

## INFORMES Y DICTAMENES

351.712 (46)

*Doctrina del Consejo de Estado sobre la caducidad de concesiones administrativas. Los dictámenes seleccionados se refieren a dos supuestos concretos: caducidad por incumplimiento y caducidad en concesión a precario. Resulta especialmente interesante este último supuesto, aunque el alto Cuerpo consultivo se refiere en el dictamen a estas «concesiones» unas veces con esta denominación y otras con la de simple «autorización», sin solucionar las discusiones doctrinales al respecto, que, incluso, se extienden a poner en duda la vigencia de este instituto de la caducidad o resolución en las llamadas «concesiones a precario», que aquí se contemplan.*

### I. Caducidad por incumplimiento: Fianza provisional

*En las concesiones a que se refiere la legislación de puertos, la fianza provisional—como, en general, en todo tipo de concesiones—tiene el carácter de arras penitenciales y no de arras confirmatorias o penales, por lo que su pérdida ha de ser consecuencia de la voluntad del peticionario y no de la Administración, o por causas ajenas al deseo de aquél.*

#### ANTECEDENTES

Se deducen del dictamen.

#### CONSULTA

El artículo 76 del Reglamento de Puertos, de 19 de enero de 1928, expresa que:

«Si el interesado, durante la tramitación del expediente o después de haber obtenido la concesión, pero antes de terminar las obras, renunciara a aquélla y desistiere de terminar éstas, perderá la fianza provisional, que quedará a beneficio del Estado.»

La correcta interpretación de esta regla depende en buena medida de lo que se entienda qué sea la fianza provisional. Si por

fianza provisional se entiende una cantidad que garantiza que el interesado sostendrá su oferta a todo evento y circunstancia, la regla del artículo 76 será de aplicación ciega y literal; si, en cambio, se entiende que la fianza provisional se constituye en garantía de una posible culpa, *in contrahendo* del interesado, la sanción establecida en este artículo requerirá, antes de hacerse efectiva, una valoración de la conducta *in contrahendo* del peticionario de la concesión.

No es ocioso, por tanto, detenerse en la consideración de este problema.

Es reiterada la doctrina de este Alto Cuerpo consultivo de que las fianzas provisionales, exigidas en el Derecho de contratos y concesiones administrativas, tienen, por regla general, carácter de arras penitenciales, al modo y manera que las establece para la compraventa el artículo 1.454 del Código Civil. Entre las distintas funciones que el pacto arral puede desempeñar, la de penitencia responde a la doble finalidad de tasar las consecuencias económicas del desistimiento de una de las partes y de garantizar la seriedad de las convenciones compromisorias. Es doctrina comúnmente admitida que en el contrato o precontrato en el que median arras penitenciales las partes conservan su facultad de desistir mediante el abandono de las arras pactadas. En la técnica de las concesiones administrativas, y desde luego en las concesiones de dominio público, las arras penitenciales son prestadas por el peticionario, ya que es su *pollicitatio* la que gene-

ra el negocio concesional (principio de concesión rogada); de este modo, a la solicitud del interesado suele ir ligada la obligación del depósito de arras (fianza provisional), que, por un lado, limitan su responsabilidad en caso de desistimiento sin anuencia administrativa y, por otro, le estimulan a mantener la oferta bajo la amenaza de su pérdida.

La naturaleza penitencial y no confirmatoria de las fianzas provisionales se pone de relieve al observar que, por lo común, al adjudicarse definitivamente la concesión, aquellas fianzas quedan sustituidas por las definitivas (artículo 75 del Reglamento de Puertos), con lo cual se evidencia que las primeras no forman parte del precio (arras confirmatorias), sino que vienen establecidas en garantía y compensación de la facultad del solicitante de desistir unilateralmente. Por otra parte, al quedar limitados al importe de la fianza provisional los efectos económicos del arrepentimiento, se hace visible también la diferencia que existe entre aquella y la cláusula penal, compulsiva del cumplimiento de los contratos (arras penales), que puede emparejarse a la responsabilidad ordinaria por incumplimiento o demora (artículos 1.152 y 1.153 del Código Civil, sentencias del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1946 y 22 de febrero de 1949).

