Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº **144/2015**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 25 de mayo de 2015, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Fomento, Obras Públicas y Ordenación del Territorio (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 16 de marzo de 2015, sobre Revisión de oficio de la Orden de 19 de mayo de 2014, de designación a --, como gestor aeroportuario (expte. **115/15**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 23 de diciembre de 2014, y a propuesta del Consejero de Fomento, Obras Públicas y Ordenación del Territorio, el Consejo de Gobierno acordó iniciar el procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la Orden de tal Consejería de 19 de mayo de 2014, por la que se designa a -- como gestor aeroportuario del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia.

Previamente, el 22 de diciembre de 2014 el Servicio Jurídico de la misma Consejería emitió informe en el que señalaba que la Orden de 19 de mayo de 2014 podría adolecer de nulidad de pleno derecho dado que, de conformidad a lo dispuesto en el Real Decreto 862/2009, es necesario que el gestor aeroportuario designado ostente título jurídico (Art. 14.1 d), y en el presente caso, en razón a que la Orden del Sr. Consejero de Obras Públicas de 13 de septiembre de 2013 resuelve el contrato concesional, es evidente que falta el requisito esencial para que se designase correcta y legalmente a la -- (--) gestor aeroportuario. Por Orden del mismo Consejero de 1 de enero de 2015 se nombró instructora del procedimiento, dando audiencia simultáneamente a -- y a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA).

SEGUNDO.- En el procedimiento de revisión de oficio se han practicado las siguientes actuaciones:

1) Escrito de alegaciones de -- de 28 de enero de 2015, en el que concluye que no se aprecia causa de nulidad, y solicita que así se declare, según los siguientes argumentos: a) En primer lugar, considera improcedente el procedimiento instado negando que exista vicio de nulidad y concluyendo que estamos en presencia de lo que denomina una "expropiación virtual", por la que se priva a un particular de derechos de los que es legítimo titular en su condición de gestor aeroportuario, rebasándose así los límites que para la revisión de oficio establece el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) e incurriendo en mala fe; b) se alude a un contexto de judicialización de las relaciones entre la Comunidad Autónoma y -- en el que ésta ha llegado a interponer hasta nueve recursos

contenciosos, con diversas actuaciones judiciales cautelares de suspensión, expresión en su criterio, de la sinrazón de la Administración concedente; se introdujo, según dice, un factor de racionalidad a partir de enero de 2014, para buscar una solución consensuada a las controversias y eliminar las situaciones de pendencia procesal; c) indica que el contrato de concesión se encontraba en lo que denomina proceso de rehabilitación, condición de la que, según apunta, pendía la posibilidad de que la Comunidad Autónoma se liberase de las consecuencias de la ejecución bancaria del aval que había prestado a la entonces concesionaria; d) para conseguir esas soluciones consensuadas era preciso legitimar plenamente la actuación de la sociedad concesionaria ante AESA, lo que se lograba con lo que denomina "la confirmación expresa" de la condición de gestor aeroportuario que se le había conferido a la concesionaria por Orden de 23 de julio de 2009; e) alega también que la Orden de resolución del contrato está suspendida, por lo que, según razona, la concesión no se ha extinguido, al afirmar respecto al procedimiento dirigido a ello y a la Orden del Consejero de septiembre de 2013, que una declaración unilateral de resolución anticipada por parte de la Administración concedente no determina la extinción automática de aquél, de forma que deje de producir efectos de manera inmediata; f) la condición de gestor aeroportuario, dice --, no está ligada a la condición de concesionario; g) la revocación de la condición de gestor aeroportuario es contraria al interés público, e incurre en desviación de poder y arbitrariedad; h) -- incurrió en gastos que ahora se ignoran.

2) La Agencia Estatal de Seguridad Aérea no presenta alegaciones, lo que comunica por oficio de 30 de enero de 2015.

3) El 19 de enero de 2015 informó el Ingeniero Aeronáutico de la Dirección General de Transportes, Costas y Puertos, sobre la situación actual y futura de la certificación del aeropuerto. Como antecedentes destaca que ya el pliego de técnicas que acompañaba al contrato de concesión del aeropuerto, firmado en el año 2007, preveía en la cláusula 8 lo siguiente: "(...) el Concesionario deberá elaborar la documentación necesaria (Manual de aeródromo, Sistema de Gestión de Seguridad) para la Certificación del aeródromo, definición de los requisitos de infraestructuras para la citada Certificación por parte de la Dirección General de Aviación Civil, según Real Decreto del Ministerio de Fomento".

En el año 2009 se publicó el RD 862/2009, de 14 de mayo, que desarrolló las obligaciones de los gestores aeroportuarios en materia de seguridad operacional y estableció el Reglamento de certificación de aeropuertos, si bien no hay que olvidar que estas obligaciones, sin el desarrollo actual, ya estaban establecidas desde la publicación de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de seguridad aérea, en su artículo 40.

A la vista del RD 862/2009, el 23 de julio de 2009 se designó como gestor aeroportuario del AIRM (Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia) a la -- (--). Asumiendo estas obligaciones la -- solicitó a la AESA, el 10 de noviembre de 2011, el inicio del procedimiento de certificación del aeropuerto. Desde finales de 2011 hasta julio de 2013 la AESA y la -- estuvieron trabajando en dicho proceso.

