

INFORMES Y DICTAMENES

CADUCIDAD DE CONCESIONES DE FERROCARRILES

351.81(094.9)

El dictamen que se transcribe a continuación ha sido extraído de la Recopilación de Doctrina Legal, del Consejo de Estado, correspondiente a 1966-67.

Antecedentes

1.º Por real decreto de 11 de septiembre de 1912 se otorgó la concesión del ferrocarril estratégico de San Fernando a Málaga con sujeción a la ley de Ferrocarriles Secundarios y Estratégicos, de 26 de marzo de 1908, y Reglamento para su ejecución. Por real orden de 27 de diciembre de 1912 se aprobó la transferencia efectuada por el primer concesionario, don J. N., a favor de la compañía X. Sendas órdenes ministeriales de 19 de enero y 23 de mayo de 1916 autorizaron la entrada en servicio de los tramos Málaga (San Julián)-Torre-

molinos y Torremolinos-Fuengirola. En 24 de diciembre de 1919 la entidad concesionaria solicitó prórroga del plazo fijado para la construcción de la línea. Con fecha 2 de marzo de 1920 le fue otorgada una prórroga de dos años, que finalizaba el 15 de diciembre de 1920.

2.º Por real orden de 2 de marzo de 1925 se declaró incursa en caducidad la concesión, por incumplimiento de los plazos de construcción, ordenándose la instrucción del oportuno expediente.

En el trámite de audiencia, la compañía concesionaria afirma que en octubre de 1925 había so-

licitado que se dividiera en dos trozos el ferrocarril de San Fernando a Málaga y que se limitara al trozo Málaga-Algeciras la concesión a su favor, ya que sólo disponía de medios económicos para construir uno de los trozos; alude a la facultad de rehabilitar las concesiones como función de Gobierno, que puede ejercitarse por propia iniciativa de éste, y concluye suplicando que no se declare la caducidad del ferrocarril concedido.

Por real orden de 13 de febrero de 1926 se suspendió la tramitación de la caducidad y se pasó el escrito de audiencia de la compañía concesionaria a informe del Consejo Superior de Ferrocarriles. De conformidad con el informe de este organismo, por real decreto-ley de 5 de marzo de 1926 se relevó a la compañía concesionaria de la construcción del trozo entre Algeciras y San Fernando, se le concedió un nuevo plazo de cuatro años para terminar las obras de la sección de Málaga a Algeciras y se le autorizó para estudiar y proponer la variación del trazado entre Fuengirola y Algeciras, aproximándolo a la costa cuando fuera posible.

3.º Tras una serie de negociaciones habidas entre la compañía concesionaria y los organismos administrativos competentes, un real decreto-ley de 23 de septiembre de 1928 vino a alterar la situación jurídica de la concesión al disponer, entre otros extremos, lo que sigue:

«Artículo 1.º Se da por renunciada la concesión con garantía de interés que disfruta la compañía

del ferrocarril Málaga-Algeciras-Cádiz, en la sección Málaga-Fuengirola, así como los derechos que le fueron reconocidos en el real decreto de 5 de marzo de 1926 respecto a la construcción de la sección de Fuengirola a Algeciras, la cual se realizará por cuenta del Estado como línea incluida en el plan preferente de ferrocarriles de urgente construcción, aprobado por real decreto-ley de 5 de marzo de 1926.

Art. 2.º La construcción de la sección de Fuengirola a Algeciras se adjudicará por concurso en la forma ordinaria, siendo el presupuesto de licitación el de contrata del proyecto aprobado, disminuido en un 16 por 100 del importe.

Art. 3.º En compensación a las renunciadas a que se refiere el artículo primero y a los gastos hechos para la formación del proyecto de la sección de Fuengirola a Algeciras, la compañía de Málaga-Algeciras-Cádiz podrá ejercitar el derecho de tanteo en el referido concurso y se le podrá conceder el de preferencia a que se refiere el apartado sexto de la base séptima del estatuto ferroviario para el arrendamiento de la explotación del ferrocarril del Estado de Málaga a Algeciras.

Art. 4.º Hasta tanto no se ponga en explotación la totalidad o parte de la sección de Fuengirola a Algeciras, la de Málaga a Fuengirola se seguirá explotando con arreglo a la concesión actual con garantía de interés.

Art. 6.º En el caso de que al Estado no le conviniese adjudicar la explotación a la compañía de Málaga-Algeciras-Cádiz o no hu-

biese acuerdo entre ésta y el Estado en las condiciones del arrendamiento, ... deberá dicha compañía someterse al rescate de la concesión de Málaga a Fuengirola.

