
LOS ORÍGENES DE LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

THE ORIGINS OF THE PROHIBITIONS OF CONTRACTING WITH THE SPANISH PUBLIC ADMINISTRATION

HUMBERTO GOSÁLBEZ PEQUEÑO*

RESUMEN: En España el Estado prohíbe ser contratistas a determinados ciudadanos. Durante los siglos XIX y XX la legislación administrativa prohíbe ser contratistas a: los condenados y los procesados por algunos delitos, los insolventes, los deudores del Estado, los funcionarios públicos y los cargos públicos,...

PALABRAS CLAVE: Estado, contratista, capacidad, prohibiciones

ABSTRACT: In Spain the State prohibits contractor to certain citizens. During the 19th and 20th centuries the administrative legislation prohibits being contractors to: convicted citizens for some offenses, prosecuted citizens for some offenses, insolvent citizens, debtors of the State, Public officials, public charges

KEYWORDS: State, contractor, capacity, prohibitions

I. LOS INHABILITADOS PARA CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL SIGLO XIX¹

Durante el siglo XIX en España aparece -y, finalmente se consolida- el Estado liberal y el capitalismo económico y social, así como la institución jurídica del contrato administrativo o público². No debe extrañar, por tanto, que sea la legislación administrativa

* Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba (España). Director de la Revista Internacional de Derecho del Turismo (RIDETUR) (<https://www.uco.es/ucopress/ojs/index.php/ridetur/index>). Autor de 3 monografías de Derecho Administrativo, 2 obras de práctica jurídica y más 30 estudios publicados en revistas jurídicas y en obras colectivas. Correo electrónico: ad1gopeh@uco.es

1 La doctrina administrativista ha subrayado la importancia de las investigaciones históricas de las diversas instituciones del Derecho Administrativo, porque las mismas son, a menudo, difíciles de entender si no se conocen sus raíces del pasado. Específicamente refiriéndose a los contratos públicos, lo ha recordado MEILÁN GIL, José Luis. "La actuación contractual de la Administración Pública Española. Una perspectiva histórica", *Revista de Administración Pública* núm. 99, 1982, p. 36.

2 Antes de la aparición del contrato administrativo como institución jurídica también se establecieron en el ordenamiento del Estado ciertas prohibiciones legales para contratar, cuyo origen remoto nos traslada al Derecho Romano, como ha subrayado FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo. *Vid. Los contratos administrativos*, 10ª edición, Madrid, 1927, pp. 51-52. Y en España destaca la regulación de origen medieval referida a las prohibiciones para ser arrendatarios de rentas públicas. Ciertamente, GARZÓN PAREJA ha explicado como el día 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; los "Cuadernos de Alcavalas" de 1484 y de 1491 matizaron la anterior prohibición absoluta, estableciendo solamente una incapacidad relativa, ya que impedían que los judíos y los moros pudieran ser "arrendadores menores". *Vid. GARZÓN PAREJA, Manuel, Historia de la Hacienda de España*, tomo I, pp. 386 y 387.

decimonónica la normativa que regulase los requisitos que debían reunir los particulares que querían contratar con la Administración Pública española; en efecto, eran los Pliegos de Condiciones Generales para la contratación de las obras públicas las normas que establecían la capacidad para ser contratista del Estado y tipificaban las situaciones o circunstancias que impedían contratar con la Administración pública, es decir, las llamadas prohibiciones o inhabilitaciones para contratar.

Pero hasta la segunda mitad del siglo XIX no se dicta una regulación exhaustiva de las prohibiciones de contratar con el Estado español. Es 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 establece un listado de las distintas situaciones que impedían ser contratista del Estado. El artículo 1 disponía:

"No podrán ser contratistas de obras públicas: 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 aflagradas ó infamatorias, si no hubiesen obtenido rehabilitación³. 4. Los que se hallen bajo interdicción judicial física ó moral⁴. 5.1 Los que estuvieren fallidos ó en suspensión de pagos ó con sus bienes intervenidos⁵. 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".

Y en similares términos, la específica reglamentación de la contratación local establecida en el Real Decreto de 4 de enero de 1883⁶, así como el Real Decreto de 11 de junio de 1886 (artículo 1), que contenía el Pliego General de Condiciones para la contratación de las obras públicas y, por tanto, sustituía al de 1861. En suma, la regulación de las prohi-

3 La tipificación de esta prohibición es desafortunada, por cuanto el entonces vigente Código Penal de 1850 no calificaba a ninguna pena de "corporal" y tampoco establecía penas infamatorias, que ya se habían abolido en el Código penal de 1848, asumiendo las críticas de la doctrina penalista de la época a la regulación de estas penas contenida en el Código penal de 1822. *Vid.* Tomás M^a de VIZMANOS y Cirilo ÁLVARES. *Comentarios al Código penal*, tomo I, Madrid, 1848, pp. 218 y 219, y Joaquín Francisco PACHECO, *El Código Penal*, 4^a ed., Madrid, 1870, pp. 304 y ss.

4 La interdicción se regulaba en el Código Penal de 1850, si bien su naturaleza jurídica como pena o medida de seguridad fue discutida. *Vid.* BUXADE, José, voz "Interdicción", *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo XIX, ed. Fco. Seix, Barcelona, p. 779, y TERUEL CARRELERO, Domingo, voz "Interdicción civil", *Nueva Enciclopedia Jurídica Española Seix*, tomo XIII, 1968, p. 187 y ss.

5 Conviene subrayar la incorrecta terminología que determinadas disposiciones administrativas utilizan para denominar instituciones procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico. En efecto, el Código de Comercio vigente entonces era el de 1829, cuyo artículo 1002 enumera los diversos tipos de insolvencias de los comerciantes (*vid.*, por todos, ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio, *La Quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación*, Sevilla, 1970, p. 61): suspensión de pagos, insolvencia fortuita, insolvencia culpable, insolvencia fraudulenta y alzamiento, y entre estas clases de *quiebras* solamente la primera de ellas se encuentra citada en los Decretos mencionados. Es inexplicable que estas normas reglamentarias no hayan recogido las figuras jurídico-mercantiles reguladas en el Código de Comercio vigente entonces. Esta divergencia también la critica MESTRE DELGADO, Juan Francisco. *Vid.* *La extinción de la concesión de servicio público*, ed. La Ley, Madrid, 1992, pp. 94 y 107.

6 Esta norma reglamentaria dispuso que "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 art. 11 estableció similares prohibiciones para ser contratistas que las recogidas en el Pliego de 1861, aunque añadió una relevante prohibición: las incompatibilidades administrativas derivadas del ejercicio de ciertas funciones públicas en el ámbito de la Administración local: "...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."

biciones en estas normas decimonónicas no es homogénea, aunque sí parcialmente coincidente. En cuanto a las prohibiciones comunes, 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 Administraciones públicas españolas. Más restrictivo fue el Pliego de 1861, porque enunciaba otras circunstancias prohibitivas: los inhabilitados por la Administración debido al incumplimiento de contratos anteriores, los condenados por los Tribunales penales a determinadas penas y los declarados incapaces mediante la institución de la interdicción judicial.

II. LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA DEL SIGLO XX.

1. Introducción.

Durante el siglo XX se dictaron numerosas normas reguladoras de las condiciones de capacidad que deben reunir los aspirantes a contratar con los poderes públicos del Estado español. La propia naturaleza de la parte contratante que conviene con el empresario la ejecución de una obra, la gestión de un servicio o la prestación de un suministro público, determina que no todo ciudadano pueda celebrar un contrato con la Administración. Pero más importante que este factor subjetivo es tanto el objeto del contrato como el fin que uno de los sujetos contratantes está obligado a cumplir. En efecto, todo ente público representa el interés general, el cual debe lograr y salvaguardar, y por consiguiente, la prestación del contratista privado se dirige a satisfacer, no las necesidades o deseos de una organización burocrática o administrativa sin más, sino a las demandas de la mismísima "personificación" de la sociedad civil en un ámbito concreto, que ha delegado previamente en la entidad pública contratante la responsabilidad de realizar ciertas actividades beneficiosas e indispensables para toda la comunidad, incluidos los posibles contratistas. Por ello, el principio de la autonomía de la voluntad, característico de la contratación civil, no está presente en los contratos administrativos, y, asimismo, toda Administración tiene la obligación de elegir al candidato más adecuado para llevar a cabo ese específico cometido público. A tales efectos se establecen requisitos de capacidad, prohibiciones administrativas que proscriben a los particulares incursos en diversas situaciones acceder a las licitaciones públicas contractuales.