El 19 de mayo de 2014 se volvió a designar a la -- como gestor aeroportuario del AIRM, y como tal el 20 de mayo de 2014 solicitó a la AESA iniciar un nuevo proceso de certificación.

Como resultado de este nuevo proceso de certificación la AESA ha otorgado, con fecha de resolución de 18 de diciembre de 2014, a la -- el certificado de aeropuerto, como gestor del AIRM.

Tal documento certifica la aptitud tanto de la infraestructura como de su gestor, destacando las siguientes

condiciones:

- El certificado no es transferible y permanecerá en vigor hasta el 18 de diciembre de 2017, sin perjuicio de su modificación, suspensión, limitación o revocación, según lo establecido en el artículo 19 del RD 862/2009.

- La validez del certificado de aeropuerto otorgado, está sujeta a la ejecución de todas aquellas actuaciones incluidas en el plan de implantación aceptado por AESA (plan para la implantación de los procedimientos del Manual del Aeropuerto) cuya fecha límite de ejecución sea anterior a la Puesta en Funcionamiento del Aeropuerto.

Informa también de un nuevo marco normativo a partir del l de enero de 2015, constituido por el Reglamento (UE) nº 139/2014 de la Comisión, de 12 de febrero de 2014, por el que se establecen los requisitos y procedimientos administrativos relativos a las aeródromos, de conformidad con el Reglamento (CE) nº 216/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, y, respecto a un nuevo gestor aeroportuario, considera, en concordancia con técnicos de AESA, que con la documentación que acredita la aptitud del gestor aeroportuario (Manual de Aeropuerto) habría de partirse desde el principio, ya que se trata de información ligada a la empresa y a los vínculos con otras empresas y proveedores de servicios.

4) El 11 de febrero de 2015 emitió informe el Jefe de Servicio Jurídico de la Consejería consultante. Comienza señalando que la ausencia de título no es un asunto baladí, y que la Orden objeto del procedimiento es un supuesto de lo que administrativamente se denomina invalidez, es decir, un acto que no vale y que no debe ser protegido por el Derecho, para diferenciarlo de aquellos otros supuestos en los que aun existiendo ilegalidades éstas son en realidad meras irregularidades que carecen del llamado efecto invalidante, y como el vicio es insubsanable, entonces no existe otra salida que la eliminación de dicha Orden del ordenamiento jurídico. Tal conclusión deriva del RD 862/2009, de 14 de mayo, cuya literalidad no deja lugar a dudas: para ser gestor aeroportuario es condición *sine qua non* tener un título jurídico, ya que su artículo 14, apartado e), dice literalmente que deberá aportarse "el título jurídico en virtud del cual el titular del aeropuerto designa al solicitante como gestor del aeropuerto, indicando las normas o reglamentos de referencia y su período de designación", por lo que es indubitado que existe un vicio de legalidad que resulta de la simple contrastación entre esta exigencia y la situación del contrato concesional en aquel momento, tratándose de un vicio grueso, si se permite la expresión, producto de un desajuste estructural entre la norma y el acto que el Derecho no debe proteger.

Merece también comentario la idea de rehabilitación de concesiones que ha estado latiendo en toda la argumentación de --, de la que afirma que es un salto muy arriesgado extender esa posibilidad, exclusiva de las concesiones de dominio, para resucitar un contrato administrativo concesional declarado resuelto en un procedimiento formal por la Administración concedente.

5) El 16 de febrero emitió informe propuesta la instructora. Sobre la causa de nulidad del artículo 62.1,f) LPAC señala que según el artículo 2 del RD 862/2009, de 14 de mayo, por el que se aprueban las normas técnicas de diseño y operación de aeródromos de uso público y se regula la certificación de los aeropuertos de competencia del Estado, el gestor del aeropuerto es la persona física o jurídica designada por el titular del aeropuerto y que cumple los requisitos para el ejercicio de las obligaciones que se determinan en el artículo 40 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

Por su parte, el artículo 14 del citado Real Decreto establece que el procedimiento de certificación se iniciará

mediante solicitud dirigida a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, en la que deberá constar, entre otra documentación, "el título jurídico en virtud del cual el titular del aeropuerto designa al solicitante como gestor del aeropuerto, indicando las normas o reglamentos de referencia y su periodo de designación".

Conforme con lo establecido, y puesto que la Comunidad Autónoma es la titular de la infraestructura aeroportuaria, por medio de la Orden del Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, de fecha 23 de julio de 2009, se procedió a la designación de la "--" como Gestor Aeroportuario del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia, a efectos de lo previsto en el citado RD 862/2009.

Por medio de la Orden del Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio de 16 de septiembre de 2013 se procedió a resolver el Contrato de Concesión Administrativa para la Construcción y Explotación del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia. No obstante, y pese a que el contrato había sido resuelto, a través de la Orden de 19 de mayo de 2014 se procedió nuevamente a designar a la "--" Gestor Aeroportuario del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia.