Art. 7.º Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo preceptuado en este decreto-ley...»

En 23 de noviembre de 1928 fue convocado el concurso de adjudicación de las obras de la sección Fuengirola-Algeciras, que fue celebrado el 6 de febrero de 1929. La compañía interesada ejerció su derecho de tanteo. Mas, por orden ministerial de 16 de junio de 1931, adoptada de acuerdo con el Consejo de Ministros, conformándose con lo propuesto por la Dirección General, y teniendo en cuenta el informe del Consejo de Estado, se anuló el concurso celebrado para la construcción del ferrocarril de Fuengirola a Algeciras.

4.º Por haber anunciado la compañía concesionaria el cese de la explotación del ferrocarril de Málaga a Fuengirola, la resolución directiva de 29 de agosto de 1934 ordenó que, en caso de abandono y retirada de material de dicha explotación, procediera el comité de explotación de los ferrocarriles del Estado a su incautación y mantenimiento. El acta de la incautación, haciéndose cargo el Estado de la explotación de la línea, lleva fecha de 15 de septiembre de 1934.

5.º De conformidad con un informe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Obras Públicas de 6 de agosto de 1947 sobre el expediente de concesión del ferrocarril de San Fernando a Málaga, por orden ministerial de 11 de septiem-

bre de 1947 se declaró incurso en caducidad a dicha concesión y se ordenó instruir el oportuno expediente, en el que fuera oída la entidad concesionaria.

La sociedad concesionaria evauca el trámite de audiencia en 20 de febrero de 1948. En él expresa, entre otros extremos, que el real decreto de 5 de marzo de 1926 extinguió la concesión del ferrocarril de San Fernando a Málaga, apareciendo en su lugar una nueva concesión de Málaga, que, con posterioridad a la celebración del concurso para contratar las obras del ferrocarril Fuengirola-Algeciras, ejerció su derecho de tanteo en 27 de mayo de 1929; que, antes de resolver definitivamente este concurso, se produjo un cambio de criterio en la Administración ferroviaria, introduciéndose una política contraria a la construcción de nuevos ferrocarriles; que el ministro del ramo, deseando romper el vínculo jurídico creado por el concurso, hubo de pedir dictamen al Consejo de Estado sobre las reclamaciones que podría plantear la empresa que había ejercitado el derecho de tanteo; que con posterioridad a la orden ministerial de 24 de junio de 1932, que anuló el concurso antedicho, no se ha actuado por la Administración para cumplimentar lo dispuesto en el real decreto-ley de 23 de septiembre de 1928; que este incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado, continuando durante varios años, determinó que la compañía concesionaria elevase al Ministerio de Obras Públicas un escrito en 26 de febrero de 1934, en el que indicaba que, conforme al citado real decreto-ley, la com-

pañía no tenía obligación de seguir explotando el trozo Málaga-Fuengirola, porque esa situación se subordinaba como condición al hecho de que el Estado construyera mediante concurso, en todo o en parte, la sección Fuengirola-Algeciras y que, por ello, solicitaba que el Estado se hiciera cargo del trozo en explotación de San Julián a Fuengirola de la línea de Málaga a Algeciras, a reserva de cuantos derechos pudieran corresponderle; que, como la Administración no resolviera la petición citada, en un nuevo escrito de 25 de abril de 1934 la compañía concesionaria reiteró su petición por los motivos y con las reservas expresadas en el anterior escrito, insistiendo en que no tenía obligación de explotar, ni, por tanto, de soportar el déficit que esa explotación suponía; que el silencio de la Administración dio lugar a una nueva petición de la empresa, que determinó, en 15 de septiembre de 1934, la entrega de la línea al Estado; que lo dispuesto en el real decreto-ley de 23 de septiembre de 1928 no ha sido invalidado o anulado posteriormente, como hubiera podido hacerse ajustándose al decreto-ley de 24 de junio de 1931 o mediante la declaración de lesividad y correspondiente impugnación ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de cuatro años, notoriamente transcurrido desde el año 1931; que la entrega de la línea Málaga (San Julián)-Fuengirola fue motivada por incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones que había contraído y que, por lo tanto, no puede considerarse motivo de caducidad; que el cauce jurídico del problema

planteado por el ferrocarril Málaga-Fuengirola no está en los artículos de la ley de Ferrocarriles Secundarios y Estratégicos, sino en la ley de Ordenación Ferroviaria, de 24 de enero de 1941, que cambia fundamentalmente la situación general de los ferrocarriles; y que la aplicación al caso del criterio contenido en esta última ley traería como consecuencia el ofrecimiento a la compañía de Málaga-Algeciras-Cádiz de la explotación de la línea en determinadas condiciones económicas y, en caso de no aceptar este dicho ofrecimiento, la autorización del cierre o, de acordarse la continuidad de la explotación por el Estado, el rescate del ferrocarril, solución ésta conforme con lo previsto en la mencionada ley de Ordenación de 1941 (base 13) y en el artículo sexto del real decreto-ley de 23 de septiembre de 1928.