Lógicamente, la naturaleza penitencial propia de la fianza provisional implica que su pérdida ha de ir ligada al ejercicio del *ius poenitendi* o facultad de arrepentimiento del interesado en la concesión, de modo tal que si el desistimiento no es resultado de un

acto volitivo de éste, sino de una circunstancia sobrevenida independiente de su voluntad, no cabe predicar aquella pérdida. El importe de la fianza provisional permite a la Administración resarcirse del derecho de retractación del particular solicitante, unilateralmente ejercitado y en contra del interés administrativo; mas se requiere que la acción de desistimiento sea típica, esto es, ejercida por causas imputables al interesado, que busca de este modo su propia conveniencia (cfr. artículo 120 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, y artículo 347 de su Reglamento, de 28 de diciembre de 1967). Por el contrario, cuando el abandono del negocio administrativo no obedece al interés del particular, sino a causas ajenas al mismo o a indicaciones y propuestas formales de la Administración destinataria de la oferta, la fianza provisional no queda a beneficio de ésta, ya que no ha mediado arrepentimiento de la parte, sino exculpación o simple conformidad al mejor criterio público.

En definitiva, de las dos posibles interpretaciones del artículo 78 del Reglamento de Puertos, que más arriba quedan apuntadas, el Consejo de Estado se inclina decididamente en favor de la segunda. La pérdida de la fianza provisional mencionada en este artículo no es el obligado correlato de toda situación en que el peticionario abandone su oferta, sino la contrapartida económica de su derecho de separación. Antes de decretar dicha pérdida, se hace necesario, por lo tanto, valorar la conducta del peticionario para descubrir si se está ante un desistimiento típico,

unilateral y sin exculpación, o si, por el contrario, el abandono del negocio se debe a razones que pueden liberar de la pérdida de las arras depositadas.

(Dict. 6 de junio de 1968. Exp. número 35.910.)

## II. Concesión a precario: Caducidad en general

*La causa de caducidad prevista en el artículo 47 de la Ley de Puertos exige que se acredite la declaración de utilidad pública de la obra del Estado que origina la caducidad, lo que resulta globalmente justificado cuando se trata de realizar obras de carreteras incluidas en el Plan general correspondiente.*

### ANTECEDENTES

Se deducen del dictamen.

### CONSULTA

El fundamento alegado por la Administración para declarar la caducidad de la autorización se refiere al artículo 47 de la Ley de Puertos, según el cual, «en el caso de que hubieran de ejecutarse en un puerto por el Estado... obras declaradas de utilidad pública y para realizarlas fuera preciso utilizar o destruir las construidas por particulares, en virtud de concesiones que les hubieran sido otorgadas, sólo tendrán derecho los concesionarios a ser indemnizados del valor material de dichas obras, previa tasación pericial, ejecutada conforme a las prescripciones del Reglamento para la ejecución de la Ley».

La procedencia de declarar la caducidad de la autorización a que se refiere el expediente resulta, pues, condicionada a la previa existencia de una obra del Estado declarada de utilidad pública, según el precepto que acaba de transcribirse. De ahí, por tanto, que la procedencia de tal declaración exija que se acredite el carácter de obra de utilidad pública de que, en su caso, goce la proyectada obra de la carretera, por cuya virtud debe procederse a la demolición de la construcción efectuada a cubierto de la autorización en cuestión. Tal y como se ha acreditado en el presente expediente, la obra de la carretera menciona-

da forma parte del vigente Plan de Carreteras Red Azul. Esa inclusión de la obra en el vigente Plan de Carreteras, aprobado por la Ley 90/1961, de 23 de diciembre, lleva implícita la declaración de utilidad pública de la misma, conforme a lo previsto en el número segundo del artículo 114 de la Ley General de Obras Públicas, según el cual se exceptúan de la declaración de utilidad pública concreta «las obras comprendidas en los Planes generales» de obras públicas, a los que se refiere el artículo 20 de la misma Ley.

(Dict. 25 de enero de 1968. Exp. número 35.775.)