que la Administración ejerce en el transporte por ferrocarril repercute en la conducción del correo contratada para realizarse mediante transporte por carretera. Así se desprende del clausulado de los contratos correspondientes, como se pone de relieve en un Real Decreto-Sentencia de 29 de abril de 1885. La supresión, sin indemnización, del servicio contratado se justifica por la construcción de una línea férrea que permite realizar el servicio por ese medio y con distinto itinerario. El particular debe aceptar tal extinción o la sustitución del servicio—itinerario, medios de transporte—en el caso de que ésta sea ofrecida por la Administración (42).

En el origen, sin embargo, las concesiones realizadas en el marco general de la llamada Ley provisional de 20 de febrero de 1850, esti-

---

(39) Art. 33: «En el pliego de condiciones de cada concesión se comprenderán los servicios gratuitos que deban prestar las empresas y las tarifas especiales para los servicios públicos, figurando entre los primeros la conducción de los correos ordinarios a las horas que fije el Gobierno.»

(40) Artículo 47.

(41) Cfr. Real Decreto de 19 de agosto de 1891: En su preámbulo se recuerda que, salvo alguna disposición aislada, «resalta siempre el espíritu del legislador, que fue en todo momento el imponer a las Compañías la ineludible prestación de tan importante servicio con los caracteres de *forzoso* y *gratuito*. Consecuentemente establece: «Las Compañías concesionarias están obligadas a poner diariamente al servicio del correo un tren que podrá recorrer a la ida y a la vuelta la totalidad de la línea en explotación» (art. 3.º). Se determinan en el Real Decreto las características del carruaje (propiedad del Estado), de su utilización, atribución de los gastos de entretenimiento. El artículo 18 autoriza a la Administración a denunciar los contratos celebrados con las Compañías «en orden a la prestación a título oneroso de los servicios de calefacción, alumbrado y transporte de un punto a otro de los vagones correos».

(42) Se trataba de un contrato de conducción del correo desde Zamora a Orense, rematado por cuatro años. La terminación de la línea férrea de Brañuelas a Ponferrada hacía que la correspondencia de Madrid para Orense se transportase por esa vía. El anterior servicio sería sustituido por «tres montadas o en carruaje para el servicio local de Zamora a Puebla de Sanabria, de este punto a Verín y de Verín a Orense, cuyas conducciones se sacarían a pública subasta, así como las del correo de Ponferrada a Orense».

pulaban que la conducción del correo se hacía previo contrato entre el Estado y la Compañía de ferrocarril. Así lo demuestra alguna resolución judicial, como una Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1874 sobre un asunto relativo a la Compañía de Ferrocarril de Madrid-Alicante. La concesión había sido otorgada por Ley de 3 de mayo de 1855, cuyo pliego de condiciones constituía, obviamente, el régimen jurídico para ambas partes. La Administración intentó aplicarle posteriormente los preceptos de la Ley General de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855, que imponía como gratuita la conducción del correo. La Compañía reclama y el fallo le es favorable continuando «en el disfrute de la retribución convenida por el Gobierno por la conducción del correo en trenes especiales, como había estado desde un principio».

A comienzos del presente siglo puede observarse a través de la jurisprudencia cómo la Administración tiende a imponer la conducción de determinados objetos de correo—paquetes postales—desde la Península a Tánger, Baleares y Canarias y de estos puntos entre sí, como un servicio «forzoso y gratuito», interpretando incorrectamente lo establecido en los Reales Decretos de 28 de agosto y de 27 de septiembre de 1902. Una Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1905, apoyándose en lo dispuesto en el artículo 2.º del Real Decreto de 19 de agosto de 1891 (43), falló a favor de los particulares, pronunciándose por la necesidad del contrato.

