

Expediente Núm. 204/2019  
Dictamen Núm. 259/2019

**V O C A L E S :**

*García García, Dorinda*  
Presidenta en Funciones  
*González Cachero, María Isabel*  
*Iglesias Fernández, Jesús Enrique*  
*Menéndez Sebastián, Eva María*

Secretario General:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 7 de noviembre de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. Se ausenta doña Begoña Sesma Sánchez en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, y en los artículos 14 y 30 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo. Formularon voto particular, que se adjunta como anexo, la Consejera doña Eva María Menéndez Sebastián y el Consejero don Jesús Enrique Iglesias Fernández:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 16 de agosto de 2019 -registrada de entrada el día 22 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión

de oficio del Acuerdo del Pleno de 12 de septiembre de 2007, por el que se autorizó prorrogar el plazo de la concesión del suelo municipal destinado a una residencia geriátrica.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** En sesión extraordinaria celebrada el 11 de abril de 2019, el Pleno del Ayuntamiento de Gozón acuerda, por mayoría simple, iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la Alcaldía de 6 de febrero de 2006, el Acuerdo del Pleno de 12 de septiembre de 2007 y la Resolución de la Alcaldía de 17 de octubre de 2007.

En la propuesta elevada al Pleno se especifica el contenido de dichos actos y se indica que “pueden ser nulos de pleno derecho” según “se refleja en el informe” de la Sindicatura de Cuentas emitido en relación con dicho expediente.

En virtud del primero de ellos se autorizó “la transmisión de la concesión” correspondiente al “expediente de concesión demanial para construcción de área residencial-asistencial de la Tercera Edad” en la localidad de Luanco. Por lo que se refiere a la causa de nulidad, se señala que “la posición actual del explotador del servicio” adolece de vicio de nulidad, pues “se formalizó el contrato sin haber resultado adjudicatario y sin cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa contractual para la cesión del contrato”, ya que esta “ni fue autorizada por el Pleno ni había comenzado la ejecución” del mismo, por lo que esa “cesión no era posible”. Se reseña, al respecto, que “el informe de la Sindicatura de Cuentas” advierte de que “la verdadera naturaleza contractual de dicho negocio debió adecuarse a la fórmula jurídica de una concesión de servicio público, cuya cesión exigía que el cedente tuviese ejecutado al menos un 20 % del contrato y que hubiese sido autorizada por el órgano de contratación, que es el Pleno, extremos ambos

que no se cumplieron". Se añade a continuación que, "atendiendo a la fórmula jurídica que se dio a este negocio como concesión demanial, la posición actual del explotador adolece igualmente de vicio de nulidad, por cuanto (...) la normativa aplicable -Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas- igualmente exige que las transmisiones de derechos sobre concesiones de dominio público sean autorizadas por el órgano a quien compete la concesión, que en este caso era el Pleno. Por tanto, la autorización de la transmisión de la concesión a través de la Resolución de Alcaldía de fecha 6 de febrero de 2006 incurrió en nulidad de pleno derecho".

En cuanto al Acuerdo del Pleno por el que se concedió la prórroga de 20 años, se limita a indicar que "en este contrato se formalizó una prórroga de 30 a 50 años para reequilibrar económicamente el mismo, alargando su vigencia (...) por razones distintas de las amparadas en la normativa. Se considera, por tanto, necesario un juicio de trámite sobre la acción de nulidad de la prórroga operada para reequilibrar económicamente los intereses del cesionario, que se aprobó por acuerdo del Pleno de 12 de septiembre de 2007".

En tercer lugar, se indica que "la concesión demanial recaerá sobre los terrenos de dominio público situados en la parcela dotacional A2 del Plan Parcial de La Vallina, con una superficie de 2.000 metros cuadrados que se encuentran inscritos en el Registro de la Propiedad N.º 2 de Avilés (...). Por Resolución de (la) Alcaldía de fecha 17 de octubre de 2007 se dice que la concesión demanial recae sobre la totalidad de la parcela dotacional de 8.242 metros cuadrados por lo que se amplía, sin procedimiento alguno, la superficie de ocupación, siendo causa de nulidad radical el acto referido".

Consta la notificación del acuerdo de incoación del procedimiento a la empresa contratista, a la que se concede un plazo de quince días hábiles para la presentación de alegaciones.

**2.** Se han incorporado al expediente, entre otros antecedentes, los siguientes documentos: a) "Informe-propuesta de acuerdo al Pleno de la Corporación",

emitido por el Secretario municipal el 10 de abril de 2019, que se limita a reiterar, en relación con la prórroga, lo señalado en la propuesta anterior. b) Informe de Intervención, de la misma fecha, en el que se “informa favorablemente” el inicio del procedimiento revisor en lo que atañe a la prórroga, por tratarse de “una modificación contractual al margen del procedimiento legalmente establecido para ello”, y en lo que afecta al objeto de la concesión porque la resolución de la Alcaldía de 17 de octubre de 2007 “autoriza a un tercero a hipotecar un bien público en lo que se refiere al exceso sobre 2.000 metros cuadrados”.

**3.** Con fecha 2 de mayo de 2019, un representante de la empresa contratista presenta un escrito en el que expone que, examinado el expediente previa solicitud al efecto, “se ha podido constatar que no está incorporado el informe jurídico que el Ayuntamiento de Gozón ha contratado (...) para iniciar el expediente de revisión de oficio”; decisión que reprocha por considerar que le genera indefensión, interesando su incorporación al mismo.

El día 15 de mayo de 2019, el representante de la empresa presenta un nuevo escrito en el que señala que el acuerdo del Pleno de 11 de abril de 2019 adolece de “vicio de nulidad absoluta” por haber sido “dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiales”. Explica que el Alcalde “formuló denuncia el día 30 de abril de 2014 por insultos en la terraza” de un establecimiento local de hostelería contra el administrador único (y compareciente) de la empresa interesada, siguiéndose en el Juzgado de Instrucción N.º 5 de Avilés un de juicio de faltas que concluyó con sentencia en la que se condena al administrador de la mercantil, por lo que mantienen “una pésima relación”.

Alude a continuación a la existencia de un precedente de revisión de oficio en virtud de acuerdo del Pleno de 25 de octubre de 2017 respecto al mismo expediente de concesión demanial, cuya caducidad fue declarada el 11

de abril de 2019. Asimismo, destaca que la prensa ha reflejado que durante la votación del acuerdo de iniciación del procedimiento actual varios concejales se ausentaron, lo que atribuye a "la falta de información, pasividad y opacidad en sus explicaciones por parte del (...) Alcalde". Todo ello le lleva a plantear que la problemática subyacente en la "pretendida revisión de oficio" responde "más a una cuestión personal" que a la concurrencia de motivo alguno para decretar la nulidad de los actos administrativos.

Señala que de acuerdo con la normativa aplicable en materia de régimen local "la ausencia de uno o varios concejales o diputados, una vez iniciada la deliberación de un asunto, equivale, a efectos de la votación correspondiente, a la abstención". Dado que -a su juicio- concurría causa de abstención por parte del Alcalde "atendida a la enemistad manifiesta" entre ambos, ello implica la "falta de quórum para la válida adopción del acuerdo", por lo que este incurre en causa de nulidad de pleno derecho, "con vulneración de los preceptos reseñados sobre las reglas de formación de voluntad de los órganos colegiados de las entidades locales".

Tras detallar los motivos por los que se opone a la declaración de nulidad de cada uno de los actos, razona que a lo largo de los 14 años de prestación del servicio "no ha habido ninguna incidencia con los usuarios del geriátrico, ni con terceros ajenos, ni con las Administraciones públicas, a excepción de los últimos años con la actual corporación municipal, que ha pretendido alojar en las plazas de emergencia social, reservadas al Ayuntamiento de Gozón como canon de especie pactado, a personas que no cumplen los requisitos establecidos por la normativa autonómica para ello"; cuestión que ha sido objeto de litigio, tratándose de "2 plazas" que "como contraprestación de la concesión demanial deber ser reservadas a urgencias municipales (...), si bien dentro del ámbito gerontológico". Añade que el centro "cuenta con la acreditación del Gobierno del Principado de Asturias para el Sistema de Dependencia, teniendo actualmente el 72 % de sus plazas

reservadas” para el organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias.

Asimismo opone la concurrencia de los límites de la revisión de oficio, establecidos en el artículo 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de cuya aplicación deduce que la revisión iniciada “es contraria a la buena fe y a la seguridad jurídica”, según jurisprudencia que cita al efecto. Subraya, además, que la adjudicataria “única (...) que concurrió al concurso ha desarrollado una edificación con una inversión final cercana a los casi cuatro millones de euros, ha procedido a inscribir la concesión en el Registro de la Propiedad (año 2006), ha hipotecado la concesión, ha realizado concierto” con el organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias “para la reserva de plazas residenciales, ha obtenido el reconocimiento de centro geriátrico de calidad en el ámbito autonómico (y) cuenta con una plantilla de 39 trabajadores”.

Reproduce diversas cláusulas del pliego rector del concurso publicado en noviembre de 2005 para la adjudicación de la concesión, en el que se hacía constar que su objeto era “la concesión demanial sobre la parcela dotacional A2”, su naturaleza de “concesión administrativa de carácter demanial” y que se regía por el propio pliego y por “la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; la Ley 33/2003, de Régimen Jurídico del Patrimonio de las Administraciones Públicas; el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales” (cláusulas I a IV). Sobre la naturaleza del negocio, reseña que no se trata de un servicio “cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante”, que no tiene competencias en materia de centros residenciales para ancianos.

En torno a la parcela objeto de concesión, razona que en la aprobación del pliego por el Pleno se hace referencia a la parcela dotacional A2, al igual que en la publicación en el *Boletín Oficial el Principado de Asturias*, siendo

aquella parcela una finca registral sin segregación de los invocados 2.000 metros cuadrados, y que en el proyecto presentado por la adjudicataria se contemplaban obras y actuaciones en la totalidad de la parcela, habiendo informado favorablemente el Arquitecto Municipal la primera ocupación de la actividad y confirmándose la cabida de la finca objeto de concesión mediante diversos actos posteriores.

Finalmente, cuantifica el perjuicio que se le causaría en caso de acordarse finalmente “la revocación de la concesión” en cinco millones seiscientos ochenta y cuatro mil ochocientos setenta y dos euros con diecisiete céntimos (5.684.872,17 €), cuantía que funda en un informe pericial que aporta y que interesa para el supuesto de anulación, con cita del precepto que ampara la indemnización en el mismo procedimiento de revisión de oficio.

