

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

AÑO IX

MARZO-ABRIL 1950

NUM. 50

Proyección del Derecho público sobre el Derecho privado

I

Diferenciación del Derecho público y del Derecho privado

No pensemos en hacer desfilar, no ya en forma exhaustiva, que demostraría petulancia, sino simplemente enunciativa, una serie de conceptos filosóficos sobre el derecho en sentido abstracto, que se supone es conocido de todos cuantos me lean.

Bástame decir que el Derecho, si lleva consigo la obligatoriedad de sus normas, en lo íntimo de la conciencia para las relaciones sociales, en la que puede marcar una trayectoria idéntica paralela con la Moral, una sincronización con la Ética, aunque ésta se desvía para ocuparse de los deberes para consigo mismo, y hasta para con Dios, por su parte, el Derecho se caracteriza mediante el elemento sancionador por la coerción externa que no acompaña a la Moral, como no se trate del elemento sancionador social, del buen decir de las gentes, afamando al hombre bueno e infamando al inmoral y corruptor de costumbres. En la trayectoria común del Derecho puede distinguirse, no separarse de la Moral, como dice Coviello (1).

Ya hemos sostenido al hacer un estudio sobre el P. Vitoria, cómo el Derecho que no es injusto, aunque parezca inocuo, debe

(1) «Manuale di diritto civile italiano», 1915, pág. 5.

obligar en conciencia, con más o menos gravedad, o más o menos levemente. Lo que hay es que el Derecho atrae consigo siempre la mano sancionadora del Poder público, bien mediante la Administración, bien por el Poder judicial.

Pero el derecho afecta a las relaciones entre hombres o entre los hombres y el Poder público, y en unas y otras, convenida o impositivamente.

No podemos tomar como punto de partida de la diferenciación del Derecho privado con el Derecho público, el reconocimiento de un derecho subjetivo para los sujetos del Derecho privado, por que son infinitas las relaciones subjetivas protegidas por la ley, y derivadas de contratos públicos o convenios internacionales, actos políticos o administrativos, que se estiman como regulados por el Derecho público, y no ya en sentido un poco elástico de Jhering (2) de interés legítimo protegido por la ley, sino perfectamente exigible su reparación, quebrantado que fuese el vínculo jurídico, ante Tribunales de todo orden, administrativos, constitucionales o políticos e internacionales, pues no se puede considerar como situaciones objetivas las pretensiones de los ciudadanos frente a la Administración, como parece sostener Duguit (3), pues tales deberes existen por ley, contrata y por la llamada doctrina de la responsabilidad objetiva (4).

Aceptando aún el derecho subjetivo como elemento derivado o regulado por el Derecho público, ha sido corriente decir que los derechos subjetivos que dimanan del Derecho público, normativo, no son renunciables y, en cambio, los que dimanan del Derecho privado son renunciables, porque el Derecho privado es un derecho voluntarista, aunque la ley suple muchas veces relaciones de carácter privado, si bien en su mayor parte estas relaciones nacen del consentimiento de las partes.

(2) «Evolución du Droit», trad. francesa. núm. 180.

(3) V. la interpretación de la doctrina de Duguit en el estudio preliminar de D Adolfo Posada a *Las Transformaciones del Derecho público*, ed. española, páginas 14 y ss. Véase *Las Transformaciones del Derecho privado* en Duguit, trad. española de Posada.

(4) CONS. PEDRO PASTOR y RODRÍGUEZ ARRAS: *Teoría del deber jurídico y Derecho subjetivo*, en «Rev. de Derecho Privado», 1948, marzo, págs. 249 y ss.

Pero esto no es cierto, porque los derechos derivados del Derecho público en sentido objetivo o normativo pueden ser también renunciables, por lo menos su ejercicio, así, por ejemplo, el derecho que tiene uno a desempeñar un cargo público es renunciable a pesar de ser emanado del Derecho público—caso de las dimisiones de los Ministerios—como el derecho de emitir el sufragio en algunos países es renunciable (5). En cambio, existen una porción de derechos subjetivos derivados del propio Derecho privado que no son renunciables.

En el Código civil se consignan normas de carácter general que no son aplicables solamente al Derecho público, sino también al Derecho privado. Así el principio que se encuentra en el párrafo segundo del artículo cuarto dice: «Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de terceros», no simplemente que pugne con razones de orden público o sea contra *bonos mores*, como dice Traviesas (6). Normas semejantes del Código civil italiano son consideradas por Pachioni como de Derecho público; no obstante ser aquél una ley positiva de Derecho privado (7).

He aquí otros ejemplos de derechos subjetivos privado regulados por el Código civil que no son renunciables; el derecho de evicción por las ventas a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.476 del Código citado, que dice: «Será nulo todo pacto que exima al vendedor de las evicciones, siempre que hubiera mala fe de su parte». En sentido idéntico, al artículo 1.202, dice: «La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula».

El Derecho privado no es tampoco un derecho voluntarista, como lo demuestran los textos del Código civil que pasamos a examinar.

El derecho de testar está regularizado de tal modo que no existe una absoluta libertad para hacerlo. Así tenemos el artículo 806,

(5) En España no ocurre esto, pues el derecho de sufragio es obligatorio y lo único que puede hacer el elector era votar en blanco.

(6) Vid. *La Culpa*, en «Revista de Derecho Privado», núm. XIII, pág. 372.

(7) *Diritto civile italiano*. Parte I, vol. I, 1937, pág. 10.

que dice: «Legítima es la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley en determinados herederos llamados forzosos». De manera que el padre no puede disponer del caudal de sus bienes de una manera íntegra, pues una tercera parte será para la legítima de sus hijos y otra parte igual para la mejora de los demás herederos legítimos (art. 808). El artículo 1.814, referente a la transacción del estado civil, dice: «No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros» (8).

Y por fin el artículo 551, expresa: «Las servidumbres que pone la ley en interés de los particulares, o por causa de inutilidad privada, se regirán por las disposiciones del presente título sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales o locales sobre policía urbana o rural. Estas servidumbres podrán ser modificadas por convenio de los interesados *cuando no lo prohíba la ley* y resulte perjuicio a terceros».

Aun en materia de contratos se observan ciertas limitaciones a la libertad de las partes, o cierta superación de las leyes inalterables. Así en el contrato de arrendamiento hay disposiciones que prohíben al marido relativamente a los bienes de su mujer, al padre y al tutor respecto a los hijos o del pupilo, y al administrador de bienes que no tenga poder especial, dar las cosas en arrendamiento que no excedan de seis años (art. 1.548 del Código civil); o que impone al arrendado la obligación de pagarle en ciertos casos las mejoras hechas por el arrendatario (art. 1.573 del Código civil); o que conceden al arrendatario el derecho de pedir la reducción parcial de la renta en caso de fuerza mayor (casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, dice el Código), que impida totalmente o en parte el uso de la cosa (art. 1.575 del mismo Código).

El Decreto de alquileres de 29 de diciembre de 1931 (9) prorrogó los contratos de arriendo oficiosamente, con las salvedades que in-

(8) «Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y ésto podrían reclamar cuando muera aquél; pero deberá traer a colación lo que hubiese recibido por renuncia de transacción» (Art. 816 del Código civil).

(9) V. Orden aclaratoria de 11 de marzo de 1932.

dicaba y prohibía en su artículo 13 los pactos de oposición a las disposiciones de dicho Decreto. El Decreto de 21 de enero de 1936 ampliaba las casas o locales destinados al ejercicio del comercio o de la industria, declarando nulo y sin ningún valor (art. 11) los pactos que se opusieran a sus preceptos.