Es por ello que el Consejo de Gobierno, por medio del Acuerdo de 23 de diciembre de 2014 resuelve iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la Orden de 19 de mayo de 2014, al considerar que podría adolecer de nulidad de pleno derecho, de acuerdo con el artículo 62.1,f) LPAC, ya que la "--" carece de título jurídico válido para ser designada gestor aeroportuario, lo que supondría adquirir facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

En cuanto a la apreciación de los límites a las facultades de revisión previstas en el artículo 106 LPAC, el informe tiene en cuenta la doctrina del Consejo Jurídico de la Región de Murcia expresada en el Dictamen 302/2013, entre otros, que recoge lo señalado por el Consejo Consultivo de Andalucía en el Dictamen 245/2010, según la cual dicho artículo 106 no es una norma interpretativa para restringir la apreciación de las causas de nulidad, sino una norma dirigida a limitar una potestad administrativa conectada con las causas de nulidad, es decir, que el precepto parte de la base de que la causa de nulidad es inequívoca, pero sus efectos pueden ser atemperados. De ahí la referencia a la ponderación de las circunstancias concretas, y a estándares abstractos como la buena fe o la equidad, típicos de un sistema que atempere las consecuencias rigurosas en la aplicación de la ley cuando concurran motivos suficientes. Además, el artículo 106 exige también una interpretación mesurada, pues en caso contrario acabaría convirtiéndose en un portillo de escape de las consecuencias de la nulidad.

Continúa el informe manifestando que el significado institucional del precepto en cuestión lo aclara el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de enero de 2006 (entre otras que participan de la misma fundamentación) al indicar que la *"revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta no pueda ser alterada en el futuro".*

La única manera de compatibilizar estos derechos, precisa la referida sentencia, es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos y, en este plano, dada su redacción parece evidente que la decisión última de la aplicación o no del articulo 106 dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego.

Por tanto, analizadas, además de la citada STS de 17 de enero de 2006 otras muchas (incluida la STS de 23 de

octubre de 2000, alegada por la propia "--" en su escrito de fecha 28 de enero de 2015), se concluye que lo que pretende el artículo 106 LPAC es que situaciones consolidadas no resulten afectadas por el transcurso del tiempo, sin que haya mediado culpa de los afectados.

La citada STS de 23 de octubre de 2000 invocada por la ex sociedad concesionaria señala expresamente que la acción de nulidad es improcedente cuando por el tiempo transcurrido su ejercicio resulte contrario a la equidad o al derecho de los particulares. Esta sentencia afirma también que la seguridad jurídica exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia. Ello no quiere decir que la acción de nulidad no pueda ejercitarse contra los actos firmes de la Administración. Puede promoverse contra actos firmes, pero su ejercicio es improcedente cuando con ello se vulneran las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto a los derechos de los particulares. Teniendo en cuenta lo expuesto, entiende que no concurre circunstancia alguna para aplicar los límites previstos en el artículo 106 LPAC a las facultades de la revisión de oficio.

Por último, el informe resume las alegaciones de -- en el trámite de audiencia, y los argumentos del Servicio Jurídico de la Consejería para su no consideración, concluyendo finalmente en proponer que por el Consejero de Fomento, Obras Públicas y Ordenación del Territorio se eleve a Consejo de Gobierno Propuesta de declaración de nulidad de la Orden de 19 de mayo de 2014 por la que se designa a la "--" como Gestor Aeroportuario del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia, por ser un acto nulo de pleno derecho al tratarse de un acto contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición, de acuerdo con el artículo 62.1,f) LPAC.

TERCERO.- La propuesta al Consejo de Gobierno fue formulada el 17 de febrero de 2015, en el sentido de declarar la nulidad de la Orden en cuestión por la causa establecida en el artículo 62.1,f) LPAC, por considerar que la atribución de las facultades de gestor aeroportuario a -- carece de requisitos esenciales.

CUARTO.- La propuesta fue informada por la Dirección de los Servicios Jurídicos el 5 de marzo de 2015. Se da cumplida respuesta a las alegaciones de -- y observa, en cuanto al procedimiento seguido, que, después del trámite de audiencia y una vez formuladas alegaciones por --, se emite un informe por el Servicio Jurídico de la Consejería de Fomento, Obras Públicas y Ordenación del Territorio. Aunque el artículo 102 de la LPAC no prevé expresamente la realización de un trámite de audiencia, el mismo resulta exigido con carácter general en virtud del artículo 84 de la misma Ley, a tenor del cual la audiencia ha de producirse una vez instruido el expediente e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución. A la luz de este precepto parece que la emisión del informe citado con posterioridad a la presentación de alegaciones por -- requeriría de una nueva audiencia a los interesados. Ahora bien, dado que el mencionado informe del Servicio Jurídico no introduce elementos nuevos en el expediente, sino que se limita a dar respuesta a las alegaciones de --, no cabe entender que la omisión de dicha audiencia origine una indefensión material a la mercantil interesada. A ello hay que añadir que la garantía de los derechos de los interesados se ve reforzada por la preceptividad del dictamen del Consejo Jurídico en base a la autonomía e independencia de dicho órgano consultivo, sin perjuicio de que, si la Consejería considera oportuno extremar el garantismo del procedimiento al haber sido éste iniciado a iniciativa de la propia Administración y no a solicitud del interesado, acuerde conceder a este último un nuevo trámite de audiencia previo a la remisión del expediente al Consejo Jurídico.

En cuanto al fondo del asunto destaca que la designación como gestor aeroportuario requiere la previa existencia de un título jurídico; que, en el presente caso, dicho título jurídico estaba constituido por la concesión administrativa del AIRM; y que tal concesión ha sido resuelta, sin perjuicio de la suspensión de algún efecto

concreto y determinado de dicha suspensión. Precisamente por eso, AESA solicitó a la Comunidad Autónoma que aclarara la situación administrativa en que se encontraba el aeropuerto en relación con la definición de la figura de gestor aeroportuario, tal y como señala el informe del Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante de 11 de febrero de 2015. Y por la misma razón, -- solicitó, ya en mayo de 2014, que la Administración regional efectuara los trámites oportunos que permitieran a aquélla instar ante AESA la obtención de la certificación. Si la concesión administrativa, y por ende la designación original, hubieran seguido vigentes, ambas actuaciones resultarían superfluas e innecesarias.