Adjunta además diversa documentación relativa al supuesto planteado, entre la que se encuentra la siguiente: a) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 5 de Avilés de 11 de septiembre de 2014, por la que se condena al representante de la empresa como responsable de una falta de injurias contra el Alcalde. b) Informe de la Sindicatura de Cuentas de 21 de agosto de 2017, en el que no se indica nada en relación con la concesión del geriátrico en el apartado “Recomendaciones”, si bien se hace constar que “el contrato se modificó y prorrogó para reequilibrar económicamente el mismo y por tanto por razones distintas de las amparadas en la normativa”, que su naturaleza es la de concesión de obra pública, que el pliego contempla una “posible prórroga hasta los 50 años” y un canon de 800 € revisable anualmente, y que “el 2 de julio de 2007 el cesionario solicitó aumentar el plazo del contrato hasta los 50 años aduciendo modificaciones en el proyecto de construcción que implicaban mejoras en la calidad” (cuyo coste se cifra en casi un millón de euros) “y mayores gastos anuales de gestión” e invocando que “se precisa para la viabilidad del proyecto (...). Las mejoras referidas eran en el edificio, en la calidad de los materiales, el incremento en el número de trabajadores, así como en el número de plazas a concertar” con el organismo

autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias, “y se basaban en previsiones de modificación de la normativa y en recomendaciones de normas y asociaciones del sector”. Se reseña que la prórroga se aprobó por el Pleno pasando las plazas concertadas del 20 al 30 %, con la obligación de “adjudicar a vecinos de Gozón al precio público” del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias “las plazas utilizadas” por el Principado de Asturias. c) Pliego de cláusulas económico administrativas particulares y prescripciones técnicas que han de regir el concurso público para el proyecto, construcción y explotación en régimen de concesión administrativa del suelo municipal destinado a equipamiento en la parcela dotacional A2 del Plan Parcial de La Vallina, con destino a un conjunto de área residencial-asistencial de la tercera edad (residencia geriátrica) en Luanco. En la cláusula VI se fija el plazo de vigencia en 30 años, que “podrá ser prorrogado hasta el límite máximo legal de los 50 años, mediante acuerdo expreso de las partes, adoptado antes de la finalización del periodo concesional”, y en la cláusula XXIII se recoge que el Ayuntamiento “puede modificar (...) la concesión”. d) Certificación del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Gozón el 11 de enero de 2006, por el que se adjudica a una empresa el “proyecto, construcción y explotación en régimen de concesión administrativa de suelo municipal de área residencial-asistencial (geriátrico) en Luanco, con estricta sujeción al pliego de condiciones y prescripciones técnicas y a la oferta presentada”, que se justifica en la “inexistencia de recursos de alojamiento destinados a personas mayores (...). Teniendo en cuenta que la población mayor de 56 años va aumentando (...), el equipo de gobierno considera que un recurso de estas características es no solo conveniente sino también necesario (...). Además, el Ayuntamiento contaría con una reserva de 2 camas para casos de alojamiento de urgencia” y “se beneficiarían asimismo otras personas mayores de Asturias al concertar el 20 % (...) de las plazas disponibles (...). El montante total de esta inversión con una concesión privada de 30 años (ampliable otros 20) ascendería aproximadamente a 2,4 millones



de euros, siendo asumidos los costes (...) por la empresa adjudicataria”, lo que suscita “el unánime apoyo de todos los grupos”. e) Contrato relativo a la “concesión administrativa del suelo municipal” suscrito entre las partes el 8 de febrero de 2006, en el que figura que el plazo de 30 años “podrá ser prorrogado hasta el límite máximo legal de 50 años”. f) Certificación del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Gozón el 12 de septiembre de 2007, por el que se prorroga el plazo de la concesión a 50 años y se elevan al 30 % las plazas a concertar “con el (organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias)”, añadiéndose que de no aprobarse por ese organismo la concesionaria “deberá adjudicarlas a vecinos del concejo al precio marcado como precio público”. En los antecedentes de este acuerdo consta la solicitud de ampliación por la concesionaria y las razones que expone (modificación del proyecto “basándose en la normativa que afecta a los centros de tercera edad y las previsiones para su modificación, en recomendaciones de las Normas de la Unión Europea, así como otras procedentes de las distintas asociaciones de Geriatria y Gerontología”), reflejándose que “se han incrementado los espacios destinados a salas de uso por el residente y sus familiares (sala de estar, gimnasio, sala de recepción de familiares, etc.)” y “se ha mejorado la calidad de los materiales, tanto relativos a la construcción como (...) a las instalaciones y a sus equipamientos”, elevándose la inversión “a unos 3.200.000 €”; extremos que aportan “un mayor valor al inmueble para el Ayuntamiento cuando finalice la concesión administrativa”, a lo que añaden como “otros puntos de interés” el “incremento en el número de plazas a concertar”, el compromiso de que a falta de concierto se adjudiquen a vecinos del concejo por el “precio mínimo marcado por el precio público de la Consejería” y un aumento en el número de trabajadores, “pasando de los 36 previstos inicialmente a 47”. Desde el grupo político con mayoría en el Pleno se expone que “si no se aumenta la concesión, a 50 años, el (proyecto) sería inviable y (el concesionario) tendría

que renunciar a su construcción”, aprobándose la propuesta por mayoría absoluta ante críticas de los grupos de la oposición.

Se acompaña también una copia de las “Bases reguladoras para el acceso a las plazas de residencia” aprobadas por la Alcaldía y elaboradas por los servicios sociales municipales en las que se incluyen los “principios básicos de funcionamiento” y los derechos y deberes de los residentes.

**4.** El día 16 de mayo de 2019, uno de los Concejales que se ausentó del Pleno en el que se acordó el inicio de la revisión de oficio presenta un escrito de alegaciones en el que rebate las consideraciones vertidas en el informe jurídico encargado por el Consistorio para valorar la procedencia de tramitar dicho procedimiento, y acompaña una copia del mismo reseñando que se le facilitó en una Comisión Informativa.

En el referido informe, fechado el 13 de abril de 2019, se razona la naturaleza contractual del negocio jurídico que liga al Ayuntamiento de Gozón y a la entidad titular del centro geriátrico (que se considera gestión de servicios públicos en forma de concesión) y se articulan diversas conclusiones sobre las cuestiones planteadas y la procedencia de la revisión de oficio. Entre ellas, se indica que “la autorización otorgada por el Ayuntamiento a la adjudicataria para ceder este, antes de la firma del documento contractual, a otra mercantil recién constituida y participada por ella fue contraria a derecho, aunque no resulta recomendable iniciar un procedimiento dirigido a (...) declarar nula de pleno derecho tal autorización, cuyos efectos habría podido conseguir la concesionaria por otras vías”. Se añade que la “llamada prórroga del plazo de duración del contrato (de 30 a 50 años), acordada por el Ayuntamiento el 12 de septiembre de 2007”, no es tal, sino una modificación del contrato, y “que solo habría podido realizarse para compensar al concesionario por las consecuencias económicas desfavorables de una modificación introducida por la Administración”, siendo “la resolución nula de pleno derecho por no haberse aplicado el procedimiento legalmente

establecido para las modificaciones contractuales". Se alude a la "posible extralimitación del concesionario" por ocupar "una superficie mayor que la concedida", reseñándose que "el Ayuntamiento debe reaccionar en defensa de sus bienes", si bien "al objeto de no perturbar el funcionamiento del centro, que presta un servicio público, el Ayuntamiento podría otorgar a la empresa contratista, a petición suya, una concesión demanial de forma directa (sin licitación) para legitimar la posible extralimitación".

**5.** Con fecha 9 de agosto de 2019, la Secretaria Accidental del Ayuntamiento de Gozón elabora propuesta de resolución en la que resume la tramitación efectuada y se pronuncia razonadamente sobre la concurrencia de causa de nulidad de los actos cuestionados.

En ella se rechaza la "supuesta nulidad del acuerdo de iniciación del expediente" con base en la falta de recusación del Alcalde por parte de la empresa y se reduce el objeto de la revisión, pues "a la luz de las alegaciones y del análisis de los citados actos" procede "limitar el alcance de la posible revisión de oficio al acuerdo plenario de 12 de septiembre de 2007", por el que se decidió prorrogar el plazo concesional en 20 años más, y se entiende que al constituir una "reducción del objeto" del expediente "no produce ningún perjuicio o indefensión para los interesados".

Se exponen, a continuación, diversas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la concesión otorgada, respecto a la cual concluye que se trata de un contrato de gestión de servicios públicos en forma de concesión.

En cuanto a los motivos de nulidad, razona que "la prórroga es, en realidad, una modificación del contrato", y que al no haberse tramitado como tal incurre en un supuesto en el que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, sin que aprecie la concurrencia de ninguno de los límites establecidos en el artículo 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Argumenta que el acuerdo de prórroga “fue adoptado antes de que comenzase la ejecución de las obras (...). Y se adoptó como una prórroga del contrato, citando como fundamento jurídico la cláusula VI. No se menciona la potestad de modificación, recogida en la cláusula XXIII./ Sin embargo, lo que acordó el Ayuntamiento el 12 de septiembre de 2007 no fue una prórroga sino una modificación del contrato. Un contrato se puede prorrogar cuando finaliza su plazo de duración normal u ordinario (es decir, el único plazo que el contratista tiene asegurado cuando se le adjudica el contrato)”, y dado que la prórroga ha de ser “acordada por la Administración en función de los intereses públicos es imprescindible valorar cómo ha sido ejecutado el contrato, y por ello la prórroga solo puede acordarse cuando el plazo de ejecución está próximo a terminar (...). Esto es una auténtica modificación contractual, que tenía un procedimiento específico (art. 101 del TRLCAP) y que solo era admisible por (...) necesidades nuevas o causas imprevistas (...). Además, si se hubiera ofertado un contrato a 50 años podrían haberse presentado otros licitadores”.

**6.** El día 16 de agosto de 2019, la Secretaria Accidental emite certificación del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Gozón con fecha 14 de ese mismo mes, consistente en solicitar al Consejo Consultivo del Principado de Asturias “dictamen para la declaración de nulidad del Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de fecha 12 de septiembre de 2007, por el que se decidió prorrogar el plazo de la concesión a 50 años”.

**7.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 16 de agosto de 2019, el Alcalde del Ayuntamiento de Gozón solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa a la revisión de oficio del Acuerdo del Pleno de 12 de septiembre de 2007, por el que se autorizó prorrogar el plazo de la concesión a 50 años como plazo máximo, conforme a lo dispuesto en la cláusula VI del pliego de cláusulas

administrativas que rige la concesión del suelo municipal destinado a equipamiento en la parcela dotacional A2 del Plan Parcial de La Vallina, con destino a un conjunto de área residencial-asistencial de la tercera edad (residencia geriátrica) en Luanco (aprobado por el Pleno el 25 de octubre de 2005), adjuntando a tal fin copia del mismo.

Con fecha 27 de agosto de 2019, se recibe en el registro de este órgano un escrito de alegaciones formuladas por un Concejal del Ayuntamiento de Gozón en el que reitera las consideraciones jurídicas vertidas en el presentado en el mes de mayo.