Remitido el expediente al Consejo de Obras Públicas para su informe, se acuerda procedente destimar los descargos alegados por la compañía concesionaria y la continuación del expediente de caducidad de la concesión incoada como consecuencia de la orden ministerial de 11 de septiembre de 1947.

6.º No obra en el expediente ninguna nueva actuación administrativa hasta el 5 de junio de 1964, en que la Inspección General de la Octava Demarcación eleva escrito a la Dirección General de Transportes Terrestres haciendo historia del asunto y proponiendo la continuación del procedimiento. En 7 de julio de 1964 la Dirección General de Transportes Terrestres

resolvió la procedencia de continuar la tramitación del expediente de caducidad de la primitiva concesión del ferrocarril de Málaga a San Fernando, reducida en la actualidad al tramo Málaga (San Julián) a Fuengirola. En cumplimiento de esta resolución, la Inspección General de la Octava Demarcación prosiguió la tramitación del expediente, procediéndose a la información pública determinada en el artículo 10 del Reglamento de 12 de agosto de 1912, ejecutivo de la ley de Ferrocarriles Secundarios y Estratégicos.

La Cámara Oficial Sindical Agraria, en 12 de agosto de 1964, señala que, por la importancia del servicio ferroviario sometido a información, no es conveniente a los intereses generales que dependa de una compañía particular que dejó de atender dicho servicio por falta de rentabilidad, ocasionando con ello un grave quebranto en los transportes de la zona. La Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Málaga, en 24 de agosto de 1964, informa que no le corresponde instruir dicha información, sino al Gobierno Civil de la provincia. Solicitado informe de la Diputación Provincial y transcurrido con exceso los plazos que la ley de Procedimiento Administrativo señala en el artículo 86, 2, se prosiguieron las actuaciones sin atender este informe.

Publicados los correspondientes anuncios y edictos, la compañía concesionaria compareció en el expediente en 9 de abril de 1965. En su escrito de audiencia, que se ratifica en todos los términos de su escrito de fecha 20 de febrero de

1948, con reserva expresa de todos sus derechos, tanto en cuanto a los problemas de fondo del asunto como sobre la impugnación de los defectos de forma que puedan apreciarse en la tramitación del expediente, de todo lo cual hará uso en el momento procesal oportuno.

7.º Los servicios competentes de la División de Explotación de la Dirección General, la Asesoría Jurídica del Ministerio y el Pleno del Consejo de Obras Públicas informan favorablemente la caducidad propuesta con arreglo a los artículos 7.º, 9.º y 10 de la ley de Ferrocarriles Secundarios y Estratégicos.

Consulta

La cuestión central que plantea el presente expediente consiste en determinar si la sanción de caducidad propuesta por los órganos instructores e informantes es o no procedente en Derecho. No obstante, advierte el Consejo de Estado la concurrencia en el caso de elementos negociales entre el Estado y la sociedad concesionaria ajenos a la relación jurídica concesional, cuya presencia suscita algún problema que, aunque no haya sido planteado en el expediente, debe también tenerse presente a la hora de resolverlo.

El consejo de Estado anticipa su criterio conforme a la caducidad propuesta y, en aras de la claridad de la exposición, examinará por separado uno y otro orden de temas.

A) LA CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN DEL FERROCARRIL DE MÁLAGA (SAN JULIÁN) A FUENGIROLA

1. La inicial concesión del ferrocarril estratégico de Málaga a San Fernando quedó recortada en dos ocasiones, según se expresa en antecedentes; el real decreto-ley de 5 de marzo de 1926 la redujo al tramo Málaga-Algeciras y el real decreto-ley de 23 de septiembre de 1928 al tramo Málaga-Fuengirola. Sucesivamente, el concesionario se vio así desligado de las obligaciones derivadas de la puesta en explotación y mantenimiento de los tramos cuya reducción tenía lugar. Cabría considerar estas operaciones como sucesivas novaciones de la concesión primitiva por alteración sustancial de su objeto y así lo hace la entidad interesada en sus escritos de audiencia con ocasión del presente expediente. Mas la institución novatoria que entraña la extinción previa de una relación jurídica y su sustitución inmediata por otra no explica suficientemente el *iter iuris* de la concesión que se analiza, ya que en ésta se mantuvo siempre vivo el vínculo que ligaba al concesionario con el Estado por virtud del tramo del ferrocarril Málaga-Fuengirola, en explotación normal desde antes de la primera reducción efectuada.