Se pregunta el informe si la Orden objeto de revisión invoca algún título jurídico que fundamente la nueva designación de -- como gestor aeroportuario. En este sentido, la Orden alude al "marco jurídico derivado del Acuerdo de Consejo de Gobierno de 14 de febrero de 2014". Ciertamente, el citado Acuerdo, aunque no se refiere a la vigencia de la concesión o de la designación como gestor aeroportuario, pone de manifiesto el propósito de la Comunidad Autónoma y -- de "pactar un acuerdo que ponga fin al proceso", denotando así la existencia de negociaciones encaminadas a conseguir la apertura del aeropuerto. Ahora bien, la existencia de negociaciones no puede constituir título jurídico alguno, pues nada garantiza (como, de hecho así ha ocurrido), que tales negociaciones alcancen un resultado satisfactorio. Recuerda que el Consejo de Gobierno, constatando el fracaso de las referidas negociaciones, las dio por finalizadas mediante Acuerdo de 23 de diciembre de 2014 y dejó sin efecto su anterior Acuerdo de 14 de febrero de 2014. Únicamente si ese acuerdo negociado se hubiera logrado, traduciéndose en los actos administrativos que fueran precisos para instrumentarlo, entonces hubiera sido el momento adecuado para realizar una nueva designación amparada, a su vez, en el título jurídico constituido por la relación que se hubiera establecido nuevamente con --, pero la repetida Orden de 19 de mayo 2014 se anticipó a dicho momento, designando como gestor aeroportuario a quien, en ese instante, no ostentaba título jurídico (concesional o de otro tipo) para serlo, pues la concesión, se insiste, estaba resuelta y no se había articulado ningún negocio jurídico entre la Comunidad Autónoma y --.

De ahí concluye, por tanto, que la Orden de 19 de mayo de 2014, en cuanto designa como gestor aeroportuario a -- sin que exista un título jurídico suficiente, incurre en la causa de nulidad de pleno derecho del art. 62.1,f) de la Ley LPAC.

Y en este estado, unidos al expediente administrativo el índice de documentos y el extracto de secretaría, se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, con suspensión del procedimiento a los efectos del artículo 42.5.c) LPAC mediante Orden de 13 de marzo, comunicada a -- el 16 de marzo siguiente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo y habilitante, de conformidad con lo establecido en el artículo 102 LPAC en relación con el 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al versar sobre una propuesta de resolución formulada por la Administración regional para la declaración de la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo.

SEGUNDA.- Procedimiento.

La LPAC regula en el Título VII, capítulo I, la revisión de actos en vía administrativa y, en concreto, el artículo 102 prevé la declaración de nulidad de pleno derecho de los mismos en los supuestos previstos en el artículo 62.1 LPAC. La revisión de oficio objeto de consulta se ha incoado por iniciativa propia de la Administración, como permite el artículo 102.1 LPAC, y consta en el expediente la cumplimentación de los trámites esenciales de este tipo de procedimientos, pues se ha dado audiencia a la interesada, se han recabado los informes preceptivos, singularmente el de la Dirección de los Servicios Jurídicos, el del Servicio Jurídico de la Consejería y el presente Dictamen, y se ha formulado propuesta de resolución.

En cuanto a la audiencia a --, este Consejo se remite a la consideración que sobre ello hizo la Dirección de los Servicios Jurídicos en su informe de 5 de marzo de 2015.

El órgano competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos es el Consejo de Gobierno, de acuerdo con el artículo 16.1,g) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración regional.

Iniciado el procedimiento el 23 de diciembre de 2014, y ordenada la suspensión del plazo máximo para resolver el día 12 de marzo de 2015 (registrado el oficio de remisión a la interesada el siguiente día 13 de iguales mes y año), a la recepción del presente Dictamen podrá la Consejería reanudar el plazo hasta completar los tres meses previstos en el ya mencionado artículo 102 LPAC.

Encontrándonos en presencia de actos firmes, invocada una posible causa de nulidad y, a la vista de que tal acción es imprescriptible, procede dictaminar el fondo del asunto.

TERCERA.- Sobre el estado del procedimiento de resolución del contrato y sus incidencias ulteriores.

Con carácter previo a entrar en la consideración de la concurrencia de la causa de nulidad esgrimida, y a la vista de las alegaciones de -- y de algunas afirmaciones que se hacen en el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 14 de febrero de 2014, parece necesario examinar brevemente cuál es la situación jurídica del contrato de concesión de obra pública denominado "Concesión Administrativa para la Construcción y Explotación del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia", adjudicado por Orden del Consejero de Obras Públicas de 23 de abril de 2007, previa autorización concedida por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 26 de mayo de 2006, siendo el concesionario el Consorcio --, que posteriormente se constituyó en sociedad concesionaria y adoptó el nombre de "--".