El día 24 de septiembre de 2019, se recibe en el registro del Consejo Consultivo del Principado de Asturias una copia de la Resolución de la Alcaldía de 20 de agosto de 2019, por la que se declara la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento por el tiempo que medie entre la petición (realizada el 16 de agosto de 2019) y la recepción del dictamen. Se adjunta, igualmente, copia de las notificaciones remitidas a los interesados.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo del Principado de Asturias emite su dictamen preceptivo según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gozón, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

**SEGUNDA.-** Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el Ayuntamiento de Gozón se halla debidamente legitimado toda vez que ha realizado el acto de contratación cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

**TERCERA.-** En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este se configura como un instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de examinar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

Con carácter previo debemos dejar constancia de que la naturaleza del negocio concesional cuya prórroga se impugna es controvertida -cuestión sobre la que hemos de volver-, si bien en lo que afecta a la tramitación del procedimiento revisor basta observar que, ya se trate de una concesión demanial o de un contrato administrativo típico, la normativa aplicable *ratione temporis* a los extremos adjetivos y competenciales es la vigente al tiempo de de la incoación del procedimiento -11 de abril de 2019-, y es pacífico que la competencia para acordar la revisión de oficio corresponde al Pleno de la Corporación, pues el artículo 22.2.j) de la Ley 7/1985, de 22 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, atribuye al Pleno la competencia para el ejercicio de acciones judiciales y administrativas “en materias de competencia plenaria” (siéndolo la concesión demanial conforme a lo dispuesto en el artículo 89 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), e idéntica atribución resultaría de aplicar la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), cuyo artículo 41.3 residencia la competencia “para declarar la nulidad” en el “órgano de contratación cuando se trate de contratos de una Administración Pública”,

contemplando en su disposición adicional segunda la competencia del Pleno “como órgano de contratación respecto de los contratos (...) que celebre la Entidad Local, cuando por su valor o duración no correspondan al Alcalde”, a quien atañen, entre otros, aquellos cuya “duración no sea superior a cuatro años”.

No se ignora que esa limitación de las competencias de la Alcaldía en función de la duración de los contratos no se recoge en la disposición adicional segunda de la LCSP respecto de los contratos privados y “concesiones sobre los bienes”, en los que la restricción se contrae a que el “presupuesto base de licitación” no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros -apartado 9-, lo que permite entender que en los negocios patrimoniales en los que no haya gasto a comprometer, sino un canon a percibir del adjudicatario, la atribución es de la Alcaldía. No obstante, esa interpretación pugna con la verdadera entidad de los negocios, razón por la que se reservan a la competencia del Pleno, y en cualquier caso la competencia correspondería aquí al órgano de contratación a la vista de la naturaleza contractual de la concesión, que se examinará más adelante.

Observamos que en el curso de la tramitación se ha adoptado una resolución de inicio y se ha elaborado una propuesta de resolución que responde a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 35.1.b) de la LPAC. Asimismo, obra en el expediente el informe de la Secretaria General municipal, librado conforme a lo previsto en el artículo 3.3.d).3.º del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional.

No obstante, reparamos en que en el acuerdo de incoación del procedimiento, adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Gozón el 11 de abril de 2019, únicamente se efectúa una referencia genérica al artículo 47.1 de la LPAC, si bien en el informe de Intervención que le antecede se

puntualiza, respecto a la prórroga, que la causa de nulidad estriba en la omisión del procedimiento por entrañar una modificación, y esto mismo se reitera en el informe de la Sindicatura de Cuentas, al que se remite la resolución de inicio que se aporta al expediente por la propia concesionaria.

En cuanto al informe externo encargado para valorar la procedencia de la tramitación de la revisión de oficio con relación a distintos actos, se advierte que nada impide a una autoridad acudir a ese fin a unas u otras fuentes, y lo trascendental no sería la sustracción del mismo a los interesados en el procedimiento sino la ocultación de consideraciones -jurídicas o de otra índole- que hayan de tenerse en cuenta en la resolución, lo que en este supuesto no sucede. Ahora bien, dado que la concesionaria interesa la incorporación de ese informe a las actuaciones como medio de prueba, su rechazo debe ser motivado a tenor de lo dispuesto en el artículo 77.3 de la LPAC, debiendo exteriorizarse en la resolución que ponga fin al procedimiento que se ha estimado innecesario -no por haberse incorporado ya tardíamente, sino por tratarse de un informe que no introduce elemento alguno que no haya sido objeto de contradicción y deba tenerse en cuenta en la decisión final-. Por estos mismos motivos, y en mérito a los principios de eficacia y economía, no se estima pertinente ahora la retroacción del procedimiento para someter ese informe a la formal consideración de la perjudicada, observándose que el debate ya se ha extendido a todos los elementos de relieve para la decisión de fondo y nuestro pronunciamiento al respecto no variaría. Sobre este extremo hemos tenido ocasión de manifestar (entre otros, Dictamen Núm. 289/2009) que, “tal y como tiene declarado repetida doctrina jurisprudencial, el trámite de audiencia no es de mera solemnidad (...) y sí medida práctica al servicio de un concreto objetivo (...), quedando supeditada la nulidad de las actuaciones a que su omisión pueda dar lugar a la indefensión material y efectiva de la parte”, lo que aquí no se aprecia, pues en su extenso escrito de alegaciones la interesada rebate puntualmente la procedencia de la anulación que ahora se somete a dictamen.



En lo que afecta a la postrera decisión de “limitar el alcance de la posible revisión de oficio al acuerdo plenario de 12 de septiembre de 2007”, por el que se decidió prorrogar el plazo concesional, se advierte que la restricción del procedimiento revisor a uno de los tres actos que constituían su inicial objeto no depara perjuicio alguno a la concesionaria, y el Ayuntamiento puede desistir de la impugnación de aquellas decisiones en las que no aprecie fundamento para su anulación. Ahora bien, resulta preciso que en la resolución que ponga fin al expediente se formalice y motive ese desistimiento.

En cuanto a la invocada nulidad del acuerdo de iniciación por concurrir un supuesto deber de abstención en el Alcalde, ya hemos tenido ocasión de señalar en el Dictamen Núm. 15/2017 que la “eventual concurrencia no obsta a la validez del acuerdo de incoación, tal como pretende el denunciante, ya que este es un acto de trámite (...) cuyo vicio formal quedaría sanado por la posterior exteriorización de la voluntad resolutoria por el órgano competente para decidir”. Al igual que entonces, resulta necesario “que en la resolución definitiva se aborde la invocada causa de abstención”, y de proceder esta (no ha de obviarse que, ante actos resolutorios, la cautela aconseja que la imparcialidad quede fuera de toda duda racional) debe tenerse en cuenta que el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, establece en su artículo 47 que corresponde a los Tenientes de Alcalde sustituir, por el orden de su nombramiento, al Alcalde en los casos de ausencia, enfermedad o impedimento que imposibilite el ejercicio de sus funciones, contemplándose expresamente esa suplencia cuando hubiere de abstenerse por tener interés en el asunto.

Respecto a la indemnización que la concesionaria interesa para el supuesto de anulación, ha de repararse en que -tal y como invoca- ese resarcimiento puede sustanciarse en el seno del procedimiento de revisión de oficio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 106.4 de la LPAC, por lo que la

propuesta de resolución estimatoria de la nulidad no debió omitir un pronunciamiento al respecto, sin perjuicio de que la valoración del daño deba ser en su caso contradictoria.

Finalmente, con arreglo a lo establecido en el artículo 106.5 de la LPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de seis meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Dado que el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Gozón de incoación del procedimiento se adoptó el 11 de abril de 2019, y que la Administración municipal ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución hasta la emisión de dictamen por este Consejo (si bien el plazo máximo de suspensión no puede exceder de 3 meses), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, el cómputo del plazo deberá reanudarse el día de recepción de este dictamen; circunstancia que igualmente ha de ser comunicada a la interesada, tal y como se señala en el precepto citado.

**CUARTA.-** Entrando en el fondo del asunto, para la correcta valoración del caso que examinamos debemos partir de una consideración de tipo general, y es que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título V de la LPAC, constituye un procedimiento excepcional, puesto que este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, sin intervención judicial y en cualquier momento, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad.

Así lo dispone el artículo 106.1 de la LPAC al señalar que las “Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1”.

En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la revisión de oficio se restringe a los supuestos de nulidad radical previstos taxativamente en la ley -de interpretación restrictiva-, y se le imponen unos límites específicos. Según constante jurisprudencia, que se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:2443- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), “la finalidad que está llamada a cumplir la revisión de los actos nulos (...) es facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen algunos actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva”, ampliando las posibilidades impugnatorias “en equilibrio con la seguridad jurídica”. De ahí que las facultades revisoras se sometan, desde las primeras formulaciones de este instituto, a ciertos límites, hoy consagrados en el artículo 110 de la LPAC, que señala que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada “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”.

En el supuesto examinado, la revisión de oficio tiene por objeto la ampliación del plazo inicial de una concesión de suelo municipal para la construcción y explotación de una residencia geriátrica, que se prorroga a 50 años mediante acuerdo del Pleno adoptado en la sesión celebrada el 12 de septiembre de 2007, estando prevista en los pliegos del concurso y en el acuerdo de adjudicación de 11 de enero de 2006 un plazo de vigencia “de 30 años”, que “podrá ser prorrogado hasta el límite máximo legal de los 50 años”.

El motivo de nulidad que se sustancia se incardina en el apartado e) del artículo 47.1 de la LPAC -actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”-, por estimar el Ayuntamiento que “la prórroga es, en realidad, una modificación del contrato” al margen del procedimiento aplicable a tal fin, en la medida en que la verdadera naturaleza

del negocio es la de “concesión de servicio público”, sometida por tanto a la legislación de contratos de las Administraciones públicas y no a la patrimonial.

Esta construcción nos aboca a deslindar, con carácter previo, la naturaleza de la concesión controvertida y el régimen jurídico aplicable a su prórroga y modificación; extremos en los que difieren los contendientes y que se revelan trascendentes para apreciar la concurrencia de la causa de nulidad invocada y ponderar la aplicación de los límites a las facultades revisoras.

En torno a la naturaleza de la concesión, no pueden obviarse dos premisas sobradamente conocidas: la irrelevancia del *nomen iuris* -los negocios jurídicos son lo que materialmente son- y que el régimen al que ha de atenderse a los efectos de enjuiciar su nulidad -vicio originario- es el vigente al tiempo de concertarse aquellos. No se cuestiona que la concesión examinada se formaliza como demanial y no como de obra o servicio público -aunque el título del pliego rector se refiere al “proyecto, construcción y explotación en régimen de concesión administrativa del suelo municipal (...) con destino a un conjunto de área residencial-asistencial de la tercera edad”, revelando esa afectación su engarce con el servicio público-, pues en su clausulado consta literalmente que su objeto es “la concesión demanial (...) sobre (...) la parcela dotacional A2”, su naturaleza la propia de una “concesión administrativa de carácter demanial” y su régimen el establecido en el propio pliego y en “la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; la Ley 33/2003, de Régimen Jurídico del Patrimonio de las Administraciones Públicas; el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales” (cláusulas I a IV). Ha de convenirse además, tal como invoca la concesionaria, que las referencias del pliego a la figura del “contrato” son residuales o subordinadas, y se justifican ante la tradicional disquisición sobre la naturaleza unilateral o bilateral de las concesiones demaniales, su realidad como fuente de relaciones sinalagmáticas y la remisión al régimen de los contratos administrativos como supletorio de su

normativa específica -artículo 78.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio-.