La Sentencia resuelve dos recursos acumulados interpuestos por las Compañías de ferrocarriles de Madrid a Zaragoza y Alicante y por las Compañías de Caminos de Hierro del Norte de España y de los Ferrocarriles Andaluces contra resolución del Ministro de la Gober-

---

(43) «Bajo la denominación genérica de correo, y a los efectos derivados de las relaciones entre el Gobierno y las Compañías ferroviarias, se comprenderán las cartas, pliegos, impresos, paquetes, y todo cuanto en virtud de los convenios internacionales es objeto de transporte postal. Si más adelante se extendiera el servicio de paquetes postales al interior de la Península, deberá mediar para ello el oportuno acuerdo entre el Estado y las Compañías, en analogía con las condiciones que en el día se observan para los paquetes postales del extranjero y Ultramar.»

Este Real Decreto fue desarrollado por Real Decreto de 28 de agosto de 1882, cuyo artículo 1.º establecía: «Entre las Administraciones principales de Correos de España y las Estafetas que designe la Dirección General del ramo, por una parte, y la oficina de Correos española establecida en Tánger, por otra parte, se podrán cambiar paquetes postales que no excedan en su peso de cinco kilogramos, y en sus dimensiones de 60 centímetros en cualquier sentido.»

Cfr. también Real Orden de 29 de septiembre de 1902, que aprueba la instrucción para la ejecución del citado servicio.

Un Decreto de 27 de septiembre de 1902 se refiere al servicio de paquetes postales de la Península a Baleares y Canarias y de éstas entre sí.

nación, denegatoria de la petición de no estar obligado al transporte gratuito de los paquetes postales «que se cambien en sus líneas entre las Administraciones de Correos de España y la Oficina de Correos española establecida en Tánger y las Islas Baleares y Canarias».

La Sentencia considera de aplicación al caso el precepto contenido en el artículo 2.º del Real Decreto de 19 de agosto de 1891, según el cual «si más adelante se extendiera el servicio de paquetes postales al interior de la Península, *deberá* mediar para ello el oportuno *acuerdo entre el Estado y la Compañía*, en analogía con las condiciones que en el día se observan para los paquetes postales del extranjero y Ultramar». En ese sentido considera que si bien el citado Real Decreto no habla más que del servicio interior de la Península, «forzoso será reconocer que la mente del Real Decreto tuvo que ser la de hacer extensivo el precepto que establece la necesidad de concertarse con las Compañías, a todos los dominios españoles fuera de Ultramar que ya tenían establecido el servicio previo aquel concierto». En consecuencia, el fallo de la Sentencia declara «el derecho del Estado para hacer transportar por los ferrocarriles que pertenezcan a las Compañías demandantes los paquetes postales, pero *poniéndose previamente de acuerdo con ellas* para estipular la remuneración correspondiente».

#### 4. Los suministros

La Administración militar, que tanta influencia ha tenido en el nacimiento y configuración de las instituciones administrativas, proporciona otro ejemplo particularmente interesante. Las Guerras Carlistas influyen en buena parte de nuestro siglo XIX (44). Su influencia no queda reducida al período propiamente bélico: calladas las armas hablan de nuevo las leyes. Será el momento de las reclamaciones ante los tribunales por hechos derivados de la guerra, de lo cual la jurisprudencia ofrece muestras abundantes.

En el comienzo de las guerras es lógica la tendencia a la imposición, a la requisa militar; pero cuando una guerra se prolonga, sobre todo si es civil, el Estado no puede seguir imponiéndose unilateralmente a un pueblo con el que tiene necesidad de contar. El puesto de la requisa lo ocupa entonces, de una manera natural, el contrato de su-

(44) La primera abarca de 1833 a 1840; la segunda, de 1872 a 1876, aunque los alzamientos no fueron uniformes.

Un buen resumen de sus diferentes aspectos en V. PALACIO ATARD: *La España del siglo XIX*, cit., pp. 169 y ss., y 471 y ss.



ministro; pero la guerra exigirá condiciones exorbitantes de la contratación ordinaria (45).