Dicho contrato fue resuelto por Orden del Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio de 16 de septiembre de 2013, por las causas contempladas en el artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y en concreto los apartados e), demora en el cumplimiento de los plazos, y g) renuncia unilateral a la ejecución del contrato, esta

última causa también incluida en el artículo 264, apartado j) del ya citado texto legal, y se encuentra estrechamente relacionada con la cláusula 48 del Pliego de Cláusulas Administrativas, causas todas ellas imputables a la --. Dicha resolución fue precedida del expediente legal y reglamentariamente exigido en el que el Consejo de Gobierno autorizó la resolución, previo Dictamen de este Consejo Jurídico (número 231/13) que finalizó con las conclusiones siguientes:

"Primera.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a consulta, en tanto que propone la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la concesionaria de la obligación de poner el aeropuerto en funcionamiento abriéndolo al tráfico dentro de los plazos contratados, y también por renuncia unilateral de dicha concesionaria a la ejecución del contrato, igualmente imputable a ella, conforme a lo expresado en la Consideración Cuarta, II y III.

Segunda.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a consulta en cuanto a la incautación de la garantía definitiva, de conformidad con el artículo 266.4 TRLCAP, si bien la determinación del saldo resultante del contrato ha de efectuarse mediante un procedimiento "ad hoc" con audiencia de la interesada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 113 RCAP.

Tercera.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a consulta en cuanto a la iniciación, en su caso, y con instrucción de expediente contradictorio, de un procedimiento para resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia por la resolución del contrato, si se acreditase que se han producido los mismos en cuantía superior a la garantía definitiva, de conformidad con el artículo 266.4 TRLCAP".

Según consta en el expediente remitido, dicha Orden fue impugnada dando lugar al recurso contencioso-administrativo que, con el número de autos 601/2013 de procedimiento ordinario, se tramita ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJRM, la cual, mediante Auto de 21 de octubre de 2013, resolvió la pieza separada de medidas cautelares acordando lo siguiente:

"Suspender la ejecución de la Orden impugnada en el presente recurso contencioso administrativo en los siguientes términos: 1) No procede la entrega inmediata de las instalaciones de1 Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia, sin perjuicio de que por la Administración se lleven a cabo las actuaciones que estime pertinentes para la adjudicación del contrato para la explotación de dicho aeropuerto, y sin perjuicio también de lo que pueda acordarse por esta Sala si dichos trámites finalizan mediante la correspondiente adjudicación antes de dictarse sentencia firme o de que finalice el presente procedimiento por cualquier otra causa. 2) La medida cautelar se condiciona a que por la entidad mercantil recurrente se mantengan las instalaciones aeroportuarias existentes en debido estado de conservación y mantenimiento, a cuyo efecto se otorga facultad a la Administración demandada para llevar a cabo su inventario a través del personal técnico que designe así como el control y vigilancia periódica del estado de las instalaciones, debiendo programarse y planificarse dichas actuaciones de común acuerdo entre ambas partes y con intervención, asimismo, del personal técnico designado por la recurrente".

Según el artículo 57.1 LPAC *"los actos de la Administración serán válidos y producirán efecto desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa"*. Como es sabido, el acto administrativo se perfecciona cuando en su producción concurren todos los elementos esenciales, lo que lleva consigo que se le atribuya presunción de validez, también llamada "presunción de legalidad", o "presunción de legitimidad" (la actividad de la Administración se ajusta por principio a Derecho), reservándose el término "ejecutividad", generalmente, para

identificarlo con el de ejecutoriedad, acción de oficio o privilegio de decisión ejecutoria, esto es, la potestad de la Administración para llevar a efecto el mandato que el acto incorpora, ejecutándolo (art. 95 LPAC).

Es decir, -- lo que hace mediante el contencioso citado es atacar la presunción de validez del acto de resolución del contrato al mismo tiempo que trata de evitar la producción de sus efectos (como se expresa en la STS 2364/2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de seis de Junio de dos mil catorce), lo que sólo consigue respecto a la entrega de las instalaciones. Ello tiene como consecuencia necesaria que, en todo lo demás, el acto impugnado sigue manteniendo su presunción de validez y desplegando sus efectos, en especial el efecto principal, que es la resolución del contrato, la ruptura del vínculo, que desaparece.

Mediante acto aparte y distinto al de resolución del contrato, que puede ser sucesivo o simultáneo, se determinan los efectos que derivan de tal resolución, según dispone el artículo 151 TRLCAP y el 225.6 TRLCSP, cuando condiciona la adjudicación de un nuevo contrato con el mismo objeto a su resolución, y no a su liquidación. Así lo entiende también el propio auto que establece la medida cautelar, en el que afirma que la suspensión de efectos del acto en cuanto a la entrega de las instalaciones es *"sin perjuicio de que la Administración demandada pueda iniciar las actuaciones que considere oportunas tendentes a la adjudicación de una concesión para su explotación"* (FD Décimo), ya que *"lo único que aquí se suspende es la liquidación del contrato, es decir, los efectos derivados de su resolución, como ya se ha razonado, y concretamente la entrega de las instalaciones. Por tanto, es compatible esa permanencia de la situación actual, tal y como está en este momento, con las gestiones y actuaciones administrativas necesarias para la adjudicación, en su caso, de la concesión a un nuevo contratista"* (FD Noveno).

CUARTA.- Sobre el acto a revisar y la causa de nulidad invocada.