Lo que sucede es que la particularidad económica de este tipo de concesiones ferroviarias, cuya puesta en servicio puede irse haciendo por tramos separados, permitió mantener—pese a las reducciones del trayecto practicadas—la relación jurídica concesional inicialmente entablada por el Estado,

si bien la trama de derechos y obligaciones que la componía fue restringiendo correlativamente su proyección material. Los actos administrativos de reducción del trayecto, dictados por los reales decretos-leyes que se citan, tienen, pues, su marco propio en el clausulado de la concesión inicial, al que, en una u otra manera, vinieron a modificar, pero no a resolver.

En el primero de ellos la reducción (tramo Algeciras-San Fernando) se operó sin contraprestación por parte del Estado, ya que la concesión se hallaba incurso en caducidad y la medida tuvo un acusado matiz rehabilitatorio. En el segundo, la reducción (tramo Fuengirola-Algeciras) se instrumentó por la vía negocial de una cesión onerosa; ésta supuso, evidentemente, un traspaso patrimonial entre la sociedad concesionaria y el Estado (proyecto de la línea), núcleo de una nueva relación jurídica no coincidente con la estrictamente concesional y cuya dinámica jurídica interesa también—según se ha advertido—para la solución del expediente. Mas, por el momento, importa solamente reparar en las consecuencias de esta cesión (o «renuncia», según se dice en el real decreto-ley de 23 de septiembre de 1918) en el estatuto jurídico de la concesión subsistente.

2. La sociedad concesionaria sostiene en los escritos de audiencia evacuados que, con posterioridad al real decreto-ley de 23 de septiembre de 1928 la obligación a su cargo de explotar el tramo Málaga-Fuengirola quedaba subordinada a que el Estado «construyera mediante concurso, en todo

o en parte, la sección de Fuengirola a Algeciras», renunciada por ella. De ser cierta esta proposición, el abandono del servicio que tuvo lugar en 1934 no constituiría sino la réplica de la compañía concesionaria al previo incumplimiento administrativo, que se concretaría en la anulación del concurso convocado para adjudicar las obras en 1929 y en el cambio de criterio de la política ferroviaria. Mas una correcta interpretación del real decreto-ley de que se trata, realizada desde la perspectiva del mantenimiento de la relación concesional más atrás desarrollada no puede autorizar una conclusión semejante ni la proposición en la que se basa.

En efecto, la declaración que hace el artículo primero del real decreto-ley de que la construcción de la sección de Fuengirola a Algeciras «se realizará por cuenta del Estado como línea incluida en el plan preferente de ferrocarriles de urgente construcción aprobado por real decreto de 5 de marzo de 1926» no expresa, a juicio del Consejo de Estado, una obligación jurídica bilateral entre el Estado y la entidad concesionaria, sino una remisión a la actividad gestora de la Administración ferroviaria, sujeta por principio a su libre cancelación en cuanto se integra en un ámbito de competencia administrativa inderogable por actos singulares. Esa declaración no estableció la obligación concreta del Estado frente a la sociedad concesionaria de realizar dichas obras, de modo tal que el no realizarlas pudiera serle opuesto en el plano de las resoluciones jurídicas bilaterales, sino que remitió el caso

concreto a los criterios de la política ferroviaria del momento, cuyo mantenimiento o abandono eran de irrenunciable competencia administrativa. En otras palabras: el Estado no quedó obligado contractualmente a construir en todo caso y a todo evento el tramo renunciado por la compañía concesionaria, sino que expresó un *animus* coyuntural, fruto de las opciones de la política económica de aquel momento, y sujeto a la libre alteración en cuanto al fondo mismo de la voluntad manifiesta.

Que esta manifestación se realizara por medio de un acto del máximo rango normativo no obsta a la afirmación que se expresa, habida cuenta de la revisión posterior de la obra legislativa de la Dictadura, que rebajó al grado de los meros actos administrativos carentes de fuerza de ley a «los titulados reales decretos-leyes resolutorios de expedientes, concesiones, contratos o beneficios a personas determinadas, individuales o jurídicas» (artículo segundo del decreto-ley de 24 de junio de 1931). Los planes generales de obras ferroviarias del Estado no se vieron, pues, alterados por la declaración del real decreto-ley de 23 de septiembre de 1928, cuya naturaleza de acto particular no menoscabó la libertad administrativa de modificarlos o abandonarlos.