Al mismo tiempo, se asume aquí sin controversia el criterio general de distinción entre concesiones demaniales y de obras y/o servicios públicos. En efecto, es criterio consolidado en la jurisprudencia, en la doctrina consultiva y en las resoluciones de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa (por todos, Dictamen 1100/1995, de 11 de octubre, del Consejo de Estado; Informe 10/2010, de 15 de octubre, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, y Resolución 49/2017, de 15 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid) que es la finalidad pública perseguida y la causa explicitada lo que determinará la calificación de un negocio como contractual o patrimonial. Tal como subraya la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en la calificación de un contrato es de aplicación, como elemento delimitador, la causa del negocio; esto es, habrá que analizar cada negocio jurídico individualmente considerado para determinar cuál fuera la causa o finalidad perseguida con el mismo por la Administración con el objetivo de poder dilucidar que existía o no un fin público más allá del puramente patrimonial, para en ese caso poder calificar la relación como contractual. Su naturaleza viene así determinada por la presencia en la causa del negocio de un fin público como elemento esencial, lo que incluye aquellos que se caracterizan "por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo" de la relación (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2007 -ECLI:ES:TS:2007:368-, Sala de lo Civil, Sección 1.ª).

A partir de aquí se plantean, dentro de ese criterio eminentemente causal o finalista, ciertas divergencias o matices. Así, en la Resolución 49/2017, de 15 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se concluye que "la calificación del contrato como

administrativo en razón al interés público perseguido depende (...) de que el fin público perseguido se incluya expresamente como causa del contrato”, lo que también se aprecia en el Dictamen 3/2011, de 12 de enero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha cuando señala que “la celebración del contrato estaría dirigida a satisfacer dicho fin incorporándolo para ello como causa del propio contrato”, y más recientemente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:2682- (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) se razona que “se anuda la naturaleza administrativa del negocio a la consecución de un interés público dentro del ámbito competencial de la Administración otorgante. El problema radica en la amplitud con la que quiera verse dicho elemento teleológico, puesto que, por el mero hecho de ser Administraciones públicas, resulta coherente la búsqueda de un interés público en sus actos, siquiera de forma indirecta. Por ello, al margen de interpretaciones amplias de la visión finalista del negocio (...), la jurisprudencia más reciente ha exigido otros elementos adicionales del contrato celebrado por las Administraciones públicas para dotarle de una naturaleza administrativa”, precisando que, “en términos de la (...) Sentencia de 24 de enero de 2007, `la visión de la evolución que ha experimentado el concepto legal de los contratos administrativos pone de manifiesto la voluntad del legislador de aquilatar su ámbito en función de la directa vinculación de su objeto con la satisfacción del interés público, al que están ordenadas las potestades administrativas, y que son las que revisten de *imperium* la actuación de la Administración y justifican las facultades -interpretativas y modificativas- de que disfruta en las relaciones contractuales. Así, se aprecia que se ha pasado del desenvolvimiento regular de un servicio público o de la presencia de características intrínsecas que hagan necesaria la especial tutela del interés público en la ejecución del contrato -artículos 112 del Texto refundido de las disposiciones en materia de régimen local y 4 de la Ley de Contratos del Estado- a la vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante y a la directa o inmediata

satisfacción de una finalidad pública de la específica competencia de aquella, como elementos definitorios de la naturaleza administrativa del contrato que, si bien no son expresión por sí mismos de una reducción conceptual, sí permiten apreciar sin embargo un abandono de las posiciones basadas en un concepto amplio del servicio público (...), así como de consideración de la vinculación a la satisfacción de un interés general, para atender al específico ámbito de actuación y de competencias de la Administración contratante y para exigir una más directa relación entre el objeto del contrato y el servicio o la finalidad pública'. Por tanto, no basta con que, en última instancia, exista una finalidad pública, sino que es preciso que el objeto público sea el elemento esencial y principal del contrato", lo que la sentencia deduce de su contenido, no de una expresa calificación.

En el supuesto analizado, tratándose de la construcción y explotación de una residencia geriátrica, invoca la concesionaria que no se trata de un servicio "cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante" (tal como se venía exigiendo, en la literalidad de la legislación contractual, para los contratos de gestión de servicios públicos), ya que la Administración local no tiene competencias en materia de centros residenciales para ancianos. Ciertamente, antes de la reforma de 2013 -recordemos que la concesión se adjudica en 2006 y se prorroga en 2007- el artículo 25 de la LRBRL consagraba la conocida cláusula universal atributiva de competencias al municipio (mayoritariamente entendida como la capacidad de asumir sin necesidad de habilitación competencial específica cualesquiera actuaciones relacionadas con el haz de intereses que el ente gestiona y que "no estuviesen atribuidas competencialmente a otra entidad"), y la letra k) del apartado 2 contemplaba su competencia en materia de "Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social", llamada a concretarse por ley "de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos". En este marco, la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24

de febrero, de Servicios Sociales, regula la prestación del servicio de atención residencial con destino a personas mayores o dependientes en su artículo 27, y atribuye diversas "funciones" a la Administración local -artículo 7-, pero reserva a la Comunidad Autónoma los servicios "especializados" (donde se insertan los geriátricos), sin perjuicio de los convenios para su gestión con otras Administraciones -artículo 8-. Ya en el Decreto 49/2001, de 26 de abril, por el que se regula la Organización y Funcionamiento de los Servicios Sociales de la Administración del Principado de Asturias, dictado en desarrollo de la Ley del Principado de Asturias 5/1987, de 11 de abril, de Servicios Sociales, se incluyen las "residencias" como "centros gerontológicos abiertos" y se prevén convenios con las Corporaciones Locales y las Mancomunidades -artículo 29- por los que se atribuye a los servicios municipales la gestión de una parte de las plazas en residencias de titularidad autonómica. En definitiva, no puede hablarse de una competencia local específica, propia o delegada, aunque esta materia no era ajena a los municipios ni les estaba vedada la iniciativa, y colaboraban *de facto* en su prestación, resultando manifiesto que nos encontramos ante un servicio público de titularidad autonómica.

El engarce con el servicio público se corrobora a la vista de la causa que determina el negocio ahora cuestionado. En efecto, según consta en la certificación del acuerdo del Pleno por el que se adjudica la concesión, la iniciativa se justifica en la "inexistencia de recursos de alojamiento destinados a personas mayores (...). Teniendo en cuenta que la población mayor de 56 años va aumentando (...), el equipo de gobierno considera que un recurso de estas características es no solo conveniente sino también necesario (...). Además, el Ayuntamiento contaría con una reserva de 2 camas para casos de alojamiento de urgencia" y "se beneficiarían asimismo otras personas mayores de Asturias al concertar el 20 % (...) de las plazas disponibles", lo que suscita "el unánime apoyo de todos los grupos". Asimismo, en el acuerdo del Pleno por el que se prorroga el plazo de concesión a 50 años también se elevan al 30 % las plazas que han de concertarse "con el (organismo autónomo



Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias)”, constando en los antecedentes del mismo la modificación del proyecto para su mejora, la ampliación de los espacios “destinados a salas de uso por el residente y sus familiares”, el incremento de la inversión inicial y la reseña de que “si no se aumenta la concesión, a 50 años, el (proyecto) sería inviable y (el concesionario) tendría que renunciar a su construcción”. En suma, no puede soslayarse que es el interés público, y no el puramente patrimonial del explotador, el que determina la actuación municipal, en la que el fin público se erige como elemento esencial.

También los actos posteriores confirman esta consideración, pues el concesionario asume con naturalidad las “Bases reguladoras para el acceso a las plazas de residencia” aprobadas por la Alcaldía y elaboradas por los servicios sociales municipales, las cuales -frente a lo que afirma el perjudicado- no se limitan a disciplinar el acceso a las plazas de emergencia sino que incluyen los “principios básicos de funcionamiento” y una relación de derechos y deberes de los residentes.

Aislada la verdadera naturaleza contractual de la concesión -que tampoco puede tildarse de pacífica o manifiesta, por quedar oscurecida al insertarse en un ámbito competencial asumido por la Comunidad Autónoma-, se concluye que, atendiendo al tiempo de su adjudicación, estamos ante un contrato de concesión de obras públicas que comprende su posterior explotación -o bien, según sostiene ahora el Consistorio, un contrato de gestión de servicios públicos en forma de concesión-, sujeto en cualquier caso a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, modificado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas. En este contexto, es claro que la ampliación del plazo inicial del contrato por 20 años “para reequilibrar económicamente el mismo” entraña una modificación que debió someterse al procedimiento establecido en la mencionada ley y que aquí se otorga de plano, por lo que es nula de pleno derecho. Tal como se razona en

la propuesta de resolución, “un contrato se puede prorrogar cuando finaliza su plazo de duración normal u ordinario (es decir, el único plazo que el contratista tiene asegurado cuando se le adjudica el contrato)”, y dado que la prórroga ha de ser “acordada por la Administración en función de los intereses públicos es imprescindible valorar cómo ha sido ejecutado el contrato, y por ello la prórroga solo puede acordarse cuando el plazo de ejecución está próximo a terminar”. En definitiva, la previsión del pliego no ampara la ampliación concedida, sino que se trata de una cláusula destinada a entrar en juego en la postrimería del plazo inicial, correspondiendo entonces al Pleno de la Corporación valorar la conveniencia para el interés público de la prórroga y la eventual exigencia de nuevas cargas al concesionario. En un negocio de estos caracteres, e interesada precisamente “para reequilibrar” su economía, la ampliación del plazo concesional representa ostensiblemente una modificación del contrato. Basta observar que en las concesiones de obras públicas la ampliación o reducción del plazo concesional es una de las medidas que se contemplan en el artículo 248 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, para el “restablecimiento del equilibrio económico del contrato” ante circunstancias sobrevenidas.

Más aún, el procedimiento omitido no es, en rigor, el correspondiente a una modificación del contrato, sino el propio de su licitación misma, pues en ausencia de necesidades nuevas o causas imprevistas -que no se objetivan en lo actuado- falta el presupuesto que ampara la modificación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 101 y 248 del TRLCAP, y el modificado queda reducido a una adjudicación directa o sin concurrencia, lo que acarrea su nulidad.

También se advierte que, cualquiera que fuere la naturaleza -contractual o patrimonial- de la concesión, se habría omitido el procedimiento adecuado para la modificación consistente en una ampliación del plazo, pues tal modificación entraña el ejercicio de una prerrogativa de la Administración

sometida a un cauce cierto en el que se justifiquen las causas sobrevenidas en las que se sustenta -ya se trate de una concesión demanial, de obras o de servicio público-, sin que pueda confundirse con el otorgamiento de la prórroga contemplada en el pliego.

**QUINTA.-** Deslindado el vicio en el que se sustenta la revisión, debe examinarse la concurrencia de los límites a las facultades revisoras pues, tal y como ha reiterado la jurisprudencia (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:365-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), la revisión de oficio requiere el necesario equilibrio 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 como consolidada no pueda ser alterada en el futuro”. A propósito de “la correcta aplicación del art. 106 de la LPAC”, se ha reiterado que esta “exige `dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u «otras circunstancias»); por otro el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, a la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes’” (Sentencia de 26 de junio de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:2443-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Asimismo, se ha destacado su carácter de “límite excepcional a aplicar teniendo muy en cuenta las circunstancias del caso concreto” (Sentencia de 17 de octubre de 1988 -ECLI:ES:TS:1988:7193-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

En el caso que nos ocupa, el interesado invoca expresamente la existencia de dichos límites razonando que la revisión pretendida, atendiendo al tiempo transcurrido y a su observancia a lo largo de los años de la normativa aplicable, “es contraria a la buena fe y a la seguridad jurídica, pudiendo ocasionar un quebranto económico (...) que repercutiría

negativamente en el erario municipal”, añadiendo que esta revisión de oficio “es contraria igualmente a los principios de lealtad, objetividad, buena fe, coherencia y congruencia administrativa y por supuesto al de confianza legítima de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de las instituciones”. Sin embargo, la propuesta de resolución no valora detenidamente esas alegaciones y se limita a desechar, genéricamente, la concurrencia de los límites establecidos en el artículo 110 de la LPAC.