En todo caso, es preciso subrayar ya las numerosas normas reglamentarias reguladoras de las prohibiciones contractuales. Es decir, la legislación de la primera mitad del siglo XX se caracteriza, no tanto por una sustantiva heterogeneidad de contenidos prohibitivos, sino por una dispersión normativa en cuanto a la regulación de las prohibiciones para contratar con las Administraciones públicas españolas. Por un lado, existía un ordenamiento jurídico propio y específico de la contratación de las Administraciones locales, y por otro, el ordenamiento contractual de la Administración del Estado; es más, dentro del ordenamiento estatal se aprobaron singulares normativas sectoriales de contratación, de tal forma que el ordenamiento estatal no era uniforme u homogéneo en la materia que nos ocupa. Sólo en la segunda mitad del siglo se uniforma la legislación estatal de contratación pública con la aprobación del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por

el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado (LCE)⁷, antecedente inmediato de la actual legislación de contratación pública y, por este motivo, se excluye del ámbito de este estudio del Derecho histórico.

2. Las prohibiciones en el ordenamiento del Estado.

2.1. La normativa general sobre los contratistas administrativos.

2.1.1. Los Pliegos generales para contratar obras públicas.

La primera norma de aplicación general que estableció quienes no podían celebrar contratos con el Estado español del siglo XX fue el Real Decreto de 7 de diciembre de 1900, que aprobó el Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas. Esta disposición reglamentaria derogó y sustituyó al anterior Pliego de 11 de junio de 1886, vigente hasta entonces. Su artículo primero expone tanto los ciudadanos que pueden ser contratistas como aquellos que están impedidos legalmente para serlo:

"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. Quedan exceptuados: 1.1 Los que se hallen procesados criminalmente, si hubiere recaído contra ellos auto 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 caudales públicos en concepto de segundos contribuyentes."

Este precepto, primero, dispone qué ciudadanos son capaces para contratar con el poder público, y luego, prescribe que algunos de esos capacitados, sin embargo, no están facultados para ser contratistas de la Administración, por concurrir en ellos una o varias de las causas de incapacidad mencionadas a continuación. Entre los capacitados figuran, de una parte, los ciudadanos españoles, no privados por algún motivo legal de sus derechos civiles, y, de otra, además de dichas personas físicas, se incluyen a las personas jurídicas, válidamente constituidas, con presunta aptitud para llevar a buen término un contrato administrativo. En definitiva, este Pliego sigue la línea de su precedente de 1886 (salvo en la regulación del régimen de los extranjeros), porque, al igual que él, en primer lugar, requiere la plena posesión de los derechos civiles de las personas físicas de nacionalidad española que deseen convertirse en contratistas públicos; en segundo lugar, reconoce capacidad a las empresas sociales españolas creadas conforme a la legislación nacional; y, en tercer lugar, dispone idénticas prohibiciones administrativas que las del Reglamento de 1886.

⁷ Cierto es que la dualidad normativa de la contratación local y la estatal aún existía y existirá hasta finales de siglo, por cuanto la LCE no deroga el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de junio de 1953, que, por cierto, también enunciaba listados de prohibiciones para la contratación local. *Vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, "Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa", *Revista de Administración Pública* núm. 10, 1953, pp. 241 y ss..

La siguiente disposición de carácter general que reguló esta materia fue el Pliego, aprobado por Real Decreto de 13 de marzo de 1903, que sustituyó al de 1900. El artículo 1 es copia literal de su homólogo del Pliego de 1886. El Real Decreto de 13 de marzo de 1903 va a ser, al fin, la última norma de rango reglamentario que contenga el régimen jurídico sobre la capacidad de los contratistas estatales, ya que pocos años después se regulará esta materia en una disposición de rango superior, en una ley.

2.1.2. ¿La primera Ley de Contratos?

Una ley de primeros de siglo, la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, contiene un mandato sobre una causa de incompatibilidad para ser contratista anteriormente recogida en los precedentes Pliegos generales citados; el artículo 13 dispone: "Los actos y contratos realizados en perjuicio de la Hacienda Pública por los funcionarios o particulares que resulten deudores de aquélla, serán responsables con arreglo a las prescripciones generales del Derecho". Era lógico que la norma legal que regulase el régimen jurídico del Erario Público del Estado recogiese, al menos⁸, algún precepto sobre los ciudadanos que, precisamente por sus anteriores relaciones con la Hacienda estatal, no podían ni debían ser elegidos como contratistas públicos.

Pero tendremos que esperar hasta mediados de siglo para la promulgación de una Ley general que regule las condiciones de capacidad y los casos de incompatibilidad para ser contratista de la Administración. En efecto, la Ley de 20 de diciembre de 1952 modifica la citada Ley de 1911, y, por tanto, su nuevo artículo 48 establece: "Están facultadas para concertar con la Administración contratos para la ejecución de obras y servicios públicos las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, que hallándose en plena posesión de sus capacidades jurídica y de obrar no estén comprendidas en alguno de los casos de excepción señalados por la presente Ley o por cualquier otra disposición que especialmente los establezca. No se podrán concertar contratos para la ejecución de obras y servicios públicos con las personas naturales o jurídicas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.1 Haber sido condenados mediante sentencia firme por cualquier jurisdicción a penas graves o a cualquier clase de pena como sanción de delitos de falsedad o contra la propiedad.
- 2.1 Estar procesados por los delitos a que se refiere el apartado anterior.
- 3.1 Estar declarados en suspensión de pagos o incurso en procedimiento de apremio como deudores a la Hacienda del Estado o a las Haciendas locales o de las Administraciones autónomas o haber sido declarados quebrados o concursados o fallidos en cualquier procedimiento judicial o gubernativo.
- 4.1 Haber dado lugar, por causa de la que se le declare culpable, a la resolución de cualquier contrato celebrado con el Estado, con las Administraciones locales o con las Administraciones autónomas⁹.
- 5.1

⁸ El Capítulo V de la Ley de 1911 trataba "De la contratación de servicios y obras públicas", si bien, no incluía ninguna relación de prohibiciones para contratar con el Estado, por ser materia, en aquel tiempo, objeto de regulación reglamentaria, en los términos ya explicados.

⁹ GARCÍA DE ENTERRIA fue especialmente crítico con la introducción de esta interdicción administrativa por la Ley de 1952, porque la consideraba excesiva para los aspirantes a contratistas y nociva para el propio mercado público de la contratación: "...Permítaseme que me pronuncie en contra de esta novedad, que juzgo peligrosísima para la suerte prác-

Estar privados, por cualquier causa, de la libre disposición de sus bienes. 6.1 Ser funcionarios públicos dependientes de la Administración del Estado, de las Administraciones autónomas o de las Administraciones locales."

Como podemos observar, esta norma presenta interesantes novedades. En primer término, es la primera disposición de rango superior que regula esta materia con carácter general, aplicable, por tanto, a todos los contratistas del Estado, independientemente del ente público con quien hayan celebrado el contrato. En segundo término, se sustituye el requisito de hallarse en el pleno goce de los derechos civiles por el de tener la "plena posesión de su capacidad jurídica y de obrar", expresión más adecuada, a nuestro juicio, para designar la capacidad contractual exigida en el ordenamiento civil. En tercer lugar, asume el criterio del Reglamento de contratación del Ejército de 10 de enero de 1931, que veremos más adelante, en cuanto admite otras causas de incapacidad, distintas a las contempladas en su articulado, que se establezcan en un futuro por cualquier norma, aunque ya no exige que ésta sea de rango legal, como imponía la disposición reglamentaria de 1931.