Estas reglas limitativas o impositivas se multiplican en materia de arrendamientos rústicos en la ley de 15 de marzo de 1936, singularmente (art. 8) en punto a exenciones o rebajas de renta por causa de fuerza mayor (véase el Decreto de 3 de enero de 1937, dictado con ocasión de nuestra Guerra Civil), con las modificaciones sufridas por la ley de 13 de julio de 1940 («B. O.» de 13 de julio número 195, véase también el Decreto-ley de 28 de mayo de 1937 y la Ley de 7 de mayo de 1942), en el Decreto de 21 de enero de 1936 y en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 21 de marzo de 1947, sobre la cual, al observar la influencia del *Derecho público en el privado*, volveremos a enunciar. En su artículo 11, se dice: «Los beneficios que la presente Ley otorga a los inquilinos de viviendas, con o sin muebles, y los subarrendatarios de las mismas, serán irrenunciables, considerándose nula y sin valor ni efecto alguno cualquier estipulación que los contradiga. Serán, en cambio, renunciables los que confiere al arrendador, lo sea de local de negocio o de vivienda, y a los arrendatarios y subarrendatarios de locales de negocio, salvo el de prórroga del contrato de arrendamiento, cuyo derecho no podrá ser renunciado por el arrendatario».

El Derecho privado no es tan voluntarista como se pretende caracterizar, pues todos los derechos subjetivos privados tienen un límite, y aún los derechos que nacen del propio derecho privado no son tan renunciables como se pretende sostener. De manera que no puede haber una discusión fundamental entre el Derecho público y el Derecho privado, atendiendo a que los derechos subjetivos que derivan del Derecho público no son renunciables, ni tampoco que el Derecho privado sea voluntarista y el público no, por no estar ciertamente comprobadas en absoluto por la legislación que estos asertos son sus características.

Es necesario, pues, buscar otra fórmula o norma que distinga qué es Derecho privado y qué es Derecho público. Veamos el cri-

terio histórico : El Derecho Romano decía : «Jus publicum est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet» (10), o sea, «el Derecho público es el que corresponde al Estado ; el Derecho privado es el que interesa a los particulares». Esto no quiere decir que el Derecho romano no tuviera otro criterio distinto respecto a considerar Derecho público al que regulan las relaciones del Estado o lo que respecta al Estado, sino también consideraba como derechos públicos aquellos que no podían modificarse por pacto privado, según el criterio acabado de exponer, o sea : «Jus publicum privatorum pactis mutari non possunt». Hay otro principio que dice : «Privatorum conventio juris publico non derogat», o sea, que los convenios entre los particulares no derogan Derecho público. Este último criterio, que han sostenido algunos juristas, tuvo su basamento en el Derecho romano, pues que estas definiciones pertenecen al Digesto (11). Ninguno de estos dos criterios del Derecho romano sirven para agrupar las normas que rigen las relaciones públicas o las privadas, ni para diferenciar el Derecho público del privado.

No puede adoptarse como absoluto el primer criterio—el Derecho público es el que corresponde al Estado—porque en las relaciones entre el Estado y los particulares, las hay de carácter jurídico-administrativas, y, además, hay relaciones públicas, que tienen su regulación jurídica, en las que no interviene el Estado, sino otras corporaciones públicas.

Tampoco puede adoptarse en absoluto el segundo criterio, porque las normas administrativas, que son Derecho público, pueden ser suspendidas o derogadas por los pactos con los particulares, al menos por lo que respecta a las corporaciones locales (Diputaciones y Ayuntamientos). Estas pueden eximir a los contratistas del pago de arbitrios provinciales o municipales, si la ley expresamente no lo prohíbe ; como pueden convenir mayores haberes que los legales a sus funcionarios, si fijan cláusulas con obligaciones no prevenidas en los Estatutos de funcionarios, autolimitándose.

El profesor Rénard, buen tratadista del Derecho público y me-

(10) § 4 Inst. I, 1.

(11) 1, 1. § D. 1, 1. Cfr. 45 D. 50, 17 y 38 D. 2 14.

por aún de Filosofía del Derecho, en su «Cours élémentaire de Droit public» (12), asevera que «la distinción de Derecho público y Derecho privado no es sino la expresión de la vida pública y de la vida privada, siendo el Derecho público el conjunto de reglas que gobiernan la actividad de la vida pública y sus relaciones con la vida privada, atendiendo por vida pública la red de relaciones que nacen del fenómeno de centralización política, que es el régimen del Estado».

Y sigue más adelante diciendo que el Estado es la forma jurídica de la Nación, y el Derecho público puede ser descompuesto en tres objetos: «La organización del Estado, las relaciones del Estado con los particulares y las relaciones del Estado entre sí.»

Parece excluir en el objeto del Derecho público a las Administraciones locales; pero sin duda como buen francés, concibiendo éstas como ruedas del Estado, creyó indispensable emitir estos organismos como entes obligados a incorporarse entre los sujetos de Derecho público.

Con parecerme una de las definiciones más completas del Derecho público ésta de Rénard, no es integral, y por eso nosotros vamos a exponer nuestra concepción, y con ella vamos a ver cómo disciplinas muy nuevas como el Derecho del Trabajo o Social, como a nosotros nos parece mejor denominarlo, el Derecho financiero y fiscal y el Derecho económico entran de plano a ser ramas del tronco del Derecho público, a menos que se pretenda crear un tronco intermedio, o superar la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado, como hace Höhn, al estudiar la clásica distinción de *Ius publicum* y *Ius privatum*, que tan preciadas observaciones hizo sugerir a Gierke en su «Derecho Privado Alemán», en el trabajo dedicado a este jurista intitulado «Otto von Gierke Staatslehre und unsere Zeit», o negar la distinción como contraria a la unidad del sistema jurídico propugnada por Duguit y Kelsen.

Desde luego, hay zonas intermedias que, siendo reguladas por leyes históricamente consideradas por el Derecho privado, ejecu-

(12) 1932, pág. 7.

tadas y publicadas, caso de su infracción, por Tribunales ordinarios, como los de arrendamiento de la propiedad urbana, reciben luz o sobre ellos proyecta luz el Derecho público; como veremos, en suma, el campo reservado al Derecho privado es invadido cada día más, como dice Pacchioni (13) por las normas de Derecho público.

¿Responde, pues, la distinción de Derecho público y Derecho privado a cierta manera de ver el problema respecto al sujeto y al fin de la norma? Sí, la materia administrativa y la civil y, en general, la pública y la privada, se conoce respecto al sujeto y el fin que entra en las relaciones jurídicas, y así nosotros distinguiremos si es norma de Derecho público o de privado la que las regula (14). Es de Derecho público cuando el sujeto para quien se dicta la norma es de carácter público, y la norma que se da tiene como fin uno de carácter público y regula una materia de carácter público. Será Derecho privado cuando no entre ninguna de estas dos condiciones, de suerte que aun tratándose de sujeto de índole pública, si no persigue un fin público inmediatamente, en su relación, la norma que la establece o regula será jurídico-privado.

Hay una serie de leyes de carácter social cuyo conjunto debe formar una disciplina aparte y que se encuentra en una situación que no se sabe si considerarlas como Derecho privado o como Derecho público. En cuanto al sujeto, es evidente que las relaciones existentes entre los patronos y los obreros son de índole privada, pero cuando son objeto de una limitación por parte de la Administración imponiendo determinadas obligaciones, parece de carácter público. De manera que los que aceptan la distinción de relaciones de Derecho público y el privado, basándose en la no-modificabilidad de los derechos subjetivos que engendran, evi-

(13) *Diritto civile italiano*, vol. cit., págs. 8 y 9.

(14) DE RUGGIERO: *Instituzioni di Diritto civile*, 1924, pág. 44. Nos parece mejor el criterio del texto y no atenderse al sujeto en cuanto este obre con funciones de gobierno o imperio, según Castán (*D. Civil, común y foral*, t. I, 1949, pág. 28) porque en las relaciones de D. Internacional en los convenios no se utiliza el *imperium*, pues el propio ejercicio de la soberanía de los Estados lo impide.

dentamente aquellas relaciones tienen que considerarlas como son, de Derecho público, pues los derechos sociales en realidad son irrenunciables. Ahora, desde el punto de vista del fin de la norma—interés de particulares, a lo más interés de una clase—y si al mismo tiempo el sujeto que entra en la relación, como el que persigue no es de carácter público, las normas que regulan estas relaciones deben estimarse de Derecho privado. Lo evidente es que el Derecho social se trata o debe tratarse como una disciplina independiente, tanto del Derecho administrativo como del civil; como hoy se estudia automáticamente en la Facultad de Derecho; empero más bien considerado como de Derecho público, con la circunstancia, discutible o no, de que las Magistraturas y el Tribunal Central del Trabajo no pertenecen al Poder judicial, aunque sus titulares, con excepción del Presidente del Tribunal Central—cosa bien discutible—, y que lo es el Director general de Jurisdicción del Trabajo (art. 1.º de la Ley aprobada en Cortes el 21 de diciembre de 1949), pertenecen al orden judicial.