Este Consejo estima que, deducida muy tardíamente una infracción del procedimiento, no es solo el transcurso del tiempo lo que obsta al ejercicio de las facultades revisoras sino su conjunción con “otras circunstancias”, lo que determina que “su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

En efecto, en este caso han transcurrido doce años desde la aprobación de la prórroga por el Pleno del Ayuntamiento de Gozón, y más de trece desde la concesión administrativa, observándose en la doctrina consultiva una tendencia a acudir al plazo de diez años, aunque no se trata de un tiempo tasado y se deja al legislador un amplio margen de apreciación casuística. Así, el Consejo de Estado, que había considerado ese plazo decenal con anterioridad a la vigencia del artículo 106 de la Ley 30/1992, manifiesta en su Dictamen 69/2004, de 5 de febrero, que “no parece conforme a los límites que respecto de la revisión de oficio establece el mencionado precepto el recurso a una facultad unilateral y excepcional, cual es la revisión de oficio y la consiguiente declaración de nulidad del acto (...), que, aun cuando pudiera considerarse en hipótesis viciado, ha sido consentido durante más de diez años por la propia Administración consultante, y consentido, además, mediante actos propios”. No se deduce un automatismo del hecho de que se rebase aquí ese plazo decenal, pero no puede tampoco desconocerse su significación.

Junto al tiempo transcurrido, concurren “otras circunstancias” que objetivamente excluyen el ejercicio de la facultad de revisión y que inciden

singularmente en la quiebra de la equidad y la buena fe, ligada a la confianza legítima de los operadores en el mercado.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que “la apreciación de una confianza que pueda justificar la valoración de una revisión de oficio como constitutiva de un proceder administrativo contrario a la buena fe exigirá algo más: que la Administración haya hecho cualquier otra clase de manifestaciones sobre la validez de un concreto aspecto o elemento de su actuación administrativa; que haya generado la apariencia de que esa era ya una cuestión previamente analizada y valorada por ella; y que, posteriormente, promueva la revisión de oficio con base en la invalidez de ese mismo elemento y en contradicción con su anterior manifestación sobre esa concreta cuestión” (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:8726-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.a).

En la propuesta de resolución se indica que la mercantil, “con el argumento de una modificación de proyecto que nadie había exigido y que no era necesaria, indujo al Ayuntamiento a aprobar la modificación”, añadiendo que “tan válido era el proyecto inicial como el modificado”, y que incluso “puede parecer que se presentó uno inicial para que después el segundo pudiese calificarse como una mejora que justificase del Ayuntamiento la elevación en un 66 % del plazo de la concesión y, por tanto, de los ingresos del concesionario”. En estas afirmaciones se advierte no solo cierta raíz especulativa, apartada de la objetividad de los hechos, sino también un reconocimiento por el Consistorio de la patente interdependencia entre las mejoras ofrecidas por el concesionario (antes de acometer las obras) y la concesión de la prórroga, lo que obsta la posterior negación de ese vínculo sinalagmático tratando de mostrar la prórroga como un acto desprovisto de causa y cuya ilegalidad no podía ignorar la beneficiaria.

En el terreno de los hechos, nos enfrentamos a la adjudicación de una concesión en concurso público y abierto, calificada como demanial en el pliego

rector y para la que se prevé un plazo de duración de 30 años prorrogables por otros 20, sometiéndola expresamente a la legislación patrimonial. Advertido que su auténtica naturaleza es contractual -extremo que, reiteramos, no se deduce pacíficamente o con facilidad-, se observa que la improcedencia de la ampliación del plazo en el momento en que se produce no entraña una ilegalidad notoria, manifiesta y ostensible para cualquier operador en el mercado. Por un lado, el plazo -al incluir la prórroga- no excede visiblemente del correspondiente al negocio de acuerdo con su verdadera naturaleza: el artículo 263 del TRLCAP fijaba un plazo máximo de 40 años para las concesiones que incluyeran construcción y explotación, y el artículo 157 del mismo texto legal lo establecía en "Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público" al abordar los contratos de gestión, mientras que la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas contemplaba ya el vigente plazo máximo de 75 años para las concesiones demaniales. Por otro lado, el concesionario no recibe nada que resulte materialmente ajeno a las previsiones expresas del pliego rector de un concurso público (prórroga de 20 años). Y, en definitiva, nada en rigor objetiva u exterioriza que la adjudicataria de este negocio deba reputarse experta conocedora del campo de las concesiones de servicios públicos, pues solo consta que es una empresa de un sector -el de residencias geriátricas- al que no resulta extraña la figura de los "conciertos de plazas" pero que no opera generalmente en base a contratos o concesiones administrativas para la instalación de los centros residenciales. Estima por ello este Consejo que no cabe invocar un estándar de diligencia empresarial singular o cualificado, toda vez que ni la compleja naturaleza del negocio -sobre la que aún discrepan la Administración y la Sindicatura de Cuentas-, ni la improcedencia de anticipar una prórroga consignada expresamente en el pliego, pueden reputarse del común conocimiento de los empresarios que se relacionan con la Administración con independencia de su giro o tráfico.

También se repara en que a la inicial adjudicación en 2006 le suceden la formalización de un contrato y la cesión a favor de la ahora concesionaria autorizada por el Ayuntamiento con anterioridad a la modificación o prórroga que aquí se cuestiona, con lo que la perjudicada contaba ya con otros actos confirmatorios de los términos de la relación.

En este escenario la Administración anticipa indebidamente el otorgamiento de la prórroga, pero al igual que al adjudicatario no le asistía derecho alguno al respecto -ni en ese momento ni al tiempo de aproximarse la consumación del plazo inicial-, tampoco incurría en circunstancia personal alguna que pudiera preverse como obstativa de la ampliación por el tiempo contemplado en los pliegos. Esto es, aunque obtiene la prórroga al margen de la concurrencia, también había participado en un concurso abierto cuyos pliegos amparaban la ampliación del plazo hasta los 50 años, y es justo reconocer -máxime cuando apuntamos a la naturaleza contractual del negocio- que esas prórrogas suelen concederse por la Administración en tanto no se aprecien irregularidades en la gestión del beneficiario, por lo que ya los partícipes en la inicial licitación las toman en consideración -al igual que hace el legislador para fijar en valor de los contratos-.

Se advierte, asimismo, que a la prórroga le sucede la autorización para la hipoteca de la concesión y una relación estable entre el Ayuntamiento y la concesionaria que se prolonga durante doce años sin acto obstativo alguno a la validez de aquella ampliación del plazo. Incluso, en mérito a la relación que liga a ambas partes, el Ayuntamiento repercute a la adjudicataria en 2016 los costes de la estancia en otro centro de un usuario rechazado por el geriátrico (liquidación anulada por Sentencia de 18 de septiembre de 2018). A fin de ponderar la eventual conculcación de la buena fe (y el deber de coherencia con el propio comportamiento que esta exige, tal y como dispone la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/1988, de 24 de octubre -ECLI:ES:TC:11988:198-), no puede obviarse la realidad de la formalización del contrato, la autorización de la hipoteca y la normal continuidad en las

relaciones, que constituyen signos externos adicionales. Una aquiescencia que se extiende durante tan dilatado lapso temporal -sin que los legitimados para hacerlo, entre los que se encuentran los concejales que no habían votado a favor del acuerdo de prórroga, cuestionen los términos de la misma- viene a confirmar la apariencia de validez de aquel acuerdo expreso y sitúa al concesionario ante un cúmulo o sucesión de actos "lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa" (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1990 -ECLI:ES:TS:1990:15554-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

Tampoco puede obviarse, cuando nos enfrentamos a la equidad y la confianza suscitada, que en el acuerdo del Pleno de 2007 por el que se concede la prórroga queda constancia de la puntual referencia a una realidad, al menos aparente: que "si no se aumenta la concesión, a 50 años, el (proyecto) sería inviable y (el concesionario) tendría que renunciar a su construcción". A su lado, tal y como ya adelantamos, figuran otras motivaciones para la ampliación que se concretan en más plazas concertadas, adaptación a las exigencias normativas vigentes y previstas, incremento del número de trabajadores y, ante todo, mejoras en la cabida, servicios y calidades del edificio que ha de construirse y que, a la postre, ha de revertir a la Administración. Aprobada en esos términos la propuesta del adjudicatario, no puede desconocerse ahora la relación de reciprocidad en la que se sustenta y, estimado procedente entonces un determinado "reequilibrio" en el que se incluía la ampliación del plazo, no cabe sustraerlo a la concesionaria de espaldas a la equidad, procediendo a "recalcular" extemporánea o intempestivamente el impacto de una medida ya valorada oportunamente por el Pleno. Ha de reseñarse aquí que fue la Administración -no el adjudicatario- quien omitió el previo anteproyecto o estudio de viabilidad exigible conforme a la naturaleza del negocio -artículos 158.2 y 227 del TRLCAP-, y confió también la elaboración del proyecto a la iniciativa privada.



No puede compartirse que la concesión de la prórroga pusiera de manifiesto un "enriquecimiento injusto" del concesionario al percibir las mismas tarifas por más tiempo, puesto que son otros los elementos que acompañan a la ampliación del plazo y representan mejoras ciertas -en algún grado, necesarias o convenientes para la viabilidad misma del proyecto-, de lo que deriva el interés municipal que se concretó en la aprobación de la propuesta y que no puede replantearse o subvertirse transcurridos más de doce años.

A efectos de valorar la conducta de la empresa, no podemos afirmar que haya existido ocultación por su parte del alcance y términos de la modificación. Aceptar la postura municipal equivaldría a asumir que es el contratista quien determina el procedimiento a seguir cuando debe reconocerse que ante un pliego ambiguo y confuso, pero que explicita la posible prórroga sin someterla a procedimiento alguno ni remitirla al estadio final de la concesión, no procede imputar al contratista la omisión del procedimiento legalmente establecido o una mala fe en su actuación -ello supondría invertir la regla de que es la buena fe lo que se presume-, por lo que tampoco desmerece el reconocimiento de una confianza legítima.

Por otro lado, no procede cuestionar aquí los límites a la revisión so pretexto del limitado impacto de la anulación de la prórroga, que no impediría al concesionario la continuación de su actividad hasta 2036. El efecto, la concurrencia de los límites ha de abordarse en este escenario en relación con la actuación de los implicados con ocasión del acto originario y durante el tiempo transcurrido hasta hoy, sin que el criterio deba verse alterado por el hecho de que el plazo inicial de la concesión vaya a agotarse más o menos próximamente. En la revisión de oficio el análisis es prospectivo, no proactivo, debiendo repararse en que cuando se traen a colación las consecuencias de una eventual declaración de nulidad es comúnmente para denunciar la "vía oblicua" que una concreta revisión entraña, en cuanto persigue obtener un resultado que la ley reserva a otros cauces o somete a otras garantías, o trata

de burlar la recta aplicación de otros institutos conforme a su propia naturaleza. Expresado en otros términos, el examen de que su ejercicio resulte contrario a la equidad o la buena fe no nos aboca a detenernos en las consecuencias materiales que siguen a la nulidad, sino a ponderar el menoscabo de los referidos principios en el seno de la relación que ha venido ligando a la perjudicada con la Administración y a la luz de las circunstancias que la han conformado.