Por último, en relación con la regulación concreta de cada causa de incapacidad o incompatibilidad, la norma incluye los habituales incapacitados, aunque con algunas modificaciones respecto de las regulaciones anteriores. Así, por ejemplo, se dispone que, además de los procesados por la presunta comisión de determinados delitos, los condenados -mediante sentencia judicial firme- por cualquier delito en ciertos supuestos, no pueden contratar con aquella Administración. Y en relación a los insolventes, ha de reconocerse que este precepto supone, por fin, la adaptación de la normativa administrativa al ordenamiento jurídico regulador de las diversas situaciones de insolvencia, en general, y a la legislación mercantil, en particular, porque, junto a las tradicionales expresiones "suspensión de pagos" y "fallidos", se incorpora la de "quebrados"; además, destaca una importante "novedad": la inclusión de ciertos insolventes, porque, si bien todas y cada una de las disposiciones reglamentarias señaladas incapacitaban a los quebrados y a los suspensos de pagos, no inhabilitaban a los ciudadanos declarados concursados tras el pertinente procedimiento de ejecución colectiva denominado "concurso de acreedores"¹⁰.

tica de nuestra contratación administrativa. El incumplimiento de un contrato administrativo tiene, desde luego, siempre algo de infracción pública en cuanto entorpece el normal desenvolvimiento del servicio público. Acepto, por tanto, que hay algo más que una mera falta patrimonial, pero no basta el punto de que sin discriminación especial se tome base en este incumplimiento para la declaración de una incapacidad absoluta y permanente para toda ulterior contratación administrativa. La reacción es tan extremada, que parece fácil profetizar que el resultado práctico de este precepto será paradójicamente el de una ampliación de la benevolencia por parte de la Administración con respecto a sus contratistas...; cualquier ingeniero, por ejemplo, en el caso de las obras públicas, se llamará a la benignidad para impedir que una falta desprovista de otro valor y de otras consecuencias que las puramente patrimoniales implique como reacción para el contratista su anatemización definitiva, su exclusión permanente del mundo de los contratistas públicos, e incluso, en tantas ocasiones, el desmonte definitivo de su negocio. Es en realidad una pena de infamia, no susceptible, además, según el texto, de purgación, remisión o indulto, o prescripción. Claro que hay a la vista un facilísimo fraude para excluir tan duro resultado: la simple transformación nominal de las empresas. En todo caso, la eficacia será negativa". "Dos regulaciones orgánicas...", *op. cit.*, pp. 249 y 250.

10 No obstante, la mejora legislativa se quedó realmente a medias, puesto que se olvidó de incluir, al lado del concurso de acreedores, otro proceso judicial, también de naturaleza concursal, referente a los no comerciantes que desearan evitar la distribución y liquidación de su patrimonio mediante el concurso de acreedores, optando por intentar conseguir un convenio en el que se le concediese una reducción de sus créditos (quita) o un aplazamiento para el pago de los mismos (espera) o ambas cosas. Es decir, el proceso equivalente a la suspensión de pagos (la quita y espera) tampoco figuraba

Por último, hay que subrayar los efectos de una adjudicación realizada en favor de un candidato sin la capacidad requerida o incurso en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 48. Su penúltimo párrafo dispone: "Quienes concurren al otorgamiento de cualquier documento mediante el que se concierte un contrato para la ejecución de obras o servicios públicos habrán de afirmar en él, bajo su responsabilidad, no hallarse comprendidos en ninguno de los casos de incompatibilidad a que se refiere el presente artículo. Si antes o después de la formalización del contrato se descubriese la falsedad de estas declaraciones se acordará la nulidad de la adjudicación de la obra o servicio o la rescisión del contrato otorgado, respectivamente, sin perjuicio de poner el hecho en conocimiento de los Tribunales de Justicia a los efectos a que hubiere lugar". Es decir, el contrato administrativo, en estas circunstancias, será totalmente inválido, y, por consiguiente, objeto de la oportuna "sanción" administrativa: nulidad o rescisión de la relación contractual. Pero el último párrafo de dicho precepto otorga al ente público contratante la potestad de acordar la continuación de la obra o servicio público que se está ejecutando por el contratista incapaz, cuando la anulación del contrato, con la subsiguiente suspensión y finalización de la prestación del servicio o de la construcción de la obra, produjese un grave perjuicio al interés público.

2.2. Los incapacitados en la legislación sectorial.

Junto a esta normativa general, se dictaron diversas disposiciones especiales sobre los contratos públicos en determinados sectores de la acción administrativa estatal, de las cuales analizaremos las más significativas.

2.2.1. La contratación militar.

Por una parte, existía una reglamentación específica de la Marina y, por otra, una regulación de los contratos del Ejército. En efecto, la contratación de las obras y servicios de la Marina fue objeto de dos relevantes normas reglamentarias. La primera es el Real Decreto de 4 de noviembre de 1904, que aprueba el Reglamento para la contratación de servicios y obras de la Marina.

El artículo 106 señala: "Se considerarán sin aptitud legal para licitar: 1.1 Los menores de edad, sin la autorización de sus tutores o curadores. 2.1 Las mujeres casadas, sin licencia de sus maridos, a no ser que estén judicialmente autorizadas para contratar. 3.1 Los que se hallen bajo interdicción judicial por incapacidad física o moral. 4.1 Los que estuvieren fallidos o en suspensión de pagos o con todos sus bienes judicialmente intervenidos. 5.1 Los que por consecuencia de sentencia no estén en el pleno goce de los

esta vez entre las circunstancias de insolvencia incapacitadoras para contratar con los poderes públicos; tal vez la razón de incapacitar a los suspensos de pagos y no a los que obtuvieren la quita y/o espera fuese el hecho de que la suspensión de pagos, hasta el Código de Comercio de 1885, se consideraba como un tipo más de quiebra, quedando, por tanto, el quebrado "separado é inhibido de la administración de todos sus bienes desde que se constituye en estado de quiebra" (art. 1035 C. Com. 1829), y, desde la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, si bien, en principio, el suspenso conserva la administración de su patrimonio y la dirección y gestión de su empresa, el Juez puede limitar dicha gestión y despojarle de la citada administración (art. 6), al contrario de lo que sucede con el deudor que obtuvo un convenio de quita y/o espera, donde tan sólo se le reducen las deudas y/o se le concede un aplazamiento en el pago de las subsistentes, sin intervención alguna sobre la administración de sus bienes, ya que el deudor no comerciante insolvente exclusivamente perderá dicha facultad si pretende la quita y espera "después de incoado el concurso, ya sea voluntario, ya necesario", como subraya RIVES Y MARTI, Francisco de P., *vid. Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, Tomo Primero, 2º ed., Instituto editorial Reus, Madrid, 1954. p. 84 y ss..

derechos civiles. 6.1 Los que por razón de su cargo intervengan de cualquier manera, más o menos directamente, en las subastas, en la instrucción de los expedientes o en las operaciones preparatorias de las mismas. 7.1 Los deudores como segundos contribuyentes a la Hacienda por contratos celebrados con la Marina, mientras no se hallen solventes de sus compromisos. 8.1 Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir."

De la redacción de este amplio listado, podemos extraer las siguientes conclusiones. Por un lado, los números 4, 5 y 7 coinciden en lo sustancial con las causas de incapacidad recogidas en todos los Pliegos generales precedentes sobre las contratación de obras públicas, aunque destacan ciertas peculiaridades. En primer lugar, el Decreto de 1904 dice, en el número 41, "con todos sus bienes intervenidos", a diferencia de las anteriores normas que establecían "con sus bienes intervenidos, planteándose, por tanto, la duda de si, atendiendo a lo preceptuado en los citados Pliegos generales, podía un particular con determinados bienes intervenidos judicialmente, pero no todos, aspirar a contratar con la Administración central; y en segundo lugar, el apartado 51 se contempla en los referidos Pliegos generales, no como una causa de incompatibilidad mas, sino como un requisito positivo de capacidad, previo al listado de prohibiciones para contratar con el Estado. Por otro lado, los apartados 2, 6 y 8 no se contenían en ningún previo Pliego de condiciones generales, si bien el número 6, incapacitando a los funcionarios o empleados públicos con posibles intereses en ese tipo de adjudicaciones, sí tiene el precedente del Real Decreto de 4 de enero de 1883, sobre la contratación local.