No es tampoco en la predeterminación de las figuras jurídicas el deducir, por ejemplo, como hace Cicu, el carácter de Derecho público; así las relaciones conyugales, por la circunstancia de que las facultades y deberes de los esposos se hallan predeterminados por la Ley, no parece correcto el configurarlas como de Derecho público. Establecidas y predeterminadas se hallan igualmente en nuestra legislación las facultades y deberes de las partes en un contrato de compra-venta, de arrendamiento, de fianza, de depósito, etc., no obstante lo cual conserva todas estas instituciones de carácter de Derecho privado.

Y si se objeta que con relación a esta última clase de contratos las partes otorgantes pueden introducir, dentro del amplio margen establecido por la Ley, determinadas particularidades e innovaciones, por cuya razón parece que aquella se diferencia de las que integran el derecho de familia, debemos advertir que esa misma libertad se observa en cuanto a las instituciones domésticas, singularmente cuando se trata del contrato de bienes celebrado con ocasión del matrimonio; en cambio, queda limitada la capacidad de la mujer casada para obligarse, en los casos expre-

asados por la Ley, como conceptúa el artículo 1.263 del Código civil.

Quizás más aún que en la familia puede verse el carácter público en el derecho de la propiedad, definido hoy, según sabemos, en razón de la función social realizada, y esto, no obstante, a nadie se le ocurre negar su naturaleza privada, porque entre otras cosas nos conduciría al comunismo con todas sus demoledoras consecuencias.

II

Influencia del Derecho público en el Derecho privado

No hay posibilidad de negar, sin embargo, una influencia o cierta proyección del Derecho público en el privado; así, pues, revela Bodda (15) la *publiciación* del Derecho privado, lo cual consiste no solamente en sentido lato, en una mayor ingerencia de la Administración en el campo dejado hasta ahora a la autonomía de los particulares, sean personas físicas, sean personas jurídicas, colectivas, mas también en el uso de la terminología del Derecho administrativo con referencia a la actividad escueta del Derecho privado.

Y si esto sucede en los servicios de la necesidad, de iniciativa privada, pero necesarios o de interés público, como en los suministros de energía eléctrica, agua, electricidad, farmacias, en los taxis, transportes de mercancías, etc., en los que históricamente vienen interviniendo autoridades administrativas para su implantación y garantías de seguridad, de sanidad o de economía de los usuarios o beneficiarios particulares, y reglamentados por disposiciones y textos legales, algunos tan amplios como el Código de circulación, igualmente existen relaciones privadas limitadas por la Ley y fiscalizadas por las autoridades administrativas, como en materia de arrendamientos, cuando se trata de burlar las limi-

(15) A tal efecto mejor es la caracterización teológica. V. VILLA y GRANGEL: *La distinción entre el Derecho público y el Derecho privado*, en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», enero 1942, págs. 54-55.

taciones en las relaciones contractuales entre los propietarios y arrendatarios o cuando afecta al interés público—no diremos social por no interesar directamente a una clase social, o sea en beneficio de la multiplicación de viviendas—, como en las acogidas a los beneficios de la Ley de Paro obrero, de 25 de junio de 1935, conocida también por la Ley Salmón, en virtud de lo dispuesto en la Ley de 10 de noviembre de 1942 (17).

El Derecho público se manifiesta cuando el Estado o las Corporaciones públicas obran como Poder público, e intervienen en la relación de dos sujetos de derecho apriorísticamente. De manera que no basta que las normas afecten al Estado o a las Corporaciones públicas, si estas normas regulan estas relaciones como entre cualesquiera particulares, pues el Derecho civil se aplica también a las relaciones jurídico-privadas en las que participa el Estado y las Corporaciones públicas; si bien a veces la Administración para enajenar bienes privados sufre ciertas limitaciones, aun después de las normas que derogaron las Leyes desamortizadoras. Estas disposiciones imponen ciertos requisitos para enajenar bienes propios municipales, es decir, el patrimonio privado municipal sufre una limitación administrativa, no pudiendo ser enajenado sin determinados requisitos. De donde se deduce que el llamado patrimonio privado municipal en parte también se rige por el Derecho administrativo.

(16) *Aspetti del diritto amministrativo moderno*, octubre 1942, págs. 294 y 295.

(17) Por la ley de 10 de noviembre de 1942, art. 1.º, en las edificaciones acogidas a los beneficios de la ley de 25 de junio de 1935, con sus prórrogas posteriores, sólo las plantas bajas podrán ser dedicadas a establecimientos mercantiles o industriales, siempre que los proyectos presentados hayan sido objeto de aprobación con esta modalidad y paguen a la Hacienda pública la contribución correspondiente. El resto de las plantas, necesariamente, habrán de destinarse a viviendas.

En los contratos de arrendamiento que se concierten entre los propietarios de los inmuebles e inquilinos, habrá de consignarse la prohibición terminante del traspaso o subarriendo, entendiéndose como existente esta cláusula, incluso en los casos que hubiere sido omitida, y sin que pueda en caso alguno estimarse subsistente el contrato cuando el arrendatario abandonara el local, aunque fuera planta baja dedicada a actividades mercantiles e industriales.

También queda rigurosamente prohibido en los edificios acogidos a la legisla-

En concreto, el Derecho público se manifiesta cuando el Estado u otros titulares del Poder público entran en la relación, siempre persiguiendo un fin público, es decir, que la norma de Derecho público regula la relación que se proponga un fin público, y entonces se considera esta norma como de Derecho privado, como diría Walter Jellinek.

El Derecho público tiene un contenido mayor que el Derecho administrativo, pues el Poder público, el sujeto del Derecho público, puede entrar en la relación con los particulares e incluso con otros Estados, como sucede en el Derecho internacional público. No sólo ha de comprender el Derecho público la regulación de las funciones administrativas, sino también de las políticas.

Se consideran dentro del Derecho público las normas de Derecho procesal, que rigen el procedimiento para dirimir los litigios entre los particulares, y también se consideran relaciones de Derecho público las de Derecho penal, pues la persecución de los criminales se sigue de oficio, no a instancia de parte, ya que el Estado interviene directamente por interés público. El Derecho público comprende, pues, las siguientes disciplinas científicas: el Derecho político, el administrativo, el procesal, el penal (18), el internacional público, el fiscal y aun el económico y el social, aunque los sujetos de la relación sean particulares, a menos de constituir un grupo de disciplina jurídica en zona intermedia, o en aquella,

ción protectora arrendar locales para viviendas provistos de todo o parte del mobiliario o manejo de casa.

Las sanciones impuestas a los que vulneren esta limitación de la autonomía a la libertad contractual, se corrigen con multas administrativamente por la Junta provincial de primera instancia, y por la interministerial en apelación con recargo en caso de primera reincidencia.

En la doble reincidencia se podrá llegar hasta la pérdida de los beneficios fiscales concedidos, con abono de las contribuciones, arbitrios, etc., dejados de pagar desde la concesión de exención tributaria, sin perjuicio de respetar los derechos creados a favor de los inquilinos al amparo de esta ley.

Contra esta última sanción se dará recurso en igual forma y plazo ante la Junta interministerial de Obras para mitigar el paro, y la resolución de ésta será susceptible de recurso ante el Ministerio del Trabajo (arts. 2 y 5 de la ley de 10 de noviembre de 1942).