De este modo, aun siendo notorio el irregular proceder de la Administración, que calificó como prórroga una modificación contractual, es también evidente a nuestro juicio que el ejercicio actual de la prerrogativa de revisión violenta sus límites legales, singularmente los principios de equidad y buena fe.

Resulta aquí también de aplicación el criterio observado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2000 -ECLI:ES:TS:2000:7618- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), que, ante un lapso de tiempo prolongado, repara en 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”. Advertido que el principio de seguridad jurídica “está indisolublemente ligado al respeto a los derechos de los particulares, expresamente mencionado por el artículo 112 de la LPA como límite al ejercicio de la potestad revisora”, procede recordar, asimismo, que la anulación es susceptible de defraudar expectativas de acreedores, trabajadores, proveedores y usuarios.

En suma, aprobada la prórroga con la finalidad de “reequilibrar” la economía del negocio -y a la vista de que su omisión entrañaría un riesgo cierto de no acometerse la obra de interés para el municipio-, su reconsideración posterior a la inversión del empresario y marcadamente

extemporánea vulnera exigencias de equidad, observándose que en las circunstancias en las que se concreta -estando prevista en el pliego de un concurso abierto y comportando obras y mejoras que han de revertir al Ayuntamiento- su depuración defraudaría ahora la confianza suscitada en la concesionaria y su entorno.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Pleno de 12 de septiembre de 2007, por el que se autorizó prorrogar el plazo de la concesión a 50 años como plazo máximo del contrato que rige la concesión del suelo municipal destinado a equipamiento en la parcela dotacional A2 del Plan Parcial de La Vallina, con destino a un conjunto de área residencial-asistencial de la tercera edad (residencia geriátrica) en Luanco.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA EN FUNCIONES,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE GOZÓN.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias  
<http://www.ccasturias.es>

## ANEXO

**“VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LA CONSEJERA EVA M.<sup>a</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN Y EL CONSEJERO JESÚS ENRIQUE IGLESIAS FERNÁNDEZ EN RELACIÓN CON LA REVISIÓN DE OFICIO DEL ACUERDO DEL PLENO DEL AYUNTAMIENTO DE GOZÓN DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2007, POR EL QUE SE AUTORIZÓ PRORROGAR EL PLAZO DE LA CONCESIÓN DEL SUELO MUNICIPAL DESTINADO A RESIDENCIA GERIÁTRICA (Expediente núm. 204/2019)**

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 33 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, formulamos voto particular al dictamen emitido en el expediente 204/2019, relativo a la revisión de oficio del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Gozón de 12 de septiembre de 2007, por el que se autorizó prorrogar el plazo de la concesión del suelo municipal destinado a residencia geriátrica.

Disentimos del dictamen emitido, por el cual se considera que no procede revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de fecha 12 de septiembre de 2007, por el que se autorizó prorrogar el plazo de la concesión a 50 años como plazo máximo del contrato que rige la concesión del suelo municipal destinado a equipamiento en la parcela dotacional A2 del Plan Parcial de La Vallina, con destino a un conjunto de área residencial-asistencial de la tercera edad (residencia geriátrica) en Luanco.

La razón de la discrepancia radica en la divergencia en relación a varios argumentos utilizados en el dictamen, a la ponderación de las circunstancias del caso y al modo en que operan los límites de la potestad de revisión.

### **1) Calificación que debe otorgarse al contrato cuya prórroga se somete a revisión**

En primer lugar, a nuestro juicio juega un papel muy importante en este asunto la calificación de la concesión, en particular, si se trata de una concesión de dominio público o una concesión contractual. Y no solo a efectos de conocer la normativa aplicable, sino también respecto a si pudiera admitirse, como en algún momento hace el dictamen, que el contratista pudiera realmente estar en la convicción de que se trataba de una concesión demanial, así como para fijar el momento en que la Administración parece inclinarse por tal opción. De ahí que la primera cuestión a dilucidar, en nuestra opinión, para valorar correctamente todas las circunstancias del caso, sea esa calificación.

A este respecto, y si bien el dictamen parece llegar a la conclusión de que la concesión en cuestión es de naturaleza contractual, bien una concesión de obras públicas o bien un contrato de gestión de servicio público, no se comparten plenamente los argumentos expuestos para llegar a dicha conclusión, ni tampoco se entiende que en otros momentos parezca utilizar las dudas en relación a la naturaleza contractual o de concesión de dominio público para mantener que el contratista pudo creer diligentemente que se trataba de un negocio patrimonial y no contractual. Así, por ejemplo, se afirma que “en la concesión examinada no se cuestiona que (...) se formaliza como demanial y no de obra o servicios públicos”; afirmación que, por lo que se dirá, no se comparte.

A nuestro juicio, es claro que se trata de una figura contractual, de un contrato administrativo; conclusión, que, no obstante, se alcanza por argumentos no plenamente coincidentes con los seguidos en el dictamen y sin

género de dudas. Y conclusión que, como se verá más adelante, se deduce también del propio expediente de contratación y, muy especialmente, del documento contractual firmado por ambas partes, lo que demuestra, a nuestro juicio, el conocimiento de la naturaleza contractual -que solo más tarde parece reinterpretarse-, tanto por parte de la Administración como por el interesado, dado que este fue quien firmó el contrato, no la adjudicataria inicial "C. L., S. A., sino la cesionaria "L. L., S. L."

Que la propia Administración entendió inicialmente que licitaba un contrato lo demuestra, en nuestra opinión, tanto el anuncio de licitación, como la adjudicación -en la que no solo se habla de contrato sino también de la comunicación "al Registro Público de Contratos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa", así como el documento contractual, que es incontestable a este respecto.

Y es que, entendemos que la naturaleza contractual del negocio en cuestión no es dudosa, queda constatado a lo largo de todo el expediente que la Administración no actúa únicamente como titular de un bien inmueble cuyo uso privativo permite a través de un acto unilateral de concesión demanial, sino que se trata de la contratación de la realización de la obra y de la prestación del servicio. Y repárese que existe una diferencia fundamental entre la naturaleza de una concesión de obra y/o de servicios y una concesión demanial, pues mientras que la primera tiene carácter contractual, la segunda es un acto unilateral que realiza la Administración como titular de un bien, limitándose la aplicación de la normativa contractual al procedimiento de adjudicación de la concesión, es decir, al procedimiento para elegir a quién se le otorga la misma en aquellos casos en que al tratarse de un uso privativo pueda haber concurrencia, como bien determina el art. 78.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL). Por el contrario, en el caso que nos ocupa, y a pesar de las posibles deficiencias del pliego, en todo momento el contratista debía conocer que se trataba de un contrato, especialmente si reparamos en el documento contractual que firmó, donde no solo se califica

como tal, sino que, por ejemplo, en cuanto a la interpretación, modificación y resolución del contrato se remite a la normativa contractual. E, insistimos, en la diferente naturaleza entre un tipo de concesión y otro, es decir, en un caso se trata de un contrato y en otro de un acto unilateral.

A nuestro juicio, ni la Administración ni el contratista debieron dudar de la naturaleza contractual de la concesión, en el primer caso porque así lo calificó en el propio expediente, y en el segundo porque así lo firmó en el documento contractual. Solo con posterioridad se recurre a la calificación como concesión demanial.

De otro lado, consideramos que en nuestro sistema y a diferencia de otros o de otros tiempos en el nuestro propio, el primer criterio que en la actualidad y ya, desde luego con el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) -bajo cuya vigencia se adjudicó este contrato-, es el criterio objetivo respecto a los contratos nominados, así como un criterio formal complementario, cuando ya la norma reguladora de los contratos decía que sería administrativo un contrato cuando lo determine una Ley, es decir, como ya establecía el art. 5.2 del citado Texto, entonces vigente -piénsese que la redacción a la que hay que atender es a la vigente en enero de 2006, momento en que se produjo la adjudicación o, incluso, en el caso de remontarnos a 2005, cuando se aprobaron los pliegos-, ya en dicho precepto se recogían como contratos nominados tanto el contrato de concesión de obra pública (por efecto de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas), como el contrato de gestión de gestión de servicio público.

Así, en concreto, el citado precepto decía:

“Son contratos administrativos:

a) Aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia



o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos”.

Lo dicho queda ratificado con lo establecido en el apartado b) de dicho precepto, al afirmar que:

“Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley”.

Es decir, cuando una Administración pública contrata el objeto de un contrato nominado este es administrativo porque así lo dice la Ley de contratos, no siendo necesario acudir a examinar la finalidad ni el giro o tráfico administrativo, que es un criterio a tener en consideración cuando no es un contrato nominado y cuando tampoco de forma expresa es calificado como administrativo por una Ley. Y es que, como ya hemos dicho, a diferencia de otros sistemas como el francés -aunque ahora también bastante matizado-, en nuestro ordenamiento el principal criterio de calificación como administrativo de un contrato, es el del propio legislador, de forma clara e inequívoca cuando hablamos de los contratos nominados.

Esta misma idea se vio reforzada en las posteriores normas contractuales, de forma expresa cuando la duda se suscita entre el carácter de contrato administrativo o de concesión de dominio público. Así, dentro del ámbito de aplicación de la propia normativa de contratos, se excluyen las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos como concesiones de obra en la propia normativa contractual, los cuales se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente

se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley. Es decir, mientras encajen en la definición de un contrato de la Ley serán contratos y no otro tipo de negocios excluidos de la misma; máxime en la actualidad, donde quien determina que es una concesión de obra y/o servicios es la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Además, el caso de la sentencia citada, la de la Sala de lo Civil del TS de 12 de julio de 2018, no entendemos que sea similar a lo que aquí se plantea, pues se trataba de un contrato de arrendamiento de inmueble para aparcamiento, no de la construcción de una obra pública y su explotación ni de la prestación de un servicio público. Es más, la finalidad pública a que alude dicha sentencia resulta evidente en aquellos casos en que se trata de una obra pública o un servicio público, como su propio nombre indica.

De otro lado, también se incluían en la normativa de régimen local, por ejemplo, en el art. 112 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (TRRL). Así, el mismo se refería a la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos en el apartado 2.1.<sup>a</sup>, en la redacción entonces vigente. Repárese en que hasta la citada Ley de Contratos del Sector Público, 30/2007, el régimen propio de la contratación de los entes locales se regulaba en la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) y en el TRRL, aunque evidentemente también les era de aplicación la legislación estatal de contratos. Así, el citado precepto en el mismo apartado establecía que “tiene carácter administrativo, y su preparación, adjudicación, efectos y extinción se regirán por la presente Ley y sus disposiciones reglamentarias, así como por la restante legislación del Estado y, supletoriamente, por las demás normas de Derecho administrativo. En defecto de éste último, serán de aplicación las normas del Derecho privado”.