Pero lo que más nos llama la atención no es ninguna prohibición concreta, sino la ausencia de una tradicional y esencial causa de incapacidad, presente en todas las disposiciones anteriores, y que, inexplicablemente, no aparece en el Reglamento de 1904: "los que se hallen procesados criminalmente, si hubiese recaído contra ellos auto de prisión". La trascendencia de este impedimento legal es evidente, hasta el punto de que ha subsistido prácticamente desde su aparición hasta finales del siglo XX. Estimamos, no obstante, que la omisión de esta importantísima causa de incapacidad no significa que un particular afectado por esta prohibición pudiera concurrir a los pertinentes procedimientos de selección de contratistas convocados por la Marina, sino que, en orden a la señalada aplicación supletoria de los Pliegos generales, se debe entender vigente la citada prohibición en ese sector, pues de lo contrario se produciría una injustificada discriminación, jurídica y de hecho, respecto otros aspirantes a contratistas de otros Ministerios y un probable, o, al menos, presunto perjuicio al interés público, al contratarse la ejecución de una obra o de un servicio sin las debidas garantías.

La segunda norma es el Decreto de 12 de diciembre de 1958, que aprueba el Reglamento de Contratación de Obras y Servicios de la Marina, derogando el anterior Reglamento de 4 de noviembre de 1904, entre otras disposiciones. Su artículo 4 señala quienes pueden contratar con la Administración militar de la Marina española. El artículo 5 enumera a los incapacitados para realizar esta actividad pública¹¹. Y el artículo

11 "No podrán ser contratistas de obras y servicios de la Marina: 1.1 Los condenados, mediante sentencia firme por cualquier jurisdicción, a penas graves o cualquier clase de pena como sanción de delitos de falsedad o contra la propiedad. 2.1 Los procesados por los delitos a que se refiere el apartado anterior. 3.1 Los deudores directos o subsidiarios a la Hacienda del Estado o a las Haciendas locales o de las Administraciones autónomas contra los que se hubiera expedido mandamiento de apremio por resolución firme. 4.1 Los suspensos en pagos, concursados o quebrados, a menos que acreditasen su rehabilitación legal y el cumplimiento de todas sus obligaciones. 5.1 Los que, por causa de la que se les declare

6 se refiere a las incompatibilidades¹²

Estos mandatos coinciden, en general, con lo dispuesto en el artículo 48 de la precedente Ley de Administración y Contabilidad de 1911, tras la reforma introducida por la Ley de 20 de diciembre de 1952, como expusimos. Sin embargo, sí presenta algunas variaciones respecto la citada Ley. Lo más novedoso de la disposición del 58 es la distribución en dos preceptos diferentes de las diversas circunstancias que impiden a los particulares ser contratistas de la Marina; en efecto, la dicción del artículo 5 se asemeja a la empleada por las anteriores normas vistas sobre la materia, pero se introduce un segundo artículo con otros supuestos de personas, físicas o jurídicas, no autorizadas para acceder a los correspondientes procedimientos de selección contractuales en este ámbito; la expresión utilizada para estos últimos casos ("incompatibles") no justifica por sí sola esta separación de prohibiciones para contratar, al no explicarse posteriormente el significado y el alcance tanto del singular vocablo citado como de la división normativa efectuada¹³. Finalmente, interesa subrayar que, si bien es cierto que este Reglamento contiene los habituales supuestos de incapacitados, también lo es que presenta ciertas modificaciones¹⁴.

En cuanto a la reglamentación específica del Ejército de Tierra destaca la Real Orden Circular de 10 de enero de 1931, que aprueba el Reglamento para la contratación administrativa en el ramo del Ejército, cuyo artículo 14 establece lo siguiente:

"Pueden ser contratistas los españoles y Sociedades ó Compañías que

culpables, hubieren dado lugar a la resolución de cualquier contrato celebrado con el Estado o con las Administraciones locales o autónomas. 6.1 Los que por cualquier causa estuvieran privados de la libre disposición de sus bienes."

12 "Se considerarán incompatibles para ser contratistas: 1.1 Los funcionarios públicos dependientes de la Administración del Estado o de las locales o autónomas, a no ser que se encuentren en alguna de las situaciones de retirado, jubilado, excedente voluntario o supernumerario. 2.1 Las Empresas o Sociedades de las que formen parte personas que desempeñen alguno de los altos cargos de la Administración del Estado o de la del Movimiento u Organismos autónomos a que se refiere el D-Ley 13 Mayo 1955."

13 Los artículos 8 y 33, apartado 61 a) así lo corroboran. De una parte, el art. 8 usa el término "incompatibilidad" tanto para referirse a los casos del art. 5 como a los del art. 6, y de otra, el art. 33 emplea indistintamente las expresiones "incapacidad" e "incompatibilidad" respecto de los supuestos contenidos en los artículos citados, ya que, en caso contrario, hubiera añadido el adverbio "respectivamente" para indicar que los supuestos del art. 5 son de "incapacidad" y los del 6 de "incompatibilidad", aunque, en este último caso, sería necesario exponer las razones de la utilización de uno y otro término, como ya dijimos.

14 Así, por ejemplo, se permite que los suspensos en pagos, concursados y quebrados participen en los procesos de selección de contratistas, siempre que "acreditasen su rehabilitación y el cumplimiento de todas sus obligaciones". También destaca el segundo caso del artículo 6, no contenido en la reforma del 52, al referirse a la incompatibilidad de los altos cargos de la Administración estatal, no sólo para presentarse como aspirantes a contratistas en el oportuno procedimiento, sino que, además, cualquier participación o empleo que ostenten dichos sujetos en las empresas candidatas licitadoras vetarán la adjudicación de ese contrato a las mismas. Este segundo apartado del art. 6 está pensando en los posibles tráfic de influencias que se puedan producir entre políticos, sobre todo, que ocupasen relevantes puestos directivos en la Administración Pública y empresas privadas en las que, ocasional o normalmente, prestaban sus servicios profesionales, o bien, eran destacados accionistas, o, incluso, miembros del Consejo de Administración de las mismas. En realidad, es más probable que la corrupción y las adjudicaciones ilegales de contratos públicos tengan lugar por la colaboración de estos altos cargos que por la participación de un mero funcionario público sin influencia administrativa y política alguna. Interesa mencionar el artículo primero del Decreto-ley de 13 de mayo de 1955, sobre las incompatibilidades de los altos cargos del Estado español: "Los cargos de Ministro, Embajador en activo, Subsecretario, Director general y asimilados a ellos, en la Administración del Estado, en la del Movimiento y en los Organismos autónomos, son incompatibles:... B) Con el desempeño de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas, arrendatarias o administradoras de monopolios, obras o servicios públicos del Estado, de la Provincia o del Municipio, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas. Queda exceptuado el supuesto de que actúen en ellas por delegación o por designación gubernativa y en representación del Estado o de los intereses generales."

se hallen en pleno goce de sus derechos civiles, y los extranjeros, con sujeción á las leyes de su país en todo lo demás, á las disposiciones del Código de Comercio, sin perjuicio de lo que pueda establecerse por los tratados y convenios internacionales. No podrán ser contratistas, ni por sí, ni como apoderados ni representantes: 1.1 Los que se encuentren procesados criminalmente, si hubiera recaído contra ellos auto de prisión, ó los meramente procesados por delitos de falsificación ó contra la propiedad. 2.1 Los que estuviesen fallidos ó en suspensión de pagos ó con sus bienes intervenidos. 3.1 Los deudores á los caudales públicos en concepto de responsables directos ó subsidiarios. 4.1 Los que hayan sido inhabilitados administrativamente para tomar a su cargo servicios ú obras públicas por falta de cumplimiento de contratos anteriores. 5.1 Los militares, á menos que se hallen en las situaciones de supernumerario, de reserva sin desempeñar cargo alguno militar, ó de retirado. 6.1 Todos los demás que tuvieran expresa prohibición en algún precepto legal."