(18) *El Valor permanente del Derecho civil*, en «Rev. general de Legislación y Jurisprudencia», octubre 1949, pág. 490.

como diría Hernández Gil (19), en que se ha roto, o casi roto, la tangente divisoria entre el Derecho público y el privado.

Se vacila en incluir el Derecho internacional privado en público; en general se admite que es público. También el Derecho canónico, o sea las normas que rigen o reglamentan las relaciones entre la Iglesia y el Estado, se pueden considerar como una rama del Derecho público.

Cuando nosotros hemos sostenido en nuestro estudio «Los contratos públicos», que la relación entre la Administración y el concesionario o funcionario público era contractual, si bien de carácter público, es que sosteníamos la existencia de la consensualidad y la bilateralidad vinculatorias, jurídicas, si bien colocábamos a la Administración en situación privilegiada, merced a que mediante la potestad reglamentaria no ya sólo el Estado por el Poder legislativo señalaba las modalidades del encuadramiento de la relación, por lo que algunos autores, franceses y españoles (Hauriou, Jeze, Gascón y Marín, García Oviedo y otros), salvo en la estipulación de las cláusulas económicas, dieron en considerarle como una relación reglamentaria más que contractual.

Es para nosotros esta relación configurada como contrato público, porque la Administración, a salvo su potestad reglamentaria por parte del órgano que tenga competencia para ejercitarla, debe respetar la obligación aceptada por el particular y ofrecida por la Administración y que el mismo órgano que la ofreció no puede modificar, y si aquélla goza de la potestad reglamentaria y afecta su ejercicio a la economía de la relación, está obligada a compensar; por lo que, como se observa, somos más rigurosos con la Administración que Ehrlich, Adickes y los partidarios del Derecho libre con el juez, es decir, que permite a éste corregir la ley en la relación jurídico-privada sumamente gravosa para una de las partes (*lex iniusta non est lex*), o que contrarió el sentimiento jurídico general de la época, supuesta de la cláusula *Rebus sic stantibus*.

Estamos también muy lejos de sostener, como el Conde de Te-

(19) Vid D'AVANZI: *Instituzioni di diritto civile*, I, pág. 12.

jada, Presidente de la Comisión encargada de la reforma de la Ley contencioso-administrativa de 1888, que las contiendas suscitadas acerca de los contratos celebrados por la Administración en materia de bienes desamortizados, debían de caer en la esfera de los Tribunales civiles (20), sin duda porque los consideraba contratos privados.

Hoy la libertad contractual en la relación privada como dogma jurídico, hasta el punto de ser conocida su defensa por los juristas y pandectistas alemanes, bajo la rúbrica de *Villensdogma*, *Freiwillensdogma*, dogma de la voluntad o de la libertad de la voluntad, sin otra limitación que las leyes, la moral o las buenas costumbres, o en el orden público, como dice nuestro Código civil (artículos 1.271 y 1.275) y lo prevenido en el artículo 49, ya examinamos quiebra ante la defensa del débil, económicamente hablando—interés social—o por requerirlo el bien general, por—interés público—en estos sectores de las relaciones jurídicas: A) En el contrato del trabajo. B) En el contrato de arrendamientos de fincas rústicas. C) En el de arrendamientos y de viviendas y de locales de negocios. D) En el de contrato de transportes. E) En los abastecimientos y suministros de artículos de primera necesidad; y F) En el de ejercicios de profesiones liberales.

A) *Contrato del Trabajo.*

La relación del trabajo no es meramente contractual, sino reglamentaria y está reglamentada no sólo por la Ley del Contrato del Trabajo en España, texto refundido de 26 de enero de 1944, que modifica la ley de 21 de noviembre de 1931, redactando, por así

(20) Vid. PI Y SUÑER: *Algunas modificaciones de la compra-venta en el Derecho Administrativo*, en «Estudios sobre el contrato de compra-venta», libro editado por el Colegio Notarial de Barcelona, 1947, pág. 45. Advierte, en cambio, el erróneo criterio de llevar ante la vía contencioso-administrativa los contratos de compra-venta, procedentes de bienes sujetos a desamortización, como se previno en el art. 5 del Reglamento de 22 de junio de 1894, de aplicación de la ley de lo contencioso-administrativo, cuyos antecedentes idénticos habían figurado en los RR. DD. de 14 de junio de 1848, 20 setiembre de 1852 (art. 4) y 25 de setiembre de 1863 (art. 84, núm. 3). Pi y Suñer, *Ibidem*.

(21) Vid. GARRIDO FALLA: *Sociedad y Estado en el pensamiento de Schindler*, 1949, págs. 128 y 131, que escribe *publicación del contrato del trabajo* puesto a usar un neologismo direanno *publicización*.

decir, las bases de la regulación laboral, sino en multitud de reglamentos dictados por la Dirección General el Trabajo, hasta un centenar, en donde se determina las categorías de los técnicos, empleados y obreros, sus sueldos y jornales, los pluses de carestía y los pluses de cargas familiares, lo bienios, trienios y quinquenios, las percepciones y gratificaciones por horas y servicios extraordinarios, primas a la producción, premios, recompensas y comisiones y participaciones en los beneficios—estos hasta la fecha de unas 70 actividades de trabajo—; el régimen de licencias, sanciones, y, en muchos de ellos, el de previsión y jubilaciones, si bien las actividades laborales para su respectivo personal, organiza las mutualidades para subvenir al abono de derechos pasivos, siendo punto aparte el régimen de subsidios de accidentes, régimen de enfermedades, maternidad, etc., que tiene su reglamentación, independiente de la respectiva actividad laboral. El artículo 9.º de la Ley citada de 1944, señala el orden preferente sobre la voluntad de las partes, de la norma figurada en las Leyes, Decretos y Disposiciones ministeriales sobre reglamentación del trabajo, agregando «sin que por ningún caso pueda establecerse sin perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o actos contrarios a las normas legales expresadas» (22).

Pero algunos autores ya no quieren referirse o no se refieren a contratos de trabajo, sino a relaciones de trabajo, dada la casi

(22) El art. 9 de la ley de 21 de noviembre de 1931, decía que no sería válido el contrato de trabajo que fuera contrario, en perjuicio del trabajador: 1. A las disposiciones legales; 2. A las bases del trabajo y acuerdos de los jurados mixtos o Comisiones paritarias legalmente reconocidas al efecto; 3. A los pactos colectivos celebrados por las Asociaciones profesionales acerca de las condiciones del trabajo en sus ramos, industria y demarcación.

En una resolución del Ministerio del Trabajo de 22 de octubre de 1932, siguiendo el principio de favorecer al obrero, cualquier norma o convenio que dicte o acuerde, se dispuso que un contrato de trabajo, redactado al amparo de un Estado de derecho, regido por unas leyes o bases de trabajo, la modificación de estas leyes o bases determina la novación de todos aquellos extremos de dicho contrato, que se opongan a la mencionada modificación, extremos que son sustituidos por los preceptos de las nuevas normas legales, paritarias o colectivas que conceden beneficios superiores al obrero (V. GALLART FOLCH, *Derecho español del trabajo*, Ed. «Labor», pág. 60).

ausencia de la voluntad interventora en el régimen laboral, vervi gracia De Buen (23), Polo (24) y de Benítez de Lugo (25), y con más vacilaciones Legaz Lacambra (26). Empero aún queda margen para la autonomía de las partes para convenir o contratar en materia laboral, amén de que la relación jurídica surge lo mismo de un contrato que de una imposición o prevención legal o reglamentaria, sea materia civil (legítima en las sucesiones), social o administrativa.

Pérez Botija acepta la idea de contratualidad en la relación de trabajo, pero observa de tal suerte sobre él la proyección del Derecho público que dice es «un contrato especial, que se regula más por normas de policía administrativa que por reglas y principio de Derecho común» (27).

Sin embargo, no intervienen en los conflictos sociales o laborales los Tribunales contencioso-administrativos, aunque tampoco los ordinarios, sino los especiales de la Magistratura del Trabajo, aunque regentados por funcionarios de orden judicial o fiscal, creados por el Decreto de 13 de mayo de 1938, siendo la Ley orgánica de 17 de octubre de 1940, modificada por la de diciembre de 1949.