Los dos estadios se reflejan en las normas y en la jurisprudencia. La Real Orden de 4 de octubre de 1838 preveía la requisita «en todas las provincias de la monarquía de cuantos caballos domados o cerreros haya útiles para remontar los cuerpos de caballería». En el preámbulo se justifica la medida en el carácter urgente de las necesidades de la guerra; se trata de mantener la superioridad de la caballería liberal y este objeto «no se conseguiría con la brevedad que las circunstancias de la guerra demandan, si no se acude a una requisición general de caballos, puesto que el sistema de compras a dinero contante, ni es practicable en el día, ni ha producido en otras ocasiones el efecto que se deseaba» (46).

La Real Orden contenía una serie de excepciones a la requisita regulada; la mayor parte de ellas se referían al estamento militar (47).

---

(45) Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ: *Lecciones...*, cit., pp. 12-14.

(46) Al tomar Su Majestad esta resolución ha tenido en su real consideración las poderosas razones que le han aconsejado y que deben producir para la causa de la Nación bienes inmensos en comparación de los perjuicios individuales que pueda reportar. La guerra, este azote con que la nación está afligida, reclama cuantos recursos puedan aplicarse a su pronta conclusión, para que marchando sin tropiezo de ninguna especie las instituciones que nos rigen proporcionen a los pueblos el descanso y felicidad de que tan acreedores son. Entre aquellos recursos deben contarse de la mayor preferencia cuantos puedan contribuir a reemplazar y aumentar la caballería del ejército, cuya importancia en esta lucha es tan conocida como repetidos los triunfos que obtiene sobre el enemigo, del que es terror doquiera que se le presenta. Empero, tantas ventajas, tantos triunfos conseguidos por aquella arma no se obtienen sin el sacrificio de muchos valientes, sin pérdida de un crecido número de caballos, cuya baja es de absoluta necesidad reemplazar con toda prontitud para que no pierda nuestra caballería la superioridad que tienen sobre la enemiga, y cuyo objeto no se conseguiría con la brevedad que las circunstancias de la guerra demandan, si no se acude a una requisición general de caballos, puesto que el sistema de compra a dinero contante ni es practicable en el día ni ha producido en otras ocasiones el efecto que se deseaba. Además, el enemigo que conoce la importancia de esta arma, y que por la inferioridad de la suya está privado de emprender operaciones en el llano y de repetir sus expediciones al interior del reino para llevar el espanto y ruina a todas partes, se procura con todo anhelo la adquisición de caballos, robándolos en cualquier punto en que los encuentra, y es seguro que no habrá español tan desnaturalizado que prefiera ser sacrificado con sus mismos caballos a entregarlos por su valor para que sirvan en las filas que defienden sus intereses y propiedades. Su Majestad está decidida a no omitir medios para que se concluya esta desastrosa guerra y a evitar que el enemigo se aproveche en daño nuestro de recursos que necesita la nación procurarse a toda costa, y atendiendo que ante el bien de la patria toda otra consideración debe ceder, se ha dignado Su Majestad resolver se lleve desde luego a efecto la referida requisición de caballos, y que se observe a este fin, lo que se previene en los artículos siguientes.

(47) También «los destinados al servicio de postas y correos según contrata» y los que hubieran sido redimidos con anterioridad, al amparo del Real Decreto de 27 de febrero de 1837.

Se constituían comisiones de requisición que debían llevar un registro «en que se sentarán diariamente cuantas operaciones de requisa se practiquen, anotando y numerando en él los caballos requisados, con expresión de reseña, valor según tasación, día en que ha sido requisado, y pueblo y nombre del dueño».

En este régimen de guerra encajan los preceptos sobre el importe de la requisa. Tal importe se satisfacía por medio de unos recibos firmados por el comisionado de Caballería, los cuales: «se admitirán en pago de los cupos de la contribución extraordinaria de guerra y de contribuciones atrasadas hasta fin de 1837, y serán transmisibles dentro de cada provincia, y aplicables en los referidos pagos por el último tenedor». También el precepto sobre conflictos responde a un régimen de guerra:

«las dudas que se susciten sobre exención, utilidad y valor del caballo requisado se resolverán en el momento por las comisiones que establece el artículo 5.º; y en el caso de no convenirse las partes, será el asunto definitivamente resuelto por el Ayuntamiento, unido a la expresada comisión, y al comandante de armas donde lo hubiese» (48).