Esta norma reglamentaria presenta determinadas novedades respecto del Pliego general de 1903, así como de las restantes disposiciones sectoriales anteriormente comentadas. En primer lugar, en relación con los capacitados para contratar varía la regulación sobre los extranjeros, como explicaremos en su momento; asimismo, observamos que el requisito de hallarse en el pleno goce de los derechos civiles se exige no sólo para las personas físicas, sino que, también, parece que se extiende a las personas jurídicas, en una redacción distinta, por tanto, a la contenida, por ejemplo en el Pliego de 1903, que autorizaba a "las Sociedades y Compañías legalmente constituidas o reconocidas en España" concurrir a los procesos de licitación contractuales públicos. En segundo lugar, se prohíbe, por primera vez, la posibilidad de que personas, físicas y jurídicas, incursas en causas de incapacidad pudieran convertirse en contratistas mediante la adjudicación del correspondiente contrato a su representante, intermediario o testaferro interpuesto. En tercer lugar, si bien es cierto que las tres primeras prohibiciones administrativas eran las clásicas de todo Pliego, general o específico, aparecen algunas particularidades inéditas hasta entonces; así, por un lado, además de impedir a los procesados poder aspirar a contratar con la Administración cuando se hubiese dictado contra ellos el pertinente auto judicial de prisión, ahora el mero procesamiento, en determinados delitos, veta la posibilidad de ser contratista; y por otro, se sustituye la expresión "segundos contribuyentes" por la de "responsables directos o subsidiarios" en relación con los deudores del Tesoro Público. En cuarto lugar, se consagra una específica circunstancia inhabilitadora para contratar con el Ejército, la quinta, aunque, realmente, no constituye una innovación esencial, porque los incapacitados previstos en este apartado son funcionarios, en activo, de los Ministerios militares, ámbito objetivo, por consiguiente, de la aplicación de esta norma; es más bien la traslación de la incompatibilidad, ya contemplada en otros Reglamentos especiales analizados, de los funcionarios públicos relacionados con la Administración contratante en ciertos servicios y obras públicas; la finalidad de evitar corruptelas en garantía tanto del interés general como de los legítimos intereses de los restantes candidatos a contratar ese tipo de prestaciones públicas es manifiesta.

Y en quinto lugar, el apartado 60 permite que sucesivas disposiciones de rango legal formulen explícitamente otras causas de incapacidad contractuales, que, en virtud de este apartado, asumiría el Reglamento de contratación del Ejército. Por primera vez, el listado de prohibiciones para contratar con una Administración no es un listado cerrado, de casos tasados, sino que se consagra un *númerus apertus*, pudiéndose, de esa manera, introducir, en principio, indefinidos supuestos de incapacitación en este sector de la actividad pública estatal, aunque esos posibles nuevos incapacitados no podía establecerlos la Administración Pública, sino un órgano distinto: el Parlamento, mediante la promulgación de una Ley formal¹⁵.

2.2.2. La "singularidad" de ciertas obras públicas.

El Real Decreto de 4 de septiembre de 1908 aprobó el importante Pliego de condiciones generales para la contratación de obras denominadas "Construcciones civiles", obras que aconsejaban, por sus especiales características, algunos preceptos específicos para su contratación.

En relación con las personas físicas y jurídicas facultadas para optar a la adjudicación de un contrato de esta clase con el citado Departamento ministerial, es necesario decir que no existe novedad alguna. Sí aparece en su artículo 1 una "inédita" causa de incapacidad. No obstante, esa prohibición no es en realidad una novedad, puesto que, en términos parecidos, se había establecido en dos normas del siglo pasado, esto es, en el Pliego de Condiciones Generales para las contrataciones de obras públicas de 10 de julio de 1861 y en el citado Real Decreto de 1883 sobre la contratación de las Corporaciones Locales, como vimos. Lo sorprendente es que los mencionados Pliegos del siglo XX no inhabilitaran a los contratistas incumplidores de contratos precedentes para volver a obtener la adjudicación de otros contratos.

Décadas después, el Pliego de condiciones generales para la contratación de obras de Telecomunicación, aprobado por Orden de 30 de abril de 1943, dispone en el párrafo segundo del artículo 1 similar regulación a la establecida en el artículo primero del Pliego sobre Construcciones civiles de 1908. Y tan solo se diferencia del artículo 1 del Pliego general de 1903 en que regula una cuarta causa de incapacidad, en sintonía con otras disposiciones sectoriales precedentes indicadas, además de las tres tradicionales del Real Decreto de 13 de marzo de 1903.

En suma, la normativa sectorial, dictada para determinados y concretos Ministerios, servicios u obras públicas, fue más rica y completa que la representada por los dos únicos Pliegos generales de contratación de 1900 y 1903 aprobados en la primera mitad del presente siglo. La Ley de 1952 corregirá esa deficiente regulación estatal de una materia tan importante y "olvidada" por la Administración del Estado como es el régimen jurídico de la capacidad de los particulares que deseen contratar con ella alguna clase de prestación pública.

¹⁵ Esta reserva de ley se contradice, en nuestra opinión, con la práctica habitual normativa sobre esta materia, pues recordaremos que la regulación, decimonónica y de la primera mitad del presente siglo, sobre las causas de incapacidad para ser contratistas públicos se contenía, en todo caso, en disposiciones reglamentarias, generales o especiales, pero nunca en una norma de rango legal como la que requiere el precepto comentado.

3. Las prohibiciones para contratar en la normativa local.

Además de las normas analizadas que el Estado dictó, bien con carácter general, bien con carácter sectorial o específico, existieron durante el siglo XX diversas disposiciones que regulaban las condiciones de capacidad indispensables para ser contratistas de las numerosas Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos españoles. La primera fue el Real Decreto de 26 de abril de 1900, aprobando la Instrucción para la contratación de los servicios provinciales y municipales, que derogó y sustituyó el ya estudiado Real Decreto de 4 de enero de 1883; el artículo 11 señala:

"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 hubiere recaído contra ellos auto de prisión, ó los meramente procesados por delitos de falsificación, estafa, robo, hurto y demás que supongan ataque á la propiedad. 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, el secretario, contador y empleados dependientes del Ayuntamiento contratante; los diputados provinciales, secretario, contador y depositario de la provincia respectiva, y en los contratos que celebren las Diputaciones, los diputados provinciales, el secretario, contador, depositario, y empleados de la Diputación contratante."

En este precepto se pueden apreciar ciertas diferencias, por una parte, y similitudes, por otra, respecto de los anteriores Pliegos de condiciones generales para la contratación de obras públicas de 11 de junio de 1886 y de 7 de diciembre de 1900. Así, mientras que ambas normas estatales indicaban quienes se encontraban capacitados para contratar con la Administración y quienes, pese a considerarse capaces según dichos criterios, no podían ser contratistas del Estado por afectarles alguna de las prohibiciones relacionadas a continuación en el mismo artículo, la Instrucción de contratación local no dice cuáles son los particulares facultados para obtener el status de contratistas públicos, pues exclusivamente enumera los incapacitados para contratar con las Corporaciones Locales. Es decir, en primer lugar, no menciona el requisito positivo de hallarse en "posesión de sus derechos civiles"¹⁶. En segundo lugar, tampoco aparece ninguna referencia sobre las personas jurídicas, "las Sociedades y Compañías" legalmente constituidas o reconocidas en España¹⁷. Y en tercer lugar, un tipo muy especial de contratistas decimonónicos

16 Aunque, realmente, esta omisión es más aparente que efectiva, porque la primera causa de incapacidad se refiere, precisamente, a esa condición de capacidad. En efecto, "los que, con arreglo á las leyes civiles, carezcan de capacidad para contratar por sí sin intervención de otras personas", constituye una fórmula distinta, sí, pero de "idéntico" significado que la expresión mencionada en los Pliegos generales señalados. Es más, incluso la forma de la Instrucción local es más idónea y denota una mejor técnica normativa que la empleada en el ámbito estatal, hasta tal punto que el Estado, medio siglo después, adoptó expresiones parecidas a la contemplada en el Real Decreto de 26 de abril de 1900, como las ya expuestas de la Ley de 20 de diciembre de 1952 y del Reglamento de 12 de diciembre de 1958, por ejemplo.