Esta institución jurisdiccional interviene en cuantos conflictos individuales se originen entre los diversos elementos de la producción no sólo en la reclamación de índole civil, sino juzgando y sancionando los actos de aquellos que, en el campo del trabajo, perturben la ordenación económica establecida o simplemente observen la conducta incompatible con el honor profesional.

(23) *Aspectos de la moderna dogmática de la relación del trabajo*, 1939, páginas 12 y ss.

(24) *Del contrato a la relación del trabajo*, «Rev. de Derecho Privado», enero-febrero, 1941.

(25) *Extinción del contrato del trabajo*, 1945, págs. 20 y 21.

(26) *Estudio de la doctrina jurídica y social*, 1940.

(27) Vid. *La nueva doctrina sobre el contrato del trabajo*, «Rev. de Leg. y Jur.», julio, 1942 págs. 10 y ss. *Contrato de Trabajo de Derecho público*, en la misma Revista, junio-agosto, 1944, pág. 31. V. del mismo autor, *Naturaleza jurídica del Derecho del trabajo*, 1943, pág. 2. *Teoría del Contrato del Trabajo en el Derecho vigente*, en «Rev. de Estudios Políticos», 1945, núm. 1, págs. 55 y ss.

Dicha Magistratura se vincula administrativamente y disciplinariamente al Ministerio de Trabajo y no al de Justicia (28).

B) *Arriendo de fincas rústicas.*

En materia de arrendamientos rústicos se ha regulado minuciosamente el contrato, por las Leyes de 15 de marzo de 1935, 29 de junio de 1940 y 23 de julio de 1942, determinado éstas en su artículo 2.º los plazos mínimos de arriendo, según la naturaleza de la explotación y en razón inversa de la renta, y aun cuando con arreglo a esta Ley acepta el término del contrato, no prorrogándose por el Ministerio de la ley, al cumplirse el plazo convenido, pudiendo utilizarse la acción de desahucio por el arrendador de los contratos cuya renta no exceda del equivalente a cuarenta quintales métricos de trigo, ello se condiciona al cultivo directo y personal del dueño y no basta alegarle, sino que debe demostrarse la racionalidad del propósito, alegando y probando el propio arrendador su capacidad de labrador, o caso de impedimento la de sus hijos que con él vivan; que posee o que se halla en condiciones de adquirir los medios adecuados para realizar el cultivo de las expresadas fincas y que reside en el término donde radican las fincas o en los colindantes, o se comprometa a residir en uno u otro desde que se haga cargo del cultivo de las mismas.

Se limita la propiedad rústica en favor de los arrendatarios en cultivo personal y directo, con tanto o más derecho que el ejercitable—el de expropiación—por el Instituto de colonización en favor de los arrendatarios o posibles colonos, en virtud de la Ley de 17 de abril de 1946.

Son medidas restrictivas de la libertad contractual, como las que pudiera tomarse en interés de la salubridad pública o seguridad nacional, sin más diferencias que su respeto o garantía por ministerio de la ley, se encomienda a las autoridades judiciales, no permitiéndose la intervención de la autoridad administrativa.

C) *Contrato de inquilinato y del alquiler de locales de negocio.* Prescindamos de hacer el estudio de los Decretos de 21 de junio

(28) Vid. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ: *Tratado elemental del Derecho del Trabajo*, 1946; págs. 614 y ss.

de 1920 y de 29 de diciembre de 1931, como antecedentes de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, que prorroga los contratos de arrendamiento, limitando la libertad contractual en el señalamiento del plazo de arriendo, y aun vulnerando los preceptos del Código civil (tit. IV, lib. IV), sobre el contrato de arrendamiento, pues nos llevaría muy lejos de las conclusiones que pensamos adoptar en tan corto espacio como el de una glosa para un artículo de revista.

Mas ya entrando en el contenido de la Ley de Arrendamientos de 3 de diciembre de 1946, que rige los de viviendas e inquilinato y los de locales de negocios, con exclusión de la industria o del propio negocio, para lo que regulan la legislación civil común o foral, en defecto de lo pactado (arts. 1.º 4.º de la Ley cit.), los contratos de arriendo de viviendas y locales de negocios quedan prorrogados obligatoriamente para el arrendador y sólo potestativamente para el inquilino o arrendatario, salvo llegado el plazo pactado expreso, o tácitamente hay que sobreentenderse, y si concurren estas dos causas :

1. Por necesitar el arrendador para sí la vivienda o local de negocio, o para que los ocupen sus descendientes o ascendientes-consanguíneos; y 2. Por proyectar el derribo de la finca para edificar otra que cuente, cuando menos, con un tercio más de las viviendas que en ella hubiere, y una como mínimo si no la hubiere en el edificio que se pretende derribar.

Esta última causa de la cesación de la prórroga es también de índole social para fomentar la construcción de viviendas y consiguientemente la protección de familias al facilitar más alojamientos.

Si la ley limita la voluntad, en favor del arrendatario de viviendas y locales de negocio, no quiere esto decir que se le otorgue un derecho a perpetuidad de usar la finca, porque entonces la convertiría en un derecho de dominio útil, pues aparte de las causas de cesación de la prórroga y del derecho de tanteo o retracto que el propietario tenga en la cesión que el arrendatario pretende en los negocios que ocupen sus locales (arts. 44-45 de la Ley inclusive), el arrendador tiene el arma de la acción de desahucio por la falta de pago, ya de resolver del contrato, aun antes del término del plazo convenido o sobreentendido, por otras muchas causas, fijadas en el artículo

149, cuya enunciación no hacemos por no tratarse éste de un trabajo expresamente dedicado a glosar la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El tiempo del arriendo es indefinido, como dice Moreno Micheli (29).

Pero si por influencia del Derecho privado damos en conservar la terminología privatística para ciertas figuras jurídicas del Derecho administrativo, muy semejantes y cada vez más a medida que se estrecha el círculo de la autonomía de la voluntad, considerándolas contractuales de Derecho público, existe un movimiento recíproco. El Derecho público proyecta, penetra y absorbe, mejor diremos, el campo de Derecho privado y en materia de arrendamientos, aun en el sentido subjetivista y teleológico que hemos dado para el Derecho público, puesto que administrativamente se desahucia al inquilino moroso en el pago de alquileres o cuotas por servicios, de casas baratas y económicas sometidas al régimen establecido por la Ley de 19 de abril de 1939 (art. 4.º y siguientes del Decreto de 23 de septiembre de 1939).

La Administración también puede desahuciar *ex officio*, es decir, actúa por acción directa, administrativamente, en los expedientes de expropiación forzosa, declarados urgentes por el Consejo de Ministros a tenor de lo dispuesto en la Ley de 7 de octubre de 1939 (30).

El artículo 47 del Reglamento de 23 de septiembre de 1947 para la aplicación de la Ley de Ordenación de Solares de 15 de mayo de 1945, también aplica el desahucio administrativo (por la Alcaldía) de inquilinos y de arrendatarios de locales de negocios.

Y en la Ley de Régimen local, de 17 de julio de 1945 (Base 16, párrafo final), se previene la expropiación del derecho del negocio mercantil o industrial que ocupen inmuebles, también expropiados,

(29) *Naturaleza jurídica del derecho del arrendatario*, «Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, enero, 1949, pág. 36.

(30) Vid. *Desahucios administrativos*, por Andrés Hernández Anrich, REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL, 1948, núm. 37, págs. 29 y ss. V. D. 3 de mayo de 1947.

y en su consecuencia la ejecución del desahucio administrativamente.

Como se ve, en materias que parecían puramente civiles, situaciones impolutas e invulnerables a las autoridades administrativas, salvaguardadas por los Tribunales ordinarios, quedan a merced de aquéllas, que si éstas abusan de su poder o ponen en práctica trámites ilegales u omiten los legales ¿qué garantía judicial se ha de aplicar? Queda inoperante toda salvaguardia jurídica.