I. El acto objeto de revisión de oficio para su declaración de nulidad es la Orden de la Consejería consultante de 19 de mayo de 2014, por la que se designa a la -- como gestor aeroportuario del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia, a petición de ésta expresada de esta manera: *"que efectúe* (la Comunidad Autónoma) *los trámites oportunos que permitan a la Concesionaria instar ante las autoridades estatales que resulten competentes, y especialmente ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, los trámites necesarios para obtener la oportuna certificación y cuantos requisitos sean legamente necesarios para la puesta en servicio del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia".*

La designación se realiza en los siguientes términos:

"(...)

En el marco jurídico derivado del Acuerdo de Consejo de Gobierno de 14 de febrero de 2014, es necesario proceder a una nueva designación de Gestor Aeroportuario, para el Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia.

Vistas las facultades atribuidas por el artículo 16m) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Región de Murcia, al titular de la competencia.

DISPONGO

Designar a la --, Gestor Aeroportuario del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia, a los efectos de lo prevenido en el R.D. 862/2009, de 14 de mayo, por el que se aprueban las normas técnicas de diseño y operación de aeródromos de uso público y se regula la certificación de los aeropuertos de competencia del Estado, así como del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 21/2003, de .7 de julio, de Seguridad Aérea. El periodo de designación de la --, como Gestor Aeroportuario, se extenderá a todo el tiempo necesario para la obtención de la certificación necesaria para la apertura al tráfico de la infraestructura aeroportuaria, así como las relativas al Control de Torre y CNS, conforme a la legislación vigente".

Según lo hasta aquí expuesto, en el momento de dictarse la Orden anterior ya no existía relación contractual entre -- y la Administración regional, quedando pendientes únicamente las operaciones de liquidación del mismo, suspendidas por el Auto ya citado.

II. La causa que ahora se examina es la del artículo 62.1,f) LPAC, según el cual son nulos de pleno derecho los actos administrativos expresos o presuntos *"contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición"*. A efectos metodológicos, el estudio de esta causa de nulidad requiere examinar que el acto objeto de revisión es, primeramente, un acto por el que el interesado adquiere facultades o derechos; en segundo lugar, que el acto se ha dictado con una infracción del ordenamiento; y, en tercer lugar, la esencialidad del requisito del que se carece para adquirir tal derecho o facultad. Será necesario examinar la normativa que da cobertura al acto, la cual será el parámetro de su legalidad.

1. Resultan indubitados los dos primeros requisitos, ya que es evidente que mediante el acto objeto de revisión -- adquiere legitimación ante AESA para la tramitación del procedimiento de certificación del Aeropuerto, facultad de la que carecía, y con esa finalidad insta su emisión; además, el acto infringe directamente el ordenamiento jurídico, por cuanto es contrario, en primer lugar, al Real Decreto 862/2009, según cuyo artículo 14.1,d) es necesario que el gestor aeroportuario designado ostente título jurídico, careciendo -- del alegado al haber dejado de ser concesionaria; y no puede la propia Orden objeto de revisión servir de título jurídico para ello porque, como el mismo precepto citado claramente expresa, el título jurídico debe ser anterior a la condición de gestor aeroportuario y habilitante de la misma.

Por otra parte, existe una interrelación necesaria normativamente entre la condición de concesionario y de gestor aeroportuario. Como resulta de la normativa vigente (y así se dijo en el Dictamen 231/2013), el modelo actual de gestión aeroportuaria propiciado por el nuevo marco regulatorio ha supuesto también la emergencia de la figura del gestor aeroportuario, que tiene sus antecedentes en la regulación realizada en otros ordenamientos de nuestro entorno que, como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 13/2010, se han decantado por configurar a los mismos con un enfoque más empresarial, acudiendo a fórmulas societarias, y situándolos plenamente en el ámbito del Derecho mercantil. En el nuevo modelo de gestión del sector aeroportuario se distingue entre la gestión de la navegación aérea y la gestión de los servicios aeroportuarios, distinción que no era normativamente expresa con anterioridad en la medida en que la gestión de todo el sector estaba reservada al Estado, con excepciones incipientes como la propiciada por el Aeropuerto Internacional de Murcia. Sin embargo, tras las reformas organizativas del citado Real Decreto-Ley, se encomienda la gestión de los servicios aeroportuarios a una sociedad mercantil estatal ("--"), separándose de la misma la gestión de los servicios de navegación aérea, los cuales, sin embargo, quedan repercutidos a aquélla, o a sus concesionarios, por medio de la Disposición adicional quinta de la Ley 9/2010.

Tal era el sentido de las prestaciones comprometidas mediante el contrato de concesión de obra pública del aeropuerto de la Región de Murcia, en el que la Administración autonómica, en cuanto titular del aeropuerto, encarga al concesionario la totalidad de los servicios que normativamente le corresponden, bien para su gestión inmediata por el contratista, bien para su coordinación con las restantes administraciones públicas, como expresaba la cláusula 8 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

Según el artículo 40 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, las obligaciones de los gestores de aeropuertos coinciden con las de explotación del aeropuerto a que se refiere el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en relación a la antigua regulación, conclusión a la que también llegó el artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 13/2010, que atribuye la condición de gestores aeroportuarios a los concesionarios de servicios aeroportuarios, de lo que resulta finalmente que, para poder mantener la relación concesional con la nueva regulación, era imprescindible atribuir formalmente al concesionario el estatus que materialmente le correspondía con arreglo a ella, siendo corolario de ello la adecuación al ordenamiento de la Orden del Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio de 23 de julio de 2009 por la que se designó gestor aeroportuario a la concesionaria, ya que ambas condiciones habían quedado normativamente unidas.