17 Se plantea de esta manera si las empresas sociales podían concurrir en aquel tiempo a los numerosos procedimientos

brillaba por su ausencia: el extranjero¹⁸.

En cuanto a las diversas prohibiciones administrativas recogidas, por un lado, el artículo 11 asume las tres clásicas de toda norma, estatal o local, general o específica, del siglo XIX o del XX, que son las contenidas en los números 2, 3 y 4 de dicho precepto, si bien la segunda circunstancia de incapacidad incluye, además de a los procesados con auto de prisión, a quienes, procesados por determinados delitos, no han sido privados todavía de su libertad personal mediante la correspondiente resolución judicial¹⁹. Y por otro, ni el Pliego general de 1900 ni el subsiguiente de 1903, como observamos, establecieron supuestos similares a los dos últimos del citado artículo 11, aunque diversas disposiciones sectoriales estatales de primeros del XX sí regularon estos casos, como también señalamos.

El posterior Real Decreto de 24 enero de 1905 aprueba la Instrucción sobre la misma materia, sustituyendo a la precedente analizada. Su artículo 11 es copia literal del equivalente de 1900. A su vez, el artículo 11 de la siguiente Instrucción sobre contratación provincial y municipal, aprobada por el Real Decreto de 22 de mayo de 1923, se expresa en idéntico sentido que los dos anteriores, si bien con alguna particularidad terminológica de carácter secundario. Y un año después se dicta el Reglamento para la contratación de obras y servicios a cargo de las entidades municipales, aprobándose por Real Decreto de 2 de julio de 1924; el artículo 9 enumera los supuestos de incapacitados para ser contratistas de la Administración Local en nuestro país, en concordancia con los precedentes preceptos mencionados²⁰.

III. ¿LOS INCAPACITADOS POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD?

1. Las primeras limitaciones nacionalistas.

El estatuto jurídico del contratista extranjero sufre una importante modificación al iniciarse el presente siglo, porque el Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas de 7 de diciembre de 1900 cambió las condiciones de capacidad nece-

contractuales convocados por Diputaciones y Ayuntamientos, o si, por el contrario, solamente los empresarios individuales estaban capacitados para convertirse en contratistas locales. En nuestra opinión, también las compañías privadas se encontraban autorizadas para licitar por una obra o servicio público local, ya que, en principio, el derecho que tiene cada ciudadano a participar en los procedimientos de selección de contratistas públicos no puede estar limitado, y menos aún, suprimido, por la ausencia de reconocimiento legal, explícito, de capacidad alguno, sino que es necesario, en todo caso, la expresa prohibición normativa sobre ese determinado posible contratista para impedirle acceder a los públicos procedimientos contractuales de licitación.

18 Las mismas consideraciones reflejadas en la nota precedente valen en este supuesto. Además, la magnitud y las características técnicas y financieras de las obras y servicios públicos susceptibles de ejecución indirecta por los particulares exigían, la mayoría de las veces, tanto los variados medios de una sociedad como la experiencia y solvencia de destacados empresarios no nacionales, como hemos visto en epígrafes anteriores. Asimismo, la aplicación supletoria de los Pliegos generales de contratación de obras públicas del Estado impone, ante esta laguna del ordenamiento local, la solución apuntada, por las razones ya expuestas en su momento.

19 Un vez más la normativa local se adelanta a la legislación estatal, porque hasta la Real Orden Circular de 10 de enero de 1931, estudiada anteriormente, no se recogerá similar redacción de este impedimento legal contractual.

20 Coincide su redacción con la del art. 11 de la Instrucción de 1923. De otra parte, el Estatuto Municipal promulgado por el Real Decreto-ley de 8 de marzo de 1924, recogió en diversos artículos la incompatibilidad de los cargos y funcionarios públicos de las Corporaciones Locales con el desempeño de trabajo o participación económica alguna en empresas aspirantes a contratistas municipales. Así, los arts. 84, 1 y 85, 4 se referían a los concejales; el art. 230, 4 a los secretarios de los Ayuntamientos; y el art. 242 a los interventores de los Municipios.

sarias que debían reunir los no nacionales para acceder a los procesos de adjudicación de contrata, establecidas en el anterior Pliego de 1886, al cual derogó y sustituyó. El propio Preámbulo de la norma de 1900 expone claramente los motivos de tal reforma: "La primera innovación que se ha llevado á cabo se deriva de la necesidad de nacionalizar en España los servicios públicos, medida reclamada por dolorosas experiencias. Y no debe producir extrañeza que se exija la condición de españoles á los contratistas de obras públicas, ó bien la de Sociedades y Compañías españolas legalmente constituidas, en atención á las prácticas análogas establecidas por los Gobiernos de algunas otras naciones..."

El movimiento nacionalista surgido a finales de la etapa decimonónica se plasmó así en la legislación sobre contratos públicos. Frente a la equiparación genérica de españoles y extranjeros en cuanto a su capacidad requerida para ser contratistas del Estado español, contenida en el Real Decreto de 11 de junio de 1886, este nuevo Pliego general apuesta por la diferenciación de regímenes jurídicos, en perjuicio de los no españoles. Su artículo 1 señala:

"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..."

El proteccionismo estatal se manifiesta claramente en este precepto. Los empresarios no nacionales solamente estaban facultados para participar en los correspondientes procesos de selección de contratistas de la Administración en nuestro país en supuestos totalmente excepcionales: cuando sea imprescindible el uso de materiales de origen extranjero para la correcta realización de ese contrato administrativo, al no existir dichos productos en España o existir con insuficientes características técnicas en comparación con los similares de otros países. La limitación del principio de libre concurrencia en la licitación pública contractual es enorme, en aras de proteger no sólo la supervivencia económica de las empresas privadas españolas cuya actividad principal o única fuese la ejecución de obras, servicios o suministros públicos, sino, además, de una parte, la propia industria nacional y, de otra, el control, sobre todo, de la gestión de específicos y esenciales servicios públicos, hasta entonces en manos de compañías extranjeras²¹.

2. Regreso al pasado: la resurrección de la igualdad de trato decimonónica.

Sin embargo, este régimen nacionalista tuvo una existencia efímera, pues, pocos meses más tarde, se dicta el Real Decreto de 24 de mayo de 1901, cuyo artículo único suprime el artículo primero del Pliego de 1900, declarando subsistente el homólogo de la disposición precedente de 1886. La Exposición de Motivos del Reglamento de 1901 justifica el regreso a la igualdad de trato entre contratistas españoles y extranjeros en materia de

²¹ La "nacionalización" de las empresas concesionarias de ferrocarriles fue una de las mayores preocupaciones del Gobierno durante los últimos años del XIX y primeros del XX, al estar prácticamente la totalidad de las mismas bajo la dirección y control del accionariado y empresariado no nacional.

capacidad: "No participa el Ministro que suscribe de las opiniones expuestas²², ni cree que pueden recordarse más experiencias dolorosas que aquellas que hayan tenido por causa, no la condición de las personas, sino el incumplimiento de las leyes, en las que no hay, para cuanto se halla sometido á la suprema inspección y dirección del Estado, sin menoscabo de su soberanía, se ha impuesto voluntariamente y en condiciones tales que son igualmente obligatorios respecto de los nacionales que de los extranjeros...".

No obstante, el mismo Preámbulo reconoce el ideal de nacionalizar las obras públicas, aunque alega razones legales y económicas para posponer ese propósito²³. En el fondo, la verdadera causa de este retorno a la no discriminación de candidatos a contratistas en orden a su nacionalidad radica, principalmente, en la deplorable coyuntura socioeconómica que padecía nuestra patria durante aquellos años. La escasez de recursos financieros nacionales, públicos y privados, suficientes para construir las obras públicas imprescindibles y para explotar adecuadamente los servicios públicos fundamentales, cometidos indispensables del objetivo de impulsar el desarrollo económico de España, determinaron la abolición de aquella normativa proteccionista, dada la necesaria concurrencia del capital extranjero, de su acreditada experiencia y capacidad profesional, de sus modernos medios tecnológicos y de su valiosa solvencia financiera en la contratación pública de otras naciones europeas²⁴. Sin embargo, ALCUBILLA, entre otros juristas, criticó la reforma del régimen instaurado en 1900²⁵.