Si es aplicable el concepto que nosotros damos de Derecho público, y si quien en nombre del Estado obra es un órgano administrativo, es decir, el sujeto que interviene en la relación es la Administración, y, por tanto, público es el fin que se pretende perseguir o fomentar por la Administración, deberán intervenir los Tribunales administrativos en garantía de los derechos, en la jurisdicción subjetiva si hay lesión de derechos administrativos u objetiva si se admite ésta y no se puede individualizar un derecho administrativo lesionado.

No consideraremos derogadas estas disposiciones referentes a desahucios administrativos, dado el interés público que reclama la expropiación forzosa de los negocios y de los locales que ocupan por la disposición 27 transitoria de la Ley de Arrendamientos, porque no son disposiciones especiales dictadas en materia de arrendamientos urbanos, sino dedicadas a otras materias administrativas, aunque de rechazo, se refieren a casos de contratos de arrendamiento e indemnización del negocio extinguido o sustituido, como la Ley de Expropiación forzosa hace cesar o sustituir el derecho de propiedad por una indemnización.

Nos parece ya más dudosa la vigencia del Decreto de 23 de septiembre de 1939, por dedicarse todo él a los alquileres, desahucio de casas baratas económicas y protegidas. Fuera de esta excepción, porque el fin del desahucio no es por razones de interés público, no creemos derogadas las disposiciones que aceptan los desalojamientos de inquilinos y arrendatarios de locales de negocios, por no ser disposiciones especiales dictadas en materia de arrendamiento, no siendo, pues, exhaustiva la excepción que la

disposición 27 mencionada hace de la referida Ley de Ordenación de Solares (31).

Restringe la libertad contractual, y aun modifica los convenios existentes en materia del servicio de calefacción de las viviendas, la Orden dada por el Ministro del Trabajo, no el de Justicia por cierto, respecto a las construídas al amparo de la Ley Salmón de 25 de junio de 1935 sobre paro obrero (32).

(31) Véase el criterio contrario en el artículo mencionado del Sr. Hernández Anrich.

(32) 1.—Los servicios de calefacción central de los inmuebles acogidos a la ley de 25 de junio de 1935, cuando estuvieran establecidas por cuenta del dueño de la finca, se prestarán sin interrupción durante el plazo no inferior a cinco meses, o sea, desde el 1 de noviembre de cada año al 31 de marzo del siguiente.

2.—Los contratos de inquilinato que a la fecha de la publicación de esta orden tuvieron convenido el suministro de tal servicio en temporadas distintas a la expresada en el apartado anterior o por menor plazo, deberán acomodarse a lo establecido en dicho apartado, teniendo la facultad los inquilinos para exigir su cumplimiento.

3.—Las cláusulas contractuales que se establecieran en favor de los inquilinos, circunstancias más favorables que las prevenidas en el apartado primero de esta orden, deberán ser respetadas.

Igual prevención que en el párrafo anterior se hace respecto al suministro que no constara por escrito, pero viniera efectuándose mediante convenio tácito o por la costumbre establecida en cada localidad.

4.—El incumplimiento por parte de los propietarios de lo dispuesto en los tres apartados anteriores, supondrá, en concordancia con las órdenes de 17 de noviembre de 1941 y 27 de noviembre de 1942, la no existencia de obligación por parte del inquilino a satisfacer las necesidades de los precios de coste del combustible a que se refiere las mencionadas disposiciones.

5.—Quedan subsistentes las órdenes de 27 de noviembre de 1941 y 27 de noviembre de 1942, en cuanto que se opongan al cumplimiento de la presente.

Vid. el Decreto de 10 de octubre de 1947 («Boletín Oficial del Estado» de 9 de noviembre) por el que se crea en la Junta interministerial del Faro, el Registro de inmuebles afectados por las de 25 de julio de 1935 y 25 de noviembre de 1944 sobre construcción de viviendas para la clase media, y se obliga a sus propietarios a la presentación de los contratos de arrendamientos.

Según esta Orden los propietarios acogidos a las mencionadas leyes, al formalizar los contratos de arrendamientos, deberán presentar a la Delegación Provincial del Trabajo los referidos contratos acompañados de una copia literal de los mismos, junto con el título de bonificab'e, provisional o definitivo expedido en su favor.

La Orden de 29 de abril de 1947 ya exigía que en las porterías de las casas acogidas a las leyes sobre contribuciones de viviendas para la clase media, de-

Pero aun dentro de la facultad otorgada al propietario o al arrendador de una vivienda para impedir la prórroga del contrato para habilitarlo él, con su familia, en su caso, cuando sean varias las viviendas no tienen aquellas una solución optativa, sino que se reglamenta en el artículo 79 de la Ley de la orden sobre los que pueden ejercitar la opción, y así dice: «No podrá el arrendador

bian de fijar o exhibir en las porterías relación de pisos determinando las rentas legales que deben satisfacer los inquilinos.

Una orden conjunta de los Ministerios de Hacienda y de Trabajo aclara extremos relacionados con la aplicación de la ley de 25 de noviembre de 1944 y decreto-ley de 19 de noviembre de 1948, sobre viviendas bonificables. Los proyectos que presentados con anterioridad a la fecha de publicación del decreto-ley de 19 de noviembre de 1948 no obtuvieron la calificación provisional de bonificables, al amparo de la derogada ley de 25 de noviembre de 1944, podrán gozar de los beneficios que establece el citado decreto-ley, siempre que así se solicite por los interesados de la Junta Nacional del Poro y presenten nuevamente las peticiones con arreglo al mismo. Los proyectos declarados provisionalmente modificables por la Junta Nacional del Poro en el periodo comprendido entre el 15 de septiembre de 1948, inclusive, y la fecha de publicación del decreto-ley de 19 de noviembre siguiente, cuyas obras no se hubieran iniciado, podrán acogerse a los beneficios del decreto-ley citado, previa aprobación nuevamente de la Junta Nacional del Poro, de la que habrá de solicitar la oportuna revisión de los interesados. Las rentas de los inmuebles en construcción, al amparo de la ley de 25 de noviembre de 1944, sus prórrogas y disposiciones complementarias, que no hayan obtenido calificación definitiva de bonificables en la fecha de la publicación de la presente orden, se determinarán con arreglo al cuadro establecido en el art. tercero del decreto-ley de 19 de noviembre de 1948, sin que puedan tales modificaciones gozar de los demás beneficios que sobre préstamos hipotecarios y materiales establece el mismo, que tramitarán con sujeción a lo establecido en la ley de 25 de noviembre citada y sus disposiciones complementarias. Este decreto-ley de 19 de noviembre de 1948, en su art. 3, autoriza la elevación de renta mensual máxima con arreglo al siguiente cuadro:

SUPERFICIES EDIFICADAS	Pesetas m. ² renta mensual	Pesetas m. ² renta mensual
Tipo A, más de 125 m. ²	6,00	4,60
Tipo B, de 90 a 125 m. ²	6,10	4,65
Tipo C, de 70 a 90 m. ²	6,40	4,85
Tipo D, de 50 a 70 m. ²	6,50	4,90

Los tipos de viviendas en que este art. se entenderán determinados por la superficie de la planta edificada. Las rentas máximas expresadas son de aplicación a las poblaciones de más de 2.000.000 habitantes, haciéndose para el resto de España las

escoger a su arbitrio la vivienda que desee ocupar, sino que deberá dirigirse sobre las que, aunque arrendadas, se hallarán habitualmente deshabitadas. De no haber ninguna de estas condiciones sobre las que no sirvan de hogar familiar, conceptuándose así las que no aparezcan permanentemente habitadas por persona alguna; después sobre las que se hallen destinadas a los escritorios y almacenes de que trata el artículo 10, y que a tenor del mismo merecen la conceptuación de viviendas; a continuación, sobre las ocupadas por menor familia, y sólo en último lugar las correspondientes a funcionarios públicos con deber de residencia, o a quienes, además de vivir en ellas, ejerzan en las mismas profesiones u oficios que sea objeto de tributación».