La naturaleza y el fin de la requisa obligaba a realizarla en un período no dilatado y con término preciso (49).

No es difícil comprender las peripecias que sufren las peticiones de ios particulares para hacer efectivo los recibos entregados como importe de las requisas.

De 10 de enero de 1841 son dos Reales Ordenes del Ministerio de la Guerra que resuelven expedientes promovidos por la Diputación de Teruel y la Junta de Gobierno de Zaragoza, que son de aplicación también a otros varios procedentes de Lugo, Castellón de la Plana y Ciudad Real. Se solicitaba que fuesen admitidos a liquidación los re-

---

(48) «En todo lo concerniente a la requisición de caballos en las provincias, obrarán los capitanes generales de acuerdo con las respectivas diputaciones, adoptando entre estas corporaciones y aquellas autoridades cuantos medios estimen convenientes para que la indicada operación se realice con toda brevedad; en el concepto de que serán responsables de la menor demora que se note, así como lo serán también en sus respectivos casos los ayuntamientos de los pueblos y los oficiales y mariscales comisionados en la requisa por la ocultación de cualquier caballo que deba ser requisado, o por la declaración de inutilidad u otra excepción al que no la tenga.»

(49) El 1 de febrero de 1839.

cibos de suministros hechos por los pueblos, cualquiera que fuese la época en que se hubiese presentado, aunque no se hiciese en el plazo fijado por una Orden de 31 de diciembre de 1838. La negativa a tal pretensión se funda en que:

«sólo podría dispensarse alguna gracia a los pueblos de que se trata, dignos siempre, como todos, de la consideración compatible con la reducida situación del erario, cuando al mismo tiempo que acreditaran el suministro hecho, justificasen también, que para presentar y recoger los recibos, habrán practicado todas las diligencias necesarias, en el curso de los tres meses señalados en la expresada real orden, y que sin admitir gestión alguna les había sido físicamente imposible el verificarlo; extremos que no se hallan aclarados de este modo en la referida instancia a favor de los pueblos de la provincia de Teruel, los cuales *hallándose ocupados por las tropas del ejército de casi toda su extensión desde octubre de 1839*, parece que debían haber tenido el amparo suficiente para presentar a liquidación en tiempo oportuno los suministros de que se trata.»

Un Real Decreto-Sentencia de 17 de mayo de 1857 refleja otros aspectos de las vicisitudes de las declaraciones derivadas de requisas con ocasión de la Guerra Carlista.

Interpone el recurso el Ayuntamiento de Canicosa de la Sierra, provincia de Burgos. La reclamación en vía administrativa se presenta en 1843 y se resuelve en 1857; un primer dato a retener. La pretensión supone que se paguen 343.271 rs., importe de 430 reses vacunas de las que se había apoderado el ejército liberal en la noche del 22 de octubre de 1837 al paso por la citada villa en persecución del Pretendiente, «para que no faltase el sustento a las tropas»; pero «que la necesidad en la marcha y la confusión en el suministro habían impedido al Ayuntamiento lograr que se diese el correspondiente recibo; que la miserable situación a que redujo al vecindario tan extraordinario anticipo había sido una de las causas para no reclamar hasta la fecha la competente indemnización».

El 27 de noviembre de 1856 el Comisario de Guerra que había participado en la expedición citada evacua su informe, devolviendo el

expediente primitivo que retenía desde 1843. Reconoce haber recibido orden del general en jefe «para apoderarse de una vacada, que *abandonada por los vaqueros* estaba pastando en el término de Canicosa, llevándola a Quintanar de la Sierra, donde pernoctó el ejército; que con parte de las reses muertas a tiros se racionaron algunas tropas, y las restantes quedaron encerradas, sin que después tuviese intervención alguna por haberse marchado al día siguiente a vanguardia del ejército expedicionario, aunque podía decir, por lo que vio, que el número y calidad de las reses eran poco más o menos según se citaba en la exposición del Ayuntamiento sin que se hubiese dado recibo alguno sin que nadie lo reclamó, ni era posible valuar antes el peso del ganado».