22 Se refiere a las razones señaladas en el preámbulo del Decreto de 7 de diciembre de 1900 que suprime.

23 Dice la citada Exposición de Motivos: "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 independencia, ha alcanzado, y debe seguir recibiendo, el poderoso auxilio que ayudó a crear elementos importantes de su actual riqueza. Pero aun cuando acerca de las consideraciones precedentes fuera posible la controversia, no cabe ésta, en modo alguno, sobre el hecho de que los Reales Decretos de 7 de Diciembre, en su artículo 1.1, y de 21 de Diciembre de 1900 son contrarios á las leyes vigentes, cuya derogación no ha podido hacerse en la forma empleada. Así lo declara el Consejo de Estado en su informe, de los que el Ministro que suscribe no ha creído que debía prescindir, como se hizo al acordar la publicación de los expresados Reales decretos. Estos, según declara aquel Cuerpo consultivo, no han podido modificar ni derogar lo establecido en el art. 2.1 de la Constitución, en el art. 27 del Código civil y en los arts. 15 y 21 del Código de Comercio, que vigentes siguen y lo estarán mientras otras leyes no los deroguen de un modo expreso."

24 Curiosamente el artículo primero de la norma de 1900 no hace referencia a esa capacidad financiera y experiencia profesional extranjera a la hora de autorizar la concurrencia de empresas no nacionales, tan solo autoriza la contratación con estos empresarios cuando los contratos requiriesen para su ejecución "elementos que sean objeto de privilegio de invención ó constituyan una especialidad industrial poco desarrollada en España". Es decir, parece que más que la competencia de las sociedades extranjeras en el "mercado" de contratación pública de nuestro país, se temía y prohibía, en principio, la producción del exterior, la industria no española, en definitiva.

25 "Graves, gravísimas no parecen las disposiciones de este Real Decreto. No pueden cohonestarse, como quiere el Ministro que las suscribe, con la idea de que no hacen sino mantener el imperio de leyes que no pudieron ser derogadas por los Reales Decretos de 7 y 21 de Diciembre de 1900, porque ni el artículo 2.1 de la Constitución ni el 27 del Código Civil, ni los 15 y 21 del de Comercio hacen otra cosa que declarar á favor de los extranjeros el derecho de establecerse libremente en territorio español, ejercer en él la industria y el comercio ó dedicarse á profesiones; pero sin que de ningún modo les autoricen para ser contratistas de Obras públicas ó concesionarios de servicios públicos íntimamente relacionados con el orden del Estado". Y añade: "De todas suertes nada tienen que ver con la facultad que el Ministro concede á las Compañías extranjeras concesionarias de servicios públicos para tener directores extranjeros y Consejos de Administración compuestos en su mayoría por ciudadanos extranjeros, haciendo la extraordinaria declaración de que esa facultad constituye en ellas un derecho de que no las pudieron privar los Reales Decretos de 7 y 21 Diciembre de 1900. No, por lo mismo que se trata de servicios públicos, es potestativo en los poderes del Estado determinar las forma y condiciones en que han de prestarse, sin que sea lícito poner trabas á su acción ni asegurar que ésta puede quedar anulada por derechos civiles, cuando se ejerce dentro del orden puramente político y para garantizar el orden y la seguridad del Estado". ALCUBILLA,

Por otro lado, debemos resaltar la aplicación del listado de causas de incapacidad establecido en el precepto citado del Pliego de 1900 a los aspirantes extranjeros que desearan contratar con la Administración española, pese al silencio que guarda la disposición, ya que, en caso contrario, se llegaría a la contradicción de recoger en un mismo mandato la facultad de los empresarios extranjeros de ser contratistas del Estado en ciertos supuestos tasados, en razón, precisamente, de una política proteccionista en este ámbito, y, a continuación, eximirles de las prohibiciones administrativas para contratar con la Administración central, vigentes para todos los ciudadanos españoles. Por ello, consideramos que las circunstancias inhabilitadoras de los Pliegos generales, de las restantes normas sectoriales estatales y de las diversas disposiciones reglamentarias locales, ya estudiadas, rigen, también, en general, para las personas, físicas y jurídicas, no nacionales interesadas en contratar con un ente público español, salvo que la aplicación de alguna causa fuera incompatible con normas de superior rango que establecieran lo contrario, como, por ejemplo, convenios o tratados internacionales con determinadas naciones.

El posterior Pliego de 1903 concuerda con lo dispuesto en el de 1886 y con los principios reflejados en el Real Decreto de 24 de mayo de 1901. Su artículo 1, anteriormente transcrito, permite a los extranjeros ser contratistas, siempre que no se encuentren incurso en alguna de las situaciones prohibidas enumeradas en dicho precepto, al igual que los españoles. Ahora bien, conviene realizar dos observaciones sobre la redacción del párrafo inicial de este artículo. Una, el hecho de que puedan ser contratistas "las Sociedades y Compañías legalmente constituidas ó reconocidas en España" implica, de una parte, que este requisito de capacidad es exigible, en idénticos términos, para las empresas nacionales y para las no españolas, y, de otra, que las disposiciones legales que deben observar las compañías extranjeras para crearse y funcionar válidamente en nuestro país son las promulgadas por el Estado español, independientemente de que, además, tengan que cumplir ciertas condiciones acorde al ordenamiento del país de origen o domiciliación. Y dos, sí existe una diferencia de régimen, si bien de carácter secundario en principio, en la capacidad requerida para contratar, según el criterio de la nacionalidad, porque la obligación de hallarse "en posesión de sus derechos civiles" se remite, en el caso de los empresarios no nacionales, "á las leyes de su respectiva nacionalidad", por lo que tan trascendental condición de capacidad contractual podía variar en función del régimen establecido en la legislación civil de cada nación. Las mismas conclusiones se pueden formular en relación con el artículo 1 del Pliego sobre Construcciones civiles de 1908, el artículo 2 del Pliego sobre obras de caminos vecinales de 1911, el artículo 32, 61 del Real Decreto de 19 de abril de 1915 y del Real Decreto de 30 de abril de 1918, pues la redacción de dichos preceptos coincide, en esta materia, con lo dispuesto en el primer artículo del Real Decreto de 13 de marzo de 1903, ya explicado.

3. Un nuevo giro: el proteccionismo de la industria nacional en la contratación del Estado español.

Poco tiempo después se promulga la Ley de 14 de febrero de 1907, de protección a la producción nacional, que impone limitaciones a la admisión de materiales de fabricación extranjera en todos los contratos de obras y servicios públicos que celebren tanto el

Diccionario de la Administración Española, Apéndice de 1901, Madrid, 1901, p. 302, nota 2.

Estado, como las Diputaciones Provinciales o los Ayuntamientos españoles. El artículo primero dice: "En los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas serán admitidos únicamente los artículos de producción nacional. Sin embargo, el Gobierno podrá disponer que se admitan proposiciones de la industria extranjera por los motivos siguientes: Primero. Por imperfección del producto nacional, declarada después de practicar análisis ó ensayos con intervención de los interesados.- Segundo. Por notable diferencia del coste del producto nacional en el lugar de su destino con relación al producto extranjero.- Tercero. Por reconocida urgencia, que no puede satisfacer la industria española.- Cuarto. Por no existir la producción nacional respectiva."