Y ello conecta también respecto a la naturaleza contractual de la concesión con otra afirmación del dictamen que tampoco compartimos, pues

no entendemos que las referencias a la normativa contractual en los pliegos sean “residuales o subordinadas” en la consideración de que actúan con carácter supletorio en atención al art. 78.2 del RBEL, y aunque es cierto que el tenor literal de los mismos siembra dudas, ninguna cabe cuando se lee el contrato firmado por ambas partes, o la adjudicación, donde sistemáticamente se remite a la normativa de contratos, lo califica como contrato administrativo, habla de la garantía definitiva, etc.

En efecto, en el pliego se habla en diversas ocasiones del “contrato” y se remite a la normativa contractual propia de las Entidades Locales entonces vigente (LBRL, TRLBRL, TRLCAP...), aunque es cierto que también menciona la Ley de Patrimonio y el RBEL. No obstante, no olvidemos que esto es normal si tenemos en cuenta que el contrato (concesión de obra o contrato de gestión de servicios público, que no se precisa en el dictamen) implica también el uso de dominio público, por lo que es evidente la aplicación de dicha normativa.

Como ya se ha indicado, el contrato suscrito por ambas partes, a nuestro juicio, no deja lugar a dudas de que se trata de un contrato administrativo, así se califica expresamente (antecedente V y cláusula novena de forma clara y contundente), además de aludir al contratista, al órgano de contratación, al contrato, etc., a lo largo del mismo. Lo que a nuestro juicio sirve ya por sí solo para rebatir la idea clave que subyace en el dictamen respecto a que el contratista entendía que se trataba de una concesión y no de un contrato administrativo de concesión de obra y/o de gestión de servicios.

Además, cuando hablamos de contratos de concesión de servicios, según la actual Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) -entonces gestión de servicios públicos-, o de concesión de obra pública la utilización de dominio público es evidente; es más, y a diferencia de lo que sucede con otros contratos en que también se utiliza el dominio público, como pueda ser la explotación de una cafetería -hasta la vigente LCSP, calificada por la entonces Junta Consultiva de Contratación Administrativa como contrato administrativo

especial-, a este respecto, es decir, cuando se trata de la construcción de una obra pública y su explotación, ninguna duda cabe respecto al tipo de contrato de que se trata, sin que siquiera por aparecer el uso del dominio público se haya calificado de especial, y ello porque es evidente, más en este caso, que parte del propio objeto del contrato es la construcción de la residencia y no solo de la utilización de un edificio ya existente, por más que se haga sobre dominio público y, además, esté afecto a un uso o servicio público. Así, por ejemplo, nadie duda de que la obra y explotación de un parking es un contrato administrativo por más que se haga sobre dominio público. En conclusión, como puede comprobarse, ni siquiera se duda que se trate de un contrato administrativo especial cuando estamos ante la construcción de una obra pública y su explotación o a la prestación de un servicio público a través de la misma, y ello porque se trata de contratos nominados sin que sea preciso acudir a otro criterio secundario.

Es decir, cuando el objeto es el propio de un contrato nominado, como es el caso, y lo era ya entonces, no puede haber duda respecto a su calificación como contrato administrativo, y que el objeto de la concesión era la propia de un contrato de concesión de obra o servicio es incuestionable, como el propio dictamen pone de relieve. Es más, recuérdese que la normativa de contratos ha ido zanjando cada vez con mayor claridad esta cuestión cuando excluye de su ámbito de aplicación las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en la propia Ley de contratos.

## **2) Nulidad del acto y aplicación de los límites a la potestad de revisión**

Sobre este extremo, en primer lugar, cabe compartir con el sentido del dictamen que ninguna duda cabe respecto a la nulidad del acuerdo de prórroga objeto de esta revisión de oficio.

De otro lado, por lo que a la cuestión clave del dictamen se refiere -la aplicación de los límites a dicha potestad-, se comparte con el dictamen aprobado que la potestad de revisión es de carácter excepcional, ninguna duda cabe al respecto como lo vienen afirmando el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado. Aunque también lo es la propia aplicación de los límites, pues se trata de una excepción a la regla general de que la Administración dispone de la potestad de revisión, dentro de su potestad de autotutela declarativa, como el propio dictamen reconoce al recoger lo dicho en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1988.

En fin, se trata en primer lugar y entre otras cosas, de una excepción que permite en determinados supuestos fácticos frenar u oponerse a la anulación de un acto o disposición general en atención a ciertos principios que entran en colisión con el de legalidad y que en atención a las circunstancias concretas del caso se consideran prioritarios. Como bien ha señalado el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su Sentencia núm. 1683/2019, de 22 de mayo de 2019, recurso de casación núm. 1137/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo (ECLI:ES:TS:2019:1683), los límites del ahora art. 110 de la Ley 39/2015 solamente permiten impedir el ejercicio de la potestad de revisión -que carece de plazo- en supuestos excepcionales, que habrán de ser debidamente motivados en razones excepcionales relacionadas con la equidad, buena fe o con los derechos de los particulares que se verían afectados por la nulidad del acto declarada. En conclusión, si bien la potestad de revisión es excepcional, de ahí la interpretación restrictiva que se viene haciendo de las causas de nulidad de pleno derecho, también lo es, una vez constatada la concurrencia de una de ellas, la aplicación de los límites.

Igualmente se comparte que la esencia de la potestad de revisión y de sus límites se encuentra en el conflicto existente entre el principio de legalidad y el de seguridad jurídica, como bien viene determinándolo la jurisprudencia y la doctrina administrativa de los órganos consultivos. También se comparte que los límites operan no solo por la concurrencia de alguno de los

presupuestos fácticos del art. 116 de la Ley 39/2015, sino porque con ello se vulnera algunos de los principios en él recogidos, así como que la propuesta de resolución debería haberse manifestado al respecto.

Sin embargo, como bien viene sosteniendo esa misma jurisprudencia, doctrina de los órganos consultivos y la equidad misma, para llegar a la conclusión de qué principio prevalece en el caso concreto, si el de legalidad o el de seguridad jurídica, es necesario una ponderación adecuada de las circunstancias de cada caso, siendo que dicha ponderación es la que no se comparte por quienes suscriben este voto particular.

Y es que ante esta tensión entre ambos principios es inevitable, como bien ha reiterado el Tribunal Supremo, atender a cada caso concreto, ya que no puede afirmarse la primacía de ninguno de ellos con carácter general. Y es que, se trata de satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto. De tal modo que la única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos.

En efecto, el análisis de cada caso concreto es imprescindible para decidir, por quien corresponda -Administración, jueces, órgano consultivo, etc.-, la aplicabilidad de los límites del art. 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Atendiendo tanto a las circunstancias concurrentes como a la actitud de los sujetos participantes y a las consecuencias que, en su caso, implicaría la anulación. Lo que enlaza con otra discrepancia con el dictamen, pues en el mismo se sostiene que no debe atenderse a las consecuencias de la anulación, lo que no podemos compartir, dado que, a nuestro juicio, es determinante para conocer precisamente en qué medida se verían los intereses afectados en juego, así como valorar si el ejercicio de la potestad de revisión resulta proporcionada o no, y lo que a su vez hace el propio dictamen en algún momento, como se dirá.

Lo dicho enlaza nuevamente con otros aspectos determinantes para conocer la naturaleza misma de los límites de la potestad de revisión, su fundamento y su finalidad última. Así, en primer término, a este respecto se introduce otro principio esencial del Derecho Administrativo, como es el de proporcionalidad, pues, como bien ha señalado la jurisprudencia, con los límites del art. 110 se busca -a través de esa ponderación de intereses en juego, pero también de las consecuencias de una opción u otra-, evitar un ejercicio desproporcionado de la potestad de revisión. O, desde otra perspectiva, evitar el abuso en el ejercicio de la misma.

A este respecto resulta reveladora la Sentencia del TS núm. 19/2017, de 11 de enero de 2017, recurso de casación núm. 1934/2014, cuando afirma en su F. J. Tercero que “En todo caso, la aplicación de este precepto exige que el tribunal hubiese razonado sobre las razones excepcionales relacionadas con la equidad, buena fe o derechos de los particulares que se verían afectados por la nulidad del acto declarada (...). Sin que, por lo tanto, baste con vincular el transcurso del previsto en el ordenamiento jurídico para ejercer la acción de anulación o para solicitar el reintegro, con el límite excepcional previsto en el art. 106 de la Ley 30/1992 para impedir el ejercicio de la revisión de un acto nulo de pleno derecho, pues este razonamiento confunde el plazo de prescripción de la acción para solicitar el reintegro de la subvención por incumplimiento de la misma con el límite excepcional que opera cuando existe un ejercicio desproporcionado de la facultad de revisión de oficio”.

A nuestro juicio, con esta expresión se resume de forma bastante precisa la finalidad misma de esta figura, que, ya adelantamos -aunque ahondaremos en ello un poco más en líneas venideras-, no es otra que una aplicación adecuada, proporcionada y equitativa del Derecho, por lo que a la potestad de revisión que el mismo reconoce, se refiere.

Pero no solo resulta imprescindible atender a los presupuestos fácticos objetivos del caso, así como a las posibles consecuencias de la anulación, de producirse esta, con la finalidad de valorar si se vulneran ciertos principios

-con especial importancia por lo que a la equidad se refiere-, sino que dentro de las circunstancias concretas del supuesto resulta de máxima relevancia la propia actitud de los sujetos participantes: Administración e interesados.

De hecho, ese elemento subjetivo es una diferencia fundamental entre los límites a la potestad de revisión contenidos en el art. 110 y los recogidos en el art. 109 de la LPACAP, dado que en este último caso se prescinde de la actitud o comportamiento de los sujetos participantes, atendiendo de forma mucho más directa a las consecuencias, principalmente jurídicas, de la anulación; es decir, a que la revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico ni al interés público, concretando que no sea contraria al principio de igualdad ni suponga dispensa o exención contraria a la ley.

Como se ha dicho, es relevante el comportamiento de los interesados y de la Administración en cada caso concreto, si bien, no solo desde la perspectiva subjetiva de intencionalidad -aunque en algún caso también se aluda a ello en cierta medida cuando se recoge la falsedad en el art. 37.1.a) de la Ley General de Subvenciones o el art. 146.2, a y c) de la Ley de la Jurisdicción Social-, sino también desde una perspectiva más amplia.

La equidad es a nuestro juicio el fundamento último y la justificación de la excepción que el art. 110 prevé, en fin, la justicia en el caso concreto. Tal y como ya lo viniera a reconocer el propio TS en su Sentencia de 20 de mayo de 1987 (RJ\1987\5827), Sala de lo Contencioso-Administrativo, cuando llega a afirmar que "El Tribunal, por ello, considera que para aproximarse a la justicia del caso hay que recurrir a la equidad. En el bien entendido de que aplicar una solución de equidad no significa de ningún modo emplear un criterio de benevolencia. Se trata, simplemente, de hacer justicia, o, si se quiere, de llegar a la justicia del caso. La equidad es una forma de normatividad no jerarquizada. Y su aplicación es aquí posible porque existe la ley de que habla el artículo 3 del Código Civil que permite su aplicación. En efecto, el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo dice que `las facultades de



anulación y renovación no podrán ser ejercitadas cuando (...) su ejercicio resultase contrario a la equidad’”.