De ahí que la condición de gestor aeroportuario precise el título jurídico previo de concesionario, de lo que resulta que la Orden objeto de revisión es contraria a las normas citadas.

2. De lo expuesto resultan por conexión otras infracciones del ordenamiento jurídico imputables a la Orden objeto de revisión, ya que si la misma implica prestaciones contractuales (y con el carácter de órgano de contratación es dictada al aludir al artículo 16,m) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Regional), tiene por efecto la adjudicación de un contrato, y éste, sea cual sea su naturaleza, y en virtud de la doctrina de los actos separables, ha de adjudicarse por los trámites del procedimiento establecido en el TRLCSP, los cuales no consta que se hayan cumplido, significando ello que tal infracción del ordenamiento jurídico sea calificable de nulidad de pleno derecho, por la relación de los artículos 32,a) TRLCSP y 62.1,e), LPAC (actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido).

III. Como resulta de la redacción del artículo 62.1,f) LPAC, esta causa de nulidad tiene su clave interpretativa en la determinación de cuáles son los requisitos esenciales del acto, cuestión ésta que es conveniente examinar caso por caso, como ya ha manifestado repetidamente este Consejo Jurídico en sus Dictámenes (por todos, Dictámenes 200/2002 y 24/2003).

Con carácter general debe decirse que para determinar el alcance y sentido de lo que haya de entenderse por presupuesto o requisito "esencial" a estos efectos, el Dictamen de este Consejo Jurídico número 200/2002, de 30 de octubre, siguiendo la línea doctrinal del Consejo de Estado, ante la falta, entonces, de jurisprudencia del Tribunal Supremo, expresó que el citado Órgano Consultivo entiende que, a estos efectos es esencial *"lo que verdaderamente es inherente, estructural del acto"* (Dictamen de 25 de marzo de 1999). Y ahondando en su exégesis, afirma que *"la noción de requisitos esenciales para la adquisición de derechos o facultades a que se refiere el precepto legal incluye, de una parte, los presupuestos de los actos y, de otra los requisitos de los actos. Presupuestos son las circunstancias de orden fáctico o jurídico que, siendo independientes, anteriores y externos al acto mismo, deben concurrir para que también sea posible y eficaz. Sin los presupuestos legales, el acto carece de sustento y fundamento de razón de ser, precisamente por faltar aquéllos"* (Dictamen de 4 de noviembre de 1999).

Conforme a ello, lo decisivo en la interpretación del artículo 62.1,f) LPAC es la trascendencia del presupuesto o requisito, fáctico o jurídico, exigido por la norma sectorial aplicable, lo que exigirá realizar un "juicio de relevancia" del mismo, tomando como elementos de dicho juicio el contexto jurídico en el que el acto se enmarca y atendiendo a la finalidad del requisito en cuestión y su incidencia en la finalidad del acto en sí. Ello requerirá poner en relación la trascendencia de la carencia del requisito con el fin público perseguido con su exigencia.

Desde este enunciado general, la idea se ha concretado de manera más precisa en el examen de asuntos en particular. Así, podría decirse que el carácter esencial de estos requisitos puede coincidir con los presupuestos de hecho que deben concurrir en los sujetos para la adquisición de un derecho (Dictamen 3/1999), o, también, con los presupuestos básicos e indispensables para adquirir el derecho en cuestión (Dictamen 10/2002); igualmente puede concurrir tal esencialidad si se incumple el fin de la norma que rige al acto sujeto a revisión (Dictamen 40/2007), o en caso de que el sujeto interviniente carezca de la naturaleza jurídica necesaria (Dictamen 114/2004), o, en fin, si quien debe ser titular del derecho de propiedad no lo es (Dictamen 167/2005). Que haya de tratarse del incumplimiento de un requisito esencial para la adquisición de derechos o facultades excluye que sea admisible su aplicación en caso de incumplimiento de cualquier requisito, aunque sea exigible para la validez del acto.

Siendo cierto que la apreciación de las causas de nulidad exige especial ponderación e interpretación estricta para evitar alterar la regla del Derecho Administrativo que prescribe que lo general es la anulabilidad y lo excepcional la nulidad de los actos, de ello no se extrae que pueda afirmarse tajantemente que todas las infracciones a las que se refiere el artículo 62 LPAC hayan de ser manifiestas, pues el precepto unas veces emplea dicho adjetivo (número 1, letra b) y otras el término "esenciales" (número 1, letras e) y f). Ello supone, pues, que cuando la LPAC introduce la nueva causa de nulidad relativa a la carencia de "requisitos esenciales", pone el acento en la importancia del vicio y no en su facilidad de apreciación, aun cuando lo habitual sea que lo uno vaya seguido de lo otro; pero puede concurrir perfectamente una infracción grave, que afecte a los requisitos esenciales del acto, y no ser manifiesta porque obligue a realizar un proceso indagatorio de mayor o menor dificultad. Debe insistirse, pues, en que lo decisivo en la interpretación del artículo 62.1,f) LPAC es la trascendencia del presupuesto o requisito, fáctico o jurídico, exigido por la norma sectorial aplicable, atendiendo a la finalidad del requisito en cuestión y su incidencia en la finalidad del acto en sí. Ello requerirá poner en relación la trascendencia de la carencia del requisito con el fin público perseguido con su exigencia (Dictamen 200/2002).