Por otra parte, atendiendo a la letra del propio real decreto-ley, resulta también fuera de lugar la pretensión de la compañía concesionaria. En la fecha de la promulgación del mismo, la concesión se componía de dos elementos económicos: uno, el tramo del ferrocarril Málaga-Fuengirola, en explota-

ción desde hacía doce años; otro, el tramo Fuengirola-Algeciras, que estaba sin construir. El real decreto-ley diferenciado expresamente estos dos elementos al dar por renunciados a uno y a otro (artículo 1.º). Esta diferenciación cobra toda su importancia para el caso al comprobar que el artículo 4.º de la disposición estableció un régimen transitorio previo a la consumación de la renuncia del primero de aquellos elementos y no la estableció para la del otro, que se produjo *ipso facto*, sin transición alguna. En los términos de este artículo 4.º se expresa, en efecto, que «hasta tanto no se ponga en explotación la totalidad o parte de la sección de Fuengirola a Algeciras, la de Málaga a Fuengirola se seguirá explotando con arreglo a la concesión actual con garantía de interés».

De este modo, aunque reducida en su extensión, se mantuvo, quedando incólume la trama de derechos y obligaciones recíprocos que constituyen la relación concesional, en especial el deber de explotación a cargo de la entidad concesionaria y la garantía de interés a cargo del Estado en los términos previstos por la legislación básica de este tipo de concesiones (ley de 26 de marzo de 1908 y reglamento de 12 de agosto de 1912); la eficacia de la renuncia de este primer elemento quedó, pues, diferida hasta un momento ulterior. En el interin la concesión subsistiría y en ella el estatuto jurídico del concesionario en cuanto tal concesionario, en el que el deber de explotación no se condicionaba a la construcción por parte del Estado de nuevos tramos de la línea.

3. No es preciso insistir en la idea de que la prestación «regular y continua» del servicio concedido es la primera y más importante obligación que pesa sobre todo concesionario de servicios públicos. La «falta de servicio» pone en marcha de inmediato el mecanismo represivo de la Administración. En los ferrocarriles secundarios y estratégicos la falta de explotación de la línea, de la manera determinada en los pliegos de condiciones de la concesión, se traduce en la caducidad de ésta, con pérdida de la fianza si no estuviera devuelta (artículo 7.º de la ley de 26 de marzo de 1908).

En el caso que ocupa al Consejo de Estado, el abandono de la explotación queda suficientemente acreditado, constando incluso los razonamientos de la sociedad concesionaria en justificación del mismo, según se ha expresado ya. Mas al no constituir el déficit de la explotación causa justificativa de abandono de ésta, y al no estar la prestación de servicio condicionada por elementos jurídicos exógenos a la relación concesional, hay que convenir que el citado abandono opera como causa plena de caducidad en los términos previstos por la legislación específica que regula este tipo de concesiones ferroviarias.

La tramitación del expediente de caducidad no ha podido menos de acusar su excepcional duración, aunque se han cumplido los formalismos exigidos por los artículos 7.º de la ley y 10 del reglamento, habiéndose dado también traslado del expediente a la entidad interesada en las dos ocasiones en que la impulsión instructora lo re-

quiera. El informe del Consejo de Estado cierra esta fase previa a la resolución del ministro de Obras Públicas. Mas no deja de resultar poco frecuente que la caducidad de una concesión cuya empresa fue abandonada en 1934 y ocupada seguidamente por el Estado haya de tardar más de treinta años en ser declarada, conociendo la Administración la causa del incumplimiento desde el momento en que se produjo. Es cierto que la potestad caducatoria que la Administración ostenta no se somete a plazo preclusivo en su ejercicio; mas la prolongación del régimen de pendencia de la concesión durante tantos años no dejará de dificultar, en su día, las tareas de valoración y liquidación de la empresa concesional ocupada que hayan de practicarse.

No es de aplicación al caso la base 13 de la ley de 24 de enero de 1941, de ordenación ferroviaria y del transporte, según pretende también la sociedad concesionaria, ya que su contenido no pasa de ser una habilitación legal para que la Administración ferroviaria pudiera adoptar determinadas medidas en orden al mejor mantenimiento de los servicios. Siendo facultativo para la Administración adoptar o no estas medidas (ley de autorizaciones), no se ve cómo podrían ser menoscabados los derechos de la sociedad interesada. Por otra parte, y esto es lo primordial, la citada ley de 1941 no vino a derogar ni a sustituir el régimen jurídico de las concesiones de ferrocarriles estratégicos establecido por la citada ley de 26 de marzo de 1908 y reglamento de 12 de agosto de 1912, de aplicación inme-

diata al caso, por cuanto su vigencia permanece en el ordenamiento.