Mas por razones de interés social, y no ya en el estricto sentido de favorecer una clase débil, si bien para evitar el abuso de los precios de rentas, se previene en la vigente Ley de Arrendamientos el alquiler obligatorio—relación obligatoria que no existe en el contrato público—con intervención de la autoridad gubernativa, si bien la litis, al discutir los abusos administrativos puede ser objeto de competencia de las autoridades judiciales, ya que el artículo 158 de dicha Ley dice que el reconocimiento y resolución de los litigios que pueden suscitarse al amparo de esta Ley corresponden a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria; empero aun así determinada la competencia de los Tribunales ordinarios a entender contra actos administrativos pronunciados para servir un interés público, o al menos un interés social, proyecta el Derecho público sus principios en el sistema jurídico-privado de alquileres, con intervención de la Administración propia.

Véase, pues, el contenido de la disposición transitoria, 23 de la Ley de Arrendamientos en que así lo confirma, desarrollado por el Decreto de 23 de octubre de 1947: Disposición transitoria 23.—Se autoriza al Gobierno para que si las circunstancias lo aconsejan,

siguientes deducciones: En las poblaciones de 50.000 a 200.000 habitantes, el 10 por 100; en las demás zonas rurales, el 20 por 100. Según el art. 4 del decreto-ley de 19 de noviembre de 1948, la clasificación en las dos categorías anteriormente expresadas, viene determinada por la riqueza de los materiales empleados, perfección de la obra y costo de las instalaciones de que se les prevea, con arreglo a lo que se determina en los arts. 5 y 6 del aludido decreto-ley.

disponga por Decreto la adopción gradual, en todo o en parte del territorio nacional y plazas de soberanía, de las siguientes medidas:

a) El alquiler obligatorio de aquellas viviendas, que susceptibles de ser ocupadas, no lo fueran por nadie. A tales fines, el Gobierno Civil de la provincia, comprobando sumariamente las denuncias que se formulen, concederá al propietario el plazo de un mes para que se ocupen, precisamente como casa-habitación y no como oficina, almacenes o locales de negocios. Y transcurrido dicho plazo sin hacerlo, dentro de los quince días que sigan acordará aquella autoridad que sea ocupada por el primer aspirante a inquilino, en turno de rigurosa antigüedad, que se hallare dispuesto a pagar como renta la exigida por el arrendador, si no fuera superior a la última declarada a fines fiscales o a la que sirva de base al tributo, de no haberse formulado la declaración, y el aspirante advendrá inquilino de la vivienda con los derechos y deberes que le impone esta Ley, aunque el arrendador se niegue a otorgarle contrato, en cuyo caso la renta se determinará conforme a los datos fiscales que se expresan.

b) El desahucio por causa de necesidad social de aquellas viviendas ocupadas que, mediante causa justa, se hallaren habitualmente deshabitadas, o de las que no sirven de casa-habitación, oficinas o local de negocio del arrendador, o si se hallaren alquilados, de su inquilino o arrendatario. Los Tribunales, al resolver, tendrán en cuenta, además de aquellas circunstancias personales del demandado que determinen la existencia o inexistencia de la causa justa, lo siguiente:

1. Si es realmente útil la ocupación, en razón de la proximidad o alejamiento del núcleo urbano en que la escasez de viviendas se produce.

2. Si por ser la vivienda de características parecidas o semejantes a las que normalmente sirven en la localidad de casa-habitación permanentemente ocupada, procede acordar que así lo sea.

La obligatoriedad para el dueño de una vivienda de darla en alquiler tiene su antecedente paralelo en un Decreto alemán dado por el Gobierno nazi el 20 de abril de 1939 por el que: «La autori-

dad de fijación del precio de alquileres podrá hacer que el propietario de un número moderado de viviendas tenga que alquilar las que vayan quedado libres a familias numerosas. La elección de las familias queda a libertad de dueño o arrendador».

La influencia del Derecho público en la Ley de Arrendamientos urbanos de 1946 es tan exagerada que permite la novación del contrato unilateralmente por el arrendatario, como pudiese hacerlo la Administración con los contratos públicos que suscriban sus órganos.

Obsérvese en el artículo 133, que dice: «El derecho del arrendador a las elevaciones que este capítulo autoriza podrá ejercitarlo en cualquier tiempo. Pero si fueren abonadas rentas superiores a las que figuren como base de la contribución territorial, y en los plazos establecidos en las leyes fiscales no declare a la Hacienda las que efectivamente perciba, los arrendatarios de la vivienda o local de negocio podrán limitar el pago de sus alquileres a las cantidades declaradas o a las que, si no se formuló declaración, sirvieren de base al tributo, entendiéndose en estos casos novado el contrato en cuanto a la renta, sin necesidad de acudir al juicio».

Del fraude a la Hacienda no debiera de beneficiarse tan exorbitantemente los particulares, puesto que a la Administración le asiste el derecho para imponer multas por el número 6 de la Orden de 22 de enero de 1941.

El artículo 133 enunciado es copia del artículo 12 de la Ley sobre tributaciones de 16 de diciembre de 1940, pero aunque éste aceptaba la novación del contrato de arriendo en favor del arrendatario, reduciendo la renta hasta lo declarado, omite la última frase «sin necesidad de acudir a juicio»; sin que quepa ahora duda que lo hace unilateralmente el arrendatario aun cuando haya otras circunstancias jurídicas que impidiesen la novación, imponiendo como si dejáramos la acción de oficio en beneficio del particular, cosa que antes sólo se confería a la Administración, y para ello obrando como persona de Derecho público.

C) *Contrato de transporte.*

También están influenciados por el Derecho público y aun regulados por las leyes administrativas, los contratos de transportes:

entre empresas y usuarios de los servicios públicos. Así, por el Reglamento de policía de ferrocarriles de 8 de septiembre de 1877, en la que existen cláusulas y bases de tarifas indiscutibles, que no se dejan al libre arbitrio de los sujetos de la relación. Y aun sucede que se organizan Tribunales especiales, ajenos a los ordinarios, para entenderse en las litis que se susciten, con ocasión de información de la relación o el contrato de transportes, como son los usuarios y la Administración de ferrocarriles—y aun los de Detasas.

Así pues hay que reconocer que los contratos realizados entre los usuarios y la Administración de ferrocarriles—y aun los de tracción mecánica por carretera—son de naturaleza singular, contratos *sui generis* en los que abundan las cláusulas imperativas.

No obstante no poder discutirse las tarifas, aprobadas por el Ministerio de Obras Públicas, se sostiene que son remuneraciones convencionales. La Administración ofrece el transporte en determinadas condiciones pecuniarias; el transporte lo consiente; en ello hay un contrato de adhesión (33).

Si se hubiera extendido, dice Thaller y Perceron (*Droit Commercial*, 1916, pág. 610 y siguientes, cit. por Jéze), a los Ferrocarriles el derecho común de los contratos de Transporte, la seguridad de los contratantes se prestaría a abusos. El ferrocarril impondría sus condiciones al público; habría podido negar las mercancías al expedidor, consentir respecto a otros arreglos de favor en interés de sus especulaciones, establecer caprichosamente el precio del transporte, fechas o cláusulas de irresponsabilidad intolerables. Esta omnipotencia estaría en desacuerdo con los principios del Derecho público, quebrantando el equilibrio a todo servicio público. Un transportista necesariamente es dueño de la situación. Es preciso establecer la balanza con vista a proteger el comercio y los viajeros, introduciendo en el contrato de Transporte prescripciones nuevas con un carácter imperativo. He aquí «una explotación que depende del Derecho privado» «que no es un servicio domi-

(33) JÉZE: *Cours de Droit public*, 1923, págs. 52 y 53.

nical» (pág. 609) y todos los elementos son determinados por las Leyes y Reglamentos, siendo preciso preocuparse de no estar «en desacuerdo con los principios de Derecho público».