Una vez más el ideario nacionalista triunfa en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, en línea con lo preceptuado en los comentados Decretos de 7 y 21 de diciembre de 1900. Pero este nuevo proteccionismo legal no supone la subsiguiente revocación de lo establecido en el primer artículo del Pliego de 1903, de tendencia contraria, como vimos, sino que ambas normas conviven sin conflicto interpretativo entre sí. En efecto, lo que la Ley de 1907 persigue, a nuestro juicio, no es la retirada de los procedimientos contractuales de licitación pública de aquellas empresas extranjeras deseosas de participar y optar a la adjudicación de un contrato con una Administración española, sino, exclusivamente, y no es poco, impedir la utilización de bienes procedentes del exterior en la ejecución de dichos contratos públicos. Por consiguiente, la Ley "nacionalista" no prohíbe a los extranjeros poder ser contratistas en España, tan sólo les veta la introducción de la mayoría de sus productos en la realización de tales obras o servicios públicos, mas este veto legal rige, en realidad, tanto para los contratistas extranjeros como para los nacionales, puesto que se refiere al material, al objeto, no al sujeto partícipe en un proceso de selección de contratistas. Además, esa regla general admite excepciones, que son las señaladas en los cuatro supuestos del párrafo segundo del mismo precepto, aunque, eso sí, solamente en esos casos tasados y concretos se autoriza a los aspirantes a contratar con un poder público español la presentación de proyectos o proposiciones que conlleven la adquisición o el uso de tales productos extranjeros²⁶. Todo esto confirma nuestra tesis, ya expuesta, de que verdaderamente el fin perseguido en el derogado Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas de 7 de diciembre de 1900 era la salvaguardia de la industria nacional, y no la incapacitación de las personas, físicas o jurídicas, no nacionales, para contratar con el Estado español²⁷.

4. ¿Nuevo retorno de la igualdad de trato?

El Reglamento para la contratación administrativa con el Ejército de 10 de enero de

26 El artículo segundo de la Ley dispone: "Todos los años, en el mes de Septiembre, se publicará en la Gaceta de Madrid y en los Boletines oficiales de las provincias, por medio de Real decreto de la Presidencia, acordado en Consejo de Ministros, relación motivada de los artículos ó productos para cuya adquisición se considere necesaria la concurrencia de la industria extranjera, con arreglo á lo que se determina en el artículo anterior. Los interesados podrán dirigir sus reclamaciones contra dicha relación á la Presidencia del Consejo de Ministros, y presentar sus pruebas hasta el 30 de Noviembre, y el Gobierno publicará en los expresados periódicos oficiales su resolución definitiva, también motivada, antes del 1.1 de Enero siguiente. Esto no obstante, el Gobierno podrá eliminar, en cualquier tiempo, de la relación a los artículos que la industria española produzca en condiciones aceptables."

27 En idéntico sentido se ha pronunciado BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, en relación al art. 10 de la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional de 24 de noviembre de 1939, precepto similar al art. 1 de la Ley de 14 de febrero de 1097. "Contratistas extranjeros y productos de fabricación extranjera en la legislación vigente sobre contratos de la Administración", *Revista de Administración Pública* núm. 57, 1968, pp. 407 y ss..

1931, en su artículo 14, varía la redacción de los mandatos anteriormente analizados, en cuanto admite la posibilidad de que los extranjeros sean contratistas en el caso de que, por un lado, tuviesen capacidad contractual acorde a la legislación de su nación, y, por otro, observen las normas del Código de Comercio español. Aparece así, solamente en relación con los no nacionales, la expresión "capacidad para contratar", en contraposición con el requisito exigido a los españoles de hallarse "en pleno goce de sus derechos civiles", condición que, en los precedentes Pliegos, como expusimos, se exige asimismo a los extranjeros. Otra novedad es la remisión a las normas del Código de Comercio en aquellas materias distintas de las remitidas al ordenamiento del país de origen; además, todo ello, "sin perjuicio de lo que pueda establecerse por los tratados y convenios internacionales"²⁸.

No obstante, la regulación vuelve a modificarse en el Pliego de condiciones generales para la contratación de las obras de Telecomunicación, de 30 de abril de 1943, cuyo artículo primero permite a los extranjeros "que se hallen en posesión de sus derechos civiles, con arreglo a las Leyes" optar a los procedimientos de adjudicación de estos contratos administrativos. Es decir, por una parte, se regresa a la unificación de condiciones de capacidad al requerir, en sintonía con lo dispuesto en los Pliegos comentados, esa correcta posesión de los derechos civiles, tanto para los nacionales como para los no nacionales. Y por otra, se suprime la remisión a la normativa de cada Estado en este aspecto, por lo que se plantea la duda de si la capacidad contractual del extranjero se debía reclamar en atención exclusivamente a lo exigido en el ordenamiento jurídico, privado y público, español.

La última disposición relevante es la Ley de 20 de diciembre de 1952²⁹, que modificó el Capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911. El nuevo artículo 48 dispone: "Están facultadas para concertar con la Administración contratos para la ejecución de obras y servicios públicos las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, que hallándose en plena posesión de sus capacidades jurídica y de obrar no estén comprendidas en alguno de los casos de excepción señalados por la presente Ley o por cualquier otra disposición que especialmente los establezca". Aquí tampoco se diferencian los requisitos de capacidad en función de la nacionalidad de los candidatos a contratar con el Estado, ya que, en primer lugar, la exigencia de tener la debida capacidad contractual es común a ambos tipos de posibles contratistas, y, en segundo lugar, por primera vez, se manifiesta claramente la aplicación de las causas de incapacidad a los empresarios no españoles³⁰.

28 "Pueden ser contratistas los españoles y Sociedades ó Compañías que se hallen en pleno goce de sus derechos civiles, y los extranjeros y las Compañías constituidas en el extranjero, con sujeción á las leyes de su país en lo referente á su capacidad para contratar, y, en todo lo demás, á las disposiciones del Código de Comercio, sin perjuicio de lo que pueda establecerse por los tratados y convenios internacionales."

29 En cuanto al proteccionismo de los productos españoles en el ámbito de la contratación administrativa ha de resaltarse la Orden del Ministerio de Industria de 11 de septiembre de 1956, en desarrollo de la citada Ley de 1939. Un análisis de esta norma ha realizado BAENA DEL ALCÁZAR. *Vid.* "Contratistas extranjeros...", *op. cit.*, pp. 417.

30 Sin embargo, el posterior Reglamento de Contratación de Obras y Servicios de la Marina, de 12 de diciembre de 1958, a pesar de que, en su art. 4, apartado 11, copia lo preceptuado en el citado art. 48 de la reciente Ley de 1911, tras la reforma del 52, en el segundo párrafo del mismo precepto sí contempla una distinción en el régimen jurídico de capacidad de los aspirantes a contratar con la Administración de la Marina española, aunque, como ya señalamos, esta clase de limitación afecta más bien a los productos que se utilizan en la ejecución del contrato administrativo que a la nacionalidad misma de los sujetos participantes en los procesos de licitación contractuales públicos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AGUILERA DE PAZ, Enrique. *Vid. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, Hijos de Reus editores, Madrid, 1912

ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio, *La Quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación*, Sevilla, 1970

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, "Contratistas extranjeros y productos de fabricación extranjera en la legislación vigente sobre contratos de la Administración", *Revista de Administración Pública* núm. 57, 1968, pp. 407-426.

BUXADE, José, voz "Interdicción", *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo XIX, ed. Fco. Seix, Barcelona, p. 779

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, "Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa", *Revista de Administración Pública* núm. 10, 1953, pp. 241-282.

GARZÓN PAREJA, Manuel, *Historia de la Hacienda de España*, Vol. I, IEF, Madrid, 1984

MEILÁN GIL, José Luis, "La actuación contractual de la Administración Pública Española. Una perspectiva histórica", *Revista de Administración Pública* núm. 99, 1982, pp. 7-36.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *La extinción de la concesión de servicio público*, ed. La Ley, Madrid, 1992

PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal*, 4ª ed., Madrid, 1870

RIVES Y MARTI, Francisco de P., *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concurso de acreedores y quiebras*, Tomo Primero, 2º ed., Instituto editorial Reus, Madrid, 1954

TERUEL CARRELERO, Domingo, voz "Interdicción civil", *Nueva Enciclopedia Jurídica Española Seix*, tomo XIII, 1968, p. 187

VIZMANOS, Tomás M^a de, y ÁLVARES, Cirilo, *Comentarios al Código penal*, tomo I, Madrid, 1848