4. Concluye así el Consejo de Estado el análisis de la primera de las partes en que ha dividido su dictamen, relativo a la propuesta de caducidad de la concesión de referencia. Por los razonamientos citados, el alto cuerpo consultivo expresa su conformidad con la propuesta del expediente y concluye en favor de la caducidad con pérdida de fianza de la concesión de ferrocarril estratégico de Málaga (San Julián) a Fuengirola.

B) LA ATRIBUCIÓN PATRIMONIAL DE LA COMPAÑÍA INTERESADA AL ESTADO REALIZADA EN VIRTUD DEL REAL DECRETO-LEY DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1928.

1. El real decreto-ley de 23 de septiembre de 1928, según se ha advertido, mantuvo la relación concesional cuya caducidad es objeto del presente expediente, diferenciando la efectividad de su renuncia. Pero, simultáneamente, operó un negocio oneroso entre el Estado y la sociedad concesionaria: la renuncia por parte de ésta del tramo concedido Fuengirola-Algeciras, aún sin construir, incluyendo la cesión de un proyecto de la línea, a cambio de un derecho de tanteo sobre la construcción de las obras. Los efectos jurídicos de este negocio, a la luz de los acontecimientos, importa sean determinados a los efectos del presente expediente.

Los artículos 3.º y 6.º del real decreto-ley otorgaron a la entidad interesada un derecho de tanteo en el concurso de construcción de

las obras del tramo renunciado y una preferencia en el arrendamiento de la línea Málaga-Algeciras de carácter alternativo con el rescate de la concesión subsistente. Según se deduce de la exposición de motivos de la disposición, la finalidad que con ello se perseguía era doble: de una parte, la construcción efectiva del tramo del ferrocarril Fuengirola - Algeciras, que la compañía concesionaria no había construido hasta entonces por causa de dificultades económicas; la otra, la explotación total de la línea en una sola mano, ya fuera privada (por medio de arriendo), ya pública (por vía de rescate). Para lograr esta finalidad el Estado precisaba libertad de acción respecto al tramo no construido y seguridad de que en el momento oportuno, la concesión del tramo en explotación quedaría extinguida. Por su parte, la sociedad concesionaria se aseguraba un derecho de tanteo en la construcción de las obras y una preferencia eventual sobre la explotación total de la línea, que, en su caso, se traduciría en el rescate de la concesión subsistente.

En la economía interna de este negocio se aprecia una reciprocidad de prestaciones bien definida, aunque no figure expresada como tal en el real decreto-ley que las sanciona: el derecho de tanteo que otorga el Estado se refiere a la cesión del proyecto del tramo renunciado, que servirá de base del concurso para su construcción; la preferencia de arriendo o el eventual rescate se dirigen, en cambio, a la renuncia de la concesión subsistente cuando ésta tuviera lugar. El Estado logró de in-

mediato la libertad de acción respecto al tramo Fuengirola-Algeciras, así como la disposición del proyecto de la línea, por lo que el derecho de tanteo cobró también efectividad inmediata. En cambio, la preferencia en el arrendamiento o el rescate de la concesión quedaron diferidos hasta el momento de la puesta en servicio de la totalidad o parte de la sección de Fuengirola a Algeciras, término resolutorio de la concesión misma, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.º del real decreto-ley, según se ha examinado.

No hubo lugar a la aplicación de este término final, porque el abandono del concesionario produjo la incautación oficial de la empresa; por tanto, la preferencia en el arriendo de la línea y, eventualmente, el rescate, por ser correlativos al vencimiento del término, no suscitan problemas en el caso. Mas no sucedió lo mismo con el derecho de tanteo, que se contraía económicamente a la cesión efectiva de un proyecto preexistente. A juicio del Consejo del Estado, la imposibilidad de ejercicio sobrevenida a este derecho de tanteo entraña para la Administración una obligación de resarcimiento de los gastos hechos para la formación del proyecto.