Este criterio coincide en su planteamiento básico con el que habitualmente se puede apreciar hoy en la jurisprudencia del TS; así, por ejemplo, en la Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de octubre de 2010, se dice lo siguiente: "Como señalamos en la Sentencia de 23 de noviembre de 2008 [debe querer decir, 26 de noviembre], recurso de casación número 1998 /2006, para apreciar el vicio al que se refiere la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 , no basta con que se denuncie una vulneración objetiva de las normas reglamentarias aplicables (...); se requiere, precisamente, atribuir al titular del derecho o de la facultad la carencia de un requisito esencial. Y, dada la cautela con la que debe afrontarse la revisión de oficio (que, por dirigirse contra actos ya firmes, perturba en cierto modo la seguridad jurídica y la posición de quien resultó beneficiado por el acto contra el que nadie interpuso un recurso temporáneo), no es posible interpretar, en el sentido que lo hace la recurrente, el concepto de "requisito esencial" para la adquisición del derecho o de la facultad. No todos los requisitos necesarios para ser titular de un derecho pueden reputarse "esenciales": tan sólo los más significativos y directa e indisociablemente ligados a la naturaleza misma de aquél. En otro caso, se propiciaría la desvirtuación de este motivo extraordinario de invalidez absoluta, que vendría a parificarse en la práctica con los motivos de anulabilidad".

Trasladando este planteamiento a la Orden objeto de revisión y su interrelación con el ordenamiento jurídico descrito, resulta que la designación como gestor aeroportuario requiere la previa existencia de un título jurídico que, en el caso dictaminado, es inexistente, ya que la concesión, que era el título anterior, fue resuelta en septiembre de 2013; y sin que se haya constituido otro título sustitutivo. La inexistencia de título jurídico contradice

esencialmente la normativa sectorial antes citada, que hace descansar el estatus jurídico del gestor en un título que le permita el desarrollo de funciones que son esenciales para la operatividad, seguridad, protección y explotación en general de la infraestructura aeroportuaria (art. 40 Ley 21/2003, de 7 julio, de Seguridad Aérea). El examen de la existencia de tal título previo es una suerte de condición previa relativa a la validez del acto de designación que ha de ser examinada por la Administración. Del expediente resulta no que -- ostente un título distinto a la concesión que le permita ser gestor aeroportuario, sino que carece completamente de título, de lo que se concluye así la esencialidad reclamada por el precepto.

QUINTA.- Los límites a la revisión de oficio.

Conforme al art. 106 LPAC, *"las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".* El precepto encarna en su conjunto un clásico correctivo de equidad a la aplicación del Derecho estricto en una materia que, como la revisión, tanto afecta a la seguridad jurídica de tal forma que, como ha destacado la doctrina más autorizada, es un instrumento que permite modular en ciertos casos las consecuencias inherentes al ejercicio de las facultades revisoras y una ratificación general del carácter restrictivo con que dicho ejercicio debe contemplarse; un temperamento, en definitiva, de los rigores propios de la revocación, que se corresponde, por otra parte, con la imprescindible limitación de los efectos típicos de la nulidad que se impone en ocasiones a resultas de la concurrencia de otros principios jurídicos de obligada referencia, siendo compartibles en este punto los argumentos y apoyos doctrinales y jurisprudenciales de la propuesta objeto de dictamen.

No se trata, por tanto, de instaurar una válvula de escape en la disciplina de la nulidad, sino, como también se ha dicho por la doctrina, de impedir que la misma se convierta en un instrumento más lesivo que la afrenta a la legalidad que trata de restañar, y parece evidente que la decisión última sobre la procedencia o no de la aplicación del artículo 106 dependerá del caso concreto y de los bienes jurídicos en juego (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de febrero de 2012).

Y en el asunto consultado no se aprecia que concurran circunstancias que permitan su aplicación, sino todo lo contrario. Lo que la seguridad jurídica demanda es, precisamente, atendiendo a la extinción del contrato de concesión y a la carencia de título de --, la revisión de la Orden que ha creado una apariencia de derecho carente de sustrato y cuya puesta en práctica distorsiona ante terceros la realidad jurídica y material del Aeropuerto en cuanto servicio público, ya que la Comunidad Autónoma extinguió la concesión de -- y las posibles actuaciones de ésta en cuanto a la certificación están en gran parte destinadas a la inutilidad (informe de 19 de enero de 2015 del Ingeniero Aeronáutico).

Tampoco puede presumirse la buena fe de la interesada, la cual no sólo no desconoce las anteriores circunstancias, sino que siendo consciente de las mismas ha sido parte activa en la creación de la situación contraria al ordenamiento mediante la solicitud a la que se alude en la propia parte expositiva de la Orden revisada, y en la medida en que conoce la extinción de la concesión, el alcance de la misma y los efectos de su impugnación en sede contenciosa.

Ni se advierte de qué manera unas facultades adquiridas por -- sin título alguno pueden operar como límite al legítimo ejercicio de la potestad administrativa de revisión.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de acuerdo al Consejo de Gobierno para declarar nula de pleno derecho la Orden del Consejero de Fomento, Obras Públicas y Ordenación del Territorio de 19 de mayo de 2014, por la que se designa a la --, como gestor aeroportuario del Aeropuerto Internacional de la Región de Murcia, por estar incursa en las causas de nulidad del artículo 62.1, letras e) y f) LPAC.

No obstante, V.E. resolverá.