Entre los hechos se recoge también la reclamación que en las fechas que sucede la requisa se hace desde el Cuartel General de Briviesca a los jefes políticos de Burgos y Soria para averiguar el paradero de una serie de cabezas de ganado que se quedaron en la referida noche en el bosque cerca de Canicosa, sospechando que habían sido utilizadas por los pueblos inmediatos «o bien las vacunas por instinto habían regresado a sus pastos».

Por ello y supuesta «la imposibilidad de recoger en el acto el recibo» y que el Ayuntamiento «no ha acreditado el otro extremo de haber hecho por su parte todas las gestiones necesarias y haberle sido imposible verificarlo en el largo espacio de tiempo transcurrido desde el año 1837 hasta la fecha de su reclamación», se falla en contra de la pretensión del Ayuntamiento.

En años posteriores la jurisprudencia nos revelará, por el contrario, la práctica habitual de contratos de suministros (50). Así, por ejemplo, un Real Decreto-Sentencia de 2 de julio de 1878 que contempla el supuesto de un contrato de suministro de paja con unas condiciones determinadas, exigidas por los movimientos de su ejército en campaña.

La Administración rescinde el contrato por falta de cumplimiento del contratista. Este alega que no puede entregar la paja estipulada en el sitio fijado «por carecer del material necesario para su transporte, puesto que la Empresa del ferrocarril lo tenía siempre a las órdenes del Gobierno y no atendía las peticiones de los particulares»... «privan-

---

(50) Los contratos de suministros se residencian en la jurisdicción contencioso-administrativa desde su creación; figuraban explícitamente en el proyecto de ley de Administración y Contabilidad de Santillán, de 1847. Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ: *Lecciones...*, cit. p. 14.

do así al contratista de medios para efectuar la entrega», lo que calificaba de fuerza mayor.

Son muy significativos los razonamientos en que se funda el fallo, favorable a la Administración. He aquí algunos párrafos:

«... existiendo el estado de guerra cuando se otorgó, no puede oponerse ese mismo estado como un caso imprevisto o de fuerza mayor para justificar su incumplimiento, debiendo imputarse a sí mismo el contratista las consecuencias de su imprevisión por no haberlas calculado como le incumbían y era de su deber.»

«... cuando en contratos de servicios públicos tan urgentes como el de atender a las necesidades de un Ejército en campaña los contratistas no cumplen, desligándose así del vínculo de derecho que los une con la Administración, ésta no puede conceptuarse ligada y sin libertad para satisfacer dichas necesidades por otros medios.»

Y además, aunque fuera cierto lo alegado por el particular:

*«el contrato se celebró existiendo la guerra y para servicios de guerra, esto es, supuestas las contrariedades que pudieran surgir con ese motivo, las cuales han debido por lo mismo preverse con todas las consecuencias, no siendo en su virtud susceptibles de calificarse como casos fortuitos o de fuerza mayor para hacer arrancar de esas circunstancias, normales a la sazón coexistentes con el contrato mismo, motivos de indemnización.»*

La fortaleza de la Administración pasa de la imposición unilateral de las requisas a la posición dominante dentro del contrato. La exorbitancia proviene de la circunstancia bélica.

#### IV. EPILOGO

Los reseñados son sólo unos ejemplos. No supone un ciclo cerrado definitivamente. Nuevas circunstancias influyen en las nuevas relaciones entre el Estado y la sociedad, incluso para algunos de los supuestos examinados.

En todo caso creo que la exposición realizada, con una aproximación impresionista a la realidad jurídica, aporta, al menos, la duda acerca de la idoneidad del método y de la solidez de construcciones dogmáticas del contrato administrativo realizadas no pocas veces convencionalmente.

La indagación histórica que no es sólo prospección del pasado sino también examen del contexto temporal del contrato, junto con el 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.