2. En efecto, así como las manifestaciones del real decreto-ley que se analiza de que el Estado construiría por concurso el tramo renunciado no significaban una obligación exigible en el plano de las relaciones jurídicas bilaterales, el derecho de tanteo otorgado a la entidad contratante sobre el referido concurso revestía, en cambio,

un privilegio jurídico de un valor económico individualizado. Cualquiera que fuese la suerte de la relación concesional subsistente —caducidad, rescate o sustitución por una nueva relación de arriendo—, el derecho de tanteo significaba una posibilidad económica independiente y de tracto diferenciado. De este modo, el cambio de política ferroviaria, que en sí mismo no entrañaba responsabilidad alguna del Estado frente al concesionario en cuanto tal, privó, en cambio, a éste de la posibilidad de hacer efectivo el tanteo de que gozaba al margen de la relación concesional.

El Estado, que mantenía su imperio sobre la convocatoria del concurso de las obras y sobre la apreciación de las propuestas de los eventuales concursantes, quedaba obligado por el tanteo concedido en los siguientes términos: en caso de adjudicar las obras, no podía desconocer el derecho de la beneficiada por aquél sin incurrir en responsabilidad frente a ella; por el contrario, en caso de abandonar la idea de construirlas, el acreedor tendría derecho al restablecimiento del equilibrio financiero de su contrato.

3. Los hechos acaecidos han puesto al contrato frente a esta segunda situación. Celebrado un primer concurso, la Administración ferroviaria no se decidió a aceptar ninguna de las ofertas. Consultado el Consejo de Estado sobre la responsabilidad en que incurriría la Administración caso de no adjudicar las obras, este alto cuerpo consultivo dictaminó: «Que la Administración puede resolver

el concurso celebrado declarándolo desierto, sin que contra esta decisión puedan suscitarse reclamaciones fundadas, bien entendido que si ahora aceptara alguna proposición o anunciara nuevo concurso y la compañía de Málaga-Algeciras-Cádiz ejercitara el derecho de tanteo que se le ha reconocido, deberá adjudicarse la obra a esa entidad.»

En la ocasión, el dictamen del Consejo de Estado se concretó al examen de la situación concreta sin entrar en análisis del supuesto —que entonces no era previsible— de que el concurso no fuera convocado de nuevo en lo sucesivo. Mas el tiempo ha confirmado la inactividad administrativa en este orden de cosas —inactividad legítima, según se expresa—, pero que no ha podido menos de repercutir en el contrato que ahora se estudia.

Se está, en definitiva, ante un caso típico de lo que la doctrina denomina «hecho de la Administración» o *factum principis*, según el cual una conducta administrativa general (en el caso presente el abandono de una determinada política ferroviaria) adoptada dentro del marco de sus potestades, incide de modo directo en una situación obligacional preestablecida, de la que es parte la propia Administración pública. Es principio generalmente admitido que cuando, como sucede en la presente ocasión, el ejercicio de las prerrogativas administrativas —que se ordenan en un plano superior al de las relaciones bilaterales— hace imposible la ejecución de un contrato en que la propia Administración es parte, asiste al perju-

dicado un derecho de restitución económica. La Administración no puede limitar o interferir el ejercicio de sus potestades por la vía de negocios particulares, por la razón evidente de que éstas son irrenunciables (artículo 4.º de la vigente ley de Procedimiento Administrativo), pero tampoco puede impunemente reducir el estatuto jurídico de quienes con ella contratan a una mera situación aleatoria de resultado económico incierto.

En el caso que examina el Consejo de Estado, el principio general de que a nadie es lícito enriquecerse injustamente a costa de otro despliega su virtualidad en sentido compensatorio al *factum* administrativo. El desplazamiento patrimonial operado entre la Sociedad interesada y el Estado careció de justificación desde el momento en que éste alteró sus planes ferroviarios (decadencia de la causa *negotii*). Pero, habiéndose producido ya la cesión patrimonial, surge una obligación a cargo de la Administración contratante dirigida a realizar la prestación que elimine el enriquecimiento. Esta obligación consiste en la *restitutio in integrum* de la cosa cedida (art. 1.895 del Código Civil), o cuando, como es el caso, la restitución es legal o físicamente imposible, en la satisfacción de su equivalente económico.

4. A estos efectos se hace preciso considerar el contenido económico del desplazamiento patrimonial realizado efectivamente entre la Compañía del Ferrocarril de Málaga-Algeciras-Cádiz y el Estado.

El artículo 1.º del Real Decreto-ley de 23 de septiembre de 1928 alude a este contenido fijándolo en «los derechos que le fueron reconocidos en el Real Decreto-ley de 5 de marzo de 1926 respecto a la construcción de la sección de Fuengirola-Algeciras».