E) *Abastecimientos y suministros de artículos de primera necesidad.*

Las dos guerras mundiales, que exigieron a todos o a casi todos los países el abastecimiento a los ciudadanos por parte de la Administración; y sobre todo una intervención administrativa, aun después de las conflagraciones—acentuada en España por nuestra guerra civil—, restringiendo la libertad mercantil, regulando hasta la requisita de producción, limitando los centros de producción, reglamentando la distribución y racionamiento del consumo y fijando los precios máximos, en forma que nada, o apenas nada, ha quedado para la decantada autonomía de las partes, productores y comerciantes, usuarios y consumidores (34).

El régimen de limitación y aún de incautación o expropiación de subsistencias se inició, desde la Ley de Subsistencias de 18 de febrero de 1915, sustituida por la de 11 de noviembre de 1916; cuya vigencia era por un año, a contar desde la fecha en que se dictó (art. 7.º de la Ley), habiéndose prorrogado hasta el año 1923.

Según dicha Ley de Subsistencias el Gobierno podía incautarse de cosas inmuebles, en interés público, para mejor distribución de la riqueza o evitar la carestía de la vida: barcos y fletes, cereales y combustibles, minas e instalaciones, fábricas de gas, material de ferrocarril, previa indemnización (arts. 1.º al 4.º).

Además, consideraba de utilidad pública, a los efectos de no infringir el artículo 10 de la Constitución, el poder expropiar los Ayuntamientos, previa aprobación del Gobierno, oída la Junta Provincial, las subsistencias y primeras materias, limitándose su incautación a lo necesario; consagrando, sin embargo, el princi-

(34) V. RENARD: *Notions très sommaires de Droit public français*, 1920, páginas 16 y ss. *Sur le revivament civil, le rationnement des consommateurs et les réquisitions civiles*. «Reveu de Droit public», 1916, págs. 247 y ss., 1917, págs. 320, 634 y ss.

pio de la propiedad privada al determinar el previo pago o consignación de indemnización (arts. 5.º y 6.º).

Si antes de nuestra guerra de liberación se reguló la producción, después se reguló la distribución del consumo, mediante el régimen de contingentación, con venta libre, o el consumo individual—que sustituyó al familiar propiamente dicho—, mediante el racionamiento, combinado casi siempre con la contingentación.

El ciudadano puede escoger el puesto de abastecimiento; pero sus dueños no pueden negarse a servirle, ni a reducir el racionamiento en interés de otros clientes, bajo sanciones económicas y clausura del establecimiento mercantil.

Lo primero se ha hecho con el régimen de carbón, de la leche, y, sobre todo, de la ganadería de abasto, en zona productiva, que debe exportar—las alibles se bastan al consumo—a las deficitarias que requieren la importación del producto de zonas superproductoras.

El régimen intervencionista español se acentúa después de nuestra guerra, que tantas cosas hubo que reponer, y con ocasión de la reciente conflagración mundial, en que tuvimos que surtir mercados exóticos, bélicos, organizándose la Comisaría de Abastecimientos por Ley de 24 de junio de 1941, y reglamentándose el 11 de julio siguiente.

La Orden ministerial de mayo de 1939, al establecer el sistema de racionamiento para distribuir lo más equitativamente posible nuestros mermados recursos entre la población, creó la cartilla familiar.

Pero el Decreto de 6 de abril de 1943, suprimió la cartilla familiar, implantando la cartilla individual, en la que figura adherida los bonos de racionamiento del productor de primera necesidad, que se arrancan por los suministradores, para distribuir las cantidades determinadas por las Delegaciones Provinciales de Abastos.

F) *Ejercicio de las profesiones liberales.*

No quiero terminar este escrito sin hacer hincapié en la regulación que afecta a las profesiones liberales, mediante la interven-

ción de los Colegios Oficiales, para el cobro de honorarios, como el de arquitectos, sujetos a tarifas (35) reducidas, tratándose de obras para la Administración (36), o en señalamiento de deberes y derechos y sanciones de tipo administrativo, como las prevenidas en el nuevo Estatuto de Abogados, de 20 de junio de 1946, en las cuales limita hasta cierto punto la libertad de contratar, en cuanto a la fijación de honorarios en interés del profesional, y otras veces del público, cercenando los abusos, en el artículo 37 en que dice:

«La retribución económica de los abogados se fijará en concepto de honorarios sin estar, por tanto, sometida al arancel. No obstante, los Colegios de Abogados y el Consejo General podrán publicar tarifas de orientación, de carácter mínimo o máximo para conocimiento de los colegiados. La publicación de estas tarifas no limitarán los derechos de los obligados al pago, de impugnar por indebidos o excesivos los honorarios ante el correspondiente órgano jurisdiccional, quien deberá oír previamente el informe del Colegio de Abogados.»

* * *

Como conclusión de este estudio, deducimos que el interés público unas veces, el interés social otras, de protección a las clases indotadas económicamente, cuando no por la envergadura de los negocios que hacen reglamentar los derechos y deberes de funcionamiento de empresas privadas, que ofrecen trabajo según lo reglamentado, limitándose el demandante de servicios a prestar su adhesión al oferente, en el denominado contrato de adhesión, ha inducido a limitar la autonomía de las partes, restringiendo la contratación mediante normas inspiradas en el Derecho público, o sobre las cuales se proyectan las luces del Derecho público, aunque por fuerza de la Historia y de las normas básicas de las relaciones

(35) V. Orden de 22 de febrero de 1932.

(36) Estatuto de los Colegios de 13 de junio de 1931. V. D. de 3 de abril de 1943 creando el Consejo Superior de Arquitectura.

jurídico-privadas, las cuales siguen en gran parte subsistentes, la competencia de jurisdicción es atribuida a los Tribunales ordinarios, o si es a los especiales, como los laborales, o los de Detasas, éstos se organizan independientemente de los contencioso-administrativos, los cuales no entienden en los litigios entre partes o en interpretación de las normas limitativas, aunque a veces se presuponga la intervención administrativa como en la prestación libre en los servicios de necesidad.

Estos servicios, por razones históricas o por que su instalación es suficientemente económica y no exige gran personal, aunque satisfacen necesidades públicas, no se dejan a la iniciativa de la Administración, ni tampoco son organizados por ésta, sino que los organizan los particulares sin concurrencia con la Administración, a veces concurriendo con la propia Administración, pero siempre intervenidos por la misma, denominándolos nosotros servicios de necesidad, pues siendo ya indispensables en el mundo civilizado, propiamente no pueden llamarse públicos, como los que organiza o concede la Administración. Ejemplo de los de necesidad: los abastecimientos de agua a las ciudades y villas, los suministros de energía eléctrica, las farmacias, los coche-taxis, para el transporte en la ciudad, etc. La Administración interviene en este servicio de transporte para garantizar la seguridad, la salubridad, y aun la economía del servicio; así en la circulación de taxis la Administración no sólo puede ocupar la observancia del Código de Circulación, que se lleve el carnet correspondiente de acondicionamiento del coche, y de condición para el personal, sino que vela también por la economía del servicio, aprobando las tarifas, que estarán a la vista del público, y a veces la Administración interviene por razones de ornato exigiendo cierta decencia en el conductor, u obligándole a llevar uniforme, o exigiendo que el coche lleve las iniciales de servicio público.

La misma finalidad que en los de transportes urbanos persigue la Administración (garantías de seguridad, salubridad y economía) en los otros servicios enunciados y otros más similares, con lo que el régimen de relaciones o contrataciones de las Empresas y los usuarios de aquéllas pese a estar prestados de ordinarios por

particulares, quedan sumamente cercenados; de donde se deduce que su regulación es más propia del Derecho administrativo, rama del Derecho público, que del Mercantil o del Civil, ramas del Derecho privado, aunque la jurisdicción contencioso-administrativa sea ajena a la polémica entre las partes privadas, en tanto no se trate de la actividad intervencionista de la propia Administración.

SABINO ALVAREZ-GENDIN

Catedrático de Derecho Administrativo,
del Cuerpo de Secretarios de la
Administración Local