Este Real Decreto-ley de 5 de marzo de 1926 autorizó a la Compañía concesionaria, según se expresa en los antecedentes, a estudiar y proponer la variación del trazado entre Fuengirola y Algeciras, aproximándolo a la costa, «con la obligación de dejar terminadas las obras en el plazo de cuatro años» (art. 1.º). En virtud de dicha autorización, la Compañía presentó el proyecto de nuevo trazado por la costa, y ofreció al Estado—a causa de las dificultades económicas por las que atravesaba—que se hiciera cargo de la construcción de la línea sobre la base de dicho proyecto, adjudicándole las obras directamente a ella, con la baja del 16 por 100 del presupuesto de contrata presentado por ella misma. Todos estos extremos constan en la exposición de motivos del Real Decreto-ley de 1928.

La aceptación de esta oferta, en los términos reflejados en el texto de este Real Decreto-ley, significó, pues, una actitud administrativa de benevolencia y colaboración con la entidad concesionaria, que, en otro caso, hubiera visto incurrir nuevamente a su concesión en caducidad por incumplimiento, ya que las dificultades económicas por las que atravesaba no le hubieran permitido construir la línea en el plazo que a tal fin le fue otorgado. A esta

situación responde el siguiente párrafo de la citada exposición de motivos:

«Manifestó dicha Compañía, en nueva instancia fechada en 25 de mayo próximo pasado, que, no habiendo podido llegar a una inteligencia con el grupo financiero que apoyaba sus gestiones..., se había desligado de él, y que, habiendo hecho nuevo estudio desde el punto de vista de sus posibilidades económicas, se permitía proponer una nueva solución, fundada, en parte, en la circunstancia de hallarse incluida la línea de Málaga a Algeciras entre las que habrían de construirse directamente por el Estado.»

En definitiva, los derechos sobre la sección de Fuengirola a Algeciras, a que alude el artículo 1.º del Real Decreto-ley de 23 de septiembre de 1928, significaban correlativamente unas obligaciones de cumplimiento difícil, si no imposible, por parte de la Sociedad concesionaria. Esta precaria situación le impulsó a la renuncia de los mismos, que, de no haber sido aceptada, hubiera entrañado la caducidad de la concesión en su totalidad.

Ahora bien, dentro del ámbito de las obligaciones asumidas por la Compañía concesionaria en virtud del Real Decreto-ley de 1926, una parte de las mismas (la confección del proyecto de nuevo tramo) había sido cumplida. El artículo 3.º del Real Decreto-ley de 1928 alude expresamente a «los gastos hechos para la formación del proyecto de la sección Fuengirola-Algeciras»; del proyecto

que fue objeto de cesión al Estado, en los términos que se han analizado. Si los derechos a construir el tramo eran decadentes y fueron abiertamente renunciados por su titular, dada la imposibilidad económica de ejercitarlos, en cambio, el proyecto de la línea era un bien valorable de cuya cesión la Administración resultó beneficiada y la cedente desfavorecida. Los «gastos hechos» aludidos en el Real Decreto-ley de 1928 entrañan una efectiva disminución patrimonial para la Sociedad cedente y un correlativo incremento patrimonial, también efectivo, para la Administración cesionaria. La efectividad económica de esta atribución patrimonial es patente, a juicio del Consejo de Estado, y a compensar esos gastos debe dirigirse la prestación administrativa preconizada en este dictamen.

5. Se hace preciso, pues, tener presente la cuantía de dichos gastos e indemnizar con la cifra resultante a la entidad cedente del proyecto.

Frente a la petición de la Sociedad concesionaria de que se le ofrezca de nuevo la explotación de la línea y, en su caso, que se proceda a su rescate, entiende, en definitiva, el Consejo de Estado, que las obligaciones administrativas resultantes del negocio jurídico surgido del Real Decreto-ley de 23 de septiembre de 1928 se cancelarían resarciendo a la Compañía del Ferrocarril Málaga-Algeciras-Cádiz de los gastos efectuados para la confección del proyecto de la línea Fuengirola-Algeciras, cedido al Estado.

En méritos de cuanto queda ex-

puesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

1.º Que procede declarar la caducidad, con pérdida de la fianza, de la concesión del ferrocarril estratégico de Málaga a San Fernando, reducida en la actualidad al tramo Málaga (San Julián)-Fuengirola

2.º Que procede el abono a la entidad concesionaria de los gastos efectuados para la confección del proyecto de la sección Fuengirola-Algeciras, cedido al Estado con ocasión del Real Decreto-ley de 23 de septiembre de 1928.

(Dict. 16 de diciembre de 1966. Exp. núm. 34.685.)

LUIS MORELL OCAÑA