Se trata, al fin y al cabo, de atemperar las consecuencias contrarias a diversos principios que podría tener una aplicación estricta y sin matizaciones de la potestad de revisión. No es otra cosa, por tanto, que el cumplimiento del mandato establecido en el art. 3.2 del Código Civil, cuando dice que “la equidad deberá ponderarse en la aplicación de la norma”.

En último término, se busca con esos límites evitar que el ejercicio de la potestad de revisión conculque principios que entran en colisión, en este caso, con el de legalidad -que es el que justifica esa potestad-, siendo para ello necesario analizar cuál ha de prevalecer en cada caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes. Se busca, de este modo, evitar una aplicación de la norma que resulte injusta por ser contraria a esos principios. Siendo imprescindible a tales efectos conocer las consecuencias de la anulación, en su caso, y la participación o comportamiento de los sujetos implicados.

En conclusión, podría decirse que los límites son un modo de control de la aplicación o ejercicio de la potestad de revisión cuyo fundamento es principalmente la equidad, en cuanto la misma persigue una interpretación y aplicación justa de la norma, en este caso con el objetivo o finalidad última de que la potestad de revisión no sea utilizada de forma desproporcionada o abusiva, atendiendo a las consecuencias que la misma podría producir, así como diversos aspectos -entre ellos el propio del comportamiento de los sujetos intervinientes-, principios e intereses que entran en colisión. Por tanto, haciendo una ponderación de todo ello.

Lo dicho conecta con otra de las principales discrepancias advertidas respecto al dictamen concreto, nos referimos a los elementos tomados en consideración y a la ponderación de todos esos aspectos. A este respecto, en primer lugar, a nuestro juicio, no se tienen en cuenta aspectos relevantes para determinar si en el caso existe una situación digna de protección jurídicamente, por ejemplo, la compensación irregular del ICIO a que alude el

Informe de la Sindicatura de Cuentas, el hecho de que la modificación es instada por el contratista y no impuesta por la Administración -como exigía el art. 248 del TRLCAP entonces vigente para proceder a la modificación-; es decir, no se trata de una inversión que proviene de la confianza legítima en un acto impuesto por la Administración, sino al contrario, una modificación propuesta por el concesionario y que, además, no es formalmente aprobada hasta cinco años después (en 2012 como precisa el informe de la Sindicatura de Cuentas), o que el acto objeto de revisión, es decir, el acuerdo de prórroga, no ha empezado siquiera a producir efectos, los cuales comenzarán a partir de 2036, ni las consecuencias que -desde la perspectiva de los principios de contratación impuestos por la normativa comunitaria- podría conllevar el no anular la prórroga, así como la evidencia y conocimiento por ambas partes de que no se trataba de una concesión demanial, sino de un contrato administrativo, como ya se ha explicado en el primer punto, y que, sin duda, a nuestro juicio es una premisa de la que parte el dictamen y que arrastra a lo largo de toda su argumentación.

Así, cuando comienza a analizar la concurrencia de los límites a la potestad de revisión, precisamente, afirma que "En el terreno de los hechos, nos enfrentamos a la adjudicación de una concesión en concurso público y abierto, calificada como demanial en el pliego rector y para la que se prevé un plazo de duración de 30 años prorrogables por otros 20, sometiéndola expresamente a la legislación patrimonial. Advertido que su auténtica naturaleza es contractual -extremo que, reiteramos, no se deduce pacíficamente o con facilidad-, se observa que la improcedencia de la ampliación del plazo en el momento en que se produce no entraña una ilegalidad notoria, manifiesta y ostensible para cualquier operador en el mercado", mientras que, como ya hemos explicado, a nuestro juicio, esta premisa es errónea, pues tanto la Administración como el contratista debían ser conocedores de la naturaleza contractual de la concesión, pues así constaba inequívocamente en el expediente, especialmente, en el documento

contractual firmado por ambas partes. Es más, el propio dictamen en otro momento califica de “notorio el irregular proceder de la Administración” en relación al acuerdo de prórroga.

Además, a este respecto hay otra afirmación que no puede compartirse sin más, nos referimos a que el dictamen parece asumir la alegación del afectado respecto a que sin las modificaciones que el mismo propone no podría haberse ejecutado la obra. A nuestro juicio, el dictamen no tiene en cuenta que se trata de una modificación propuesta unilateralmente por el contratista, ni tampoco queda debidamente motivado y acreditado que esas modificaciones fueran necesarias o imprescindibles, como podría deducirse de la motivación alegada por el interesado -especialmente por lo que se refiere a que se deben a cambios normativos-, y que parece asumir el Ayuntamiento. Sino al contrario, si bien el dictamen parece entender que la modificación proviene de cambios normativos y de mejoras sin las que no se podría haber ejecutado la obra, lo cierto es que concluye lo contrario cuando afirma que hay “ausencia de necesidades nuevas o causas imprevistas” y, por ende, que no cabía la modificación. Y es que si realmente esas modificaciones provinieran de cambios normativos -como en su momento alegó, entre otras razones, el contratista- debería valorarse si realmente no era una circunstancia sobrevenida que podría dar lugar a la modificación -según el art. 101 del TRLCAP entonces vigente- y no, al contrario, negar la existencia de necesidades nuevas o causas imprevistas.

De otro lado, por lo que se refiere a las mejoras, si bien pueden, como sostiene el dictamen, deberse a razones de interés público por parte del Ayuntamiento -aunque tampoco queda suficientemente motivado-, lo cierto es que eso no cambia el hecho de que distorsiona las condiciones en que se adjudicó el contrato, tal y como también pone de relieve el informe de la Sindicatura de Cuentas. Por ello precisamente la normativa de contratos no permitía entonces -ni permite ahora- sin más cualquier modificación aunque se deba al interés público, todas deben tener como base el mismo, pero solo

caben las permitidas legalmente, en aras a no defraudar el procedimiento de adjudicación, como bien se deriva de las Directivas europeas. Además, debe insistirse no solo en que la modificación la propone el contratista, sino que el proyecto de obra es suyo, es decir, como puede comprobarse en los pliegos, no se trata de un proyecto de la Administración que a la hora de ejecutarlo el contratista se encuentra con la inviabilidad del mismo de no introducir cambios, sino que dentro de las obligaciones del concesionario contratista la primera es la redacción de un proyecto de obras para edificio residencial asistencial de la tercera edad (cláusula XXII). Dentro de los dos únicos parámetros que fija la Administración (2.000 metros cuadrados de terreno y límite de tres plantas) es él quien hace el proyecto y él mismo quien pocos meses después decide modificarlo incrementando el número de plazas e incumpliendo además dichos parámetros, dado que, como consta en el expediente, excedió el espacio cedido a efectos de la edificación, es decir, los 2.000 metros cuadrados. En septiembre de 2007 se autoriza la prórroga y es en octubre de ese mismo año cuando se autoriza el inicio de las mismas, autorizando días después la constitución de la hipoteca sobre los 8.242 metros de la finca, lo cual supone otra irregularidad manifiesta. Las obras finalizan en diciembre de 2008 pero es el 23 de octubre de 2012 cuando la Junta de Gobierno Local aprueba el modificado de proyecto de ejecución presentado.

De otro lado, aunque el dictamen se esfuerza por justificar que la aplicación de los límites no atiende en este caso únicamente al tiempo transcurrido, reconoce que da importancia a que hayan superado los diez años; criterio que a nuestro juicio tampoco es acertado, dado que el tiempo transcurrido, y con independencia del plazo de que se trate -no debe olvidarse que la norma no establece plazo alguno para la revisión de oficio y así lo viene reiterando el Tribunal Supremo en múltiples sentencias como las ya citadas-, es relevante a efectos de conocer si se trata de una situación consolidada o no. Cuestión distinta es que la misma ha de ser también digna de protección, lo que no se produce por el mero transcurso de tiempo, sino, entre otros

elementos, por la propia actuación del interesado y, en particular, por una diligencia media de este. Así, véase también el citado dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León de 23 de julio de 2009, donde a pesar de haber transcurrido más de diez años no se entendió que fueran aplicables los límites a la potestad de revisión al ponderar los intereses en juego y primordialmente el interés público. O el dictamen del Consejo de Estado de 11 de mayo de 2005, en un caso en que habían transcurrido más de veinte años.

Sin perder de vista que, aunque han transcurrido más de diez años desde la aprobación del acto, el mismo aún no ha comenzado a desplegar efectos, dato que no puede obviarse en la ponderación de las circunstancias, a lo que se suma la posibilidad de acordar aún esa prórroga, es decir, hasta 2036, podría en su caso acordarse, eso sí dentro de la legalidad y con los matices que luego diremos. De este modo, en la valoración de todos los elementos es un aspecto a tener presente, tanto que aún no ha producido efectos el acto a revisar, como que en teoría y según la propia argumentación esgrimida en el dictamen la prórroga prevista en el pliego podría acordarse al estar próximo el fin del contrato, es decir, en 2036, con lo que la anulación de la prórroga/modificación ilegal no implica privar de esa opción a la Administración ni la expectativa del contratista -que no su derecho a ello, pues como bien dice el propio dictamen, no existe dicho derecho a la prórroga-.

En efecto, no debe perderse de vista que la prórroga es una decisión discrecional de la Administración -no un derecho del contratista-, que deberá adoptar en atención al interés público presente y con base a las exigencias de una buena administración que, precisamente, condicionan esa discrecionalidad. Es más, la prórroga habrá de valorar también el cumplimiento por el contratista, lo que precisamente hace inviable que se acordase en el momento en que se hizo, ni que pudiera pensarse que la misma era posible legalmente en aquel momento.

Por lo que al comportamiento de las partes se refiere, en primer lugar, es preciso atender a la diligencia del contratista para poder calificar como

“digna de protección” la situación. Señala el dictamen que la ampliación del plazo -es decir, la prórroga- realmente no es prórroga sino una modificación, “no entraña una ilegalidad notoria, manifiesta y ostensible para cualquier operador en el mercado” y también que “el concesionario no recibe nada que resulte materialmente ajeno a las previsiones expresas del pliego”, así como que el contratista conoce de conciertos de plazas “pero que no opera generalmente en base a contratos o concesiones administrativas para la instalación de centros residenciales”; afirmaciones que no se comparten plenamente. En primer lugar, porque entendemos que para cualquier contratista que se presenta a licitaciones en el ámbito público, sea del sector que sea -y más con el volumen de inversión del caso concreto-, debe conocer el procedimiento de contratación, así como que si presenta un proyecto no puede cambiarlo unilateralmente y esperar que la Administración le compense sin seguir el procedimiento oportuno de modificación, más cuando ni siquiera con dicho proyecto cumple las dos exigencias mínimas que imponía la licitación. Cuanto menos, a nuestro juicio, es dudoso, sin que pueda afirmarse, como hace el dictamen, que no es una información que deba conocer cualquier operador en el mercado. A este respecto la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo recuerda que la mera voluntad entre ambas partes no puede imponerse a la norma imperativa. Es más, se omite en el dictamen otro aspecto relevante, como es que el propio concesionario ya había utilizado el argumento de ampliación de plazas concertadas con el ERA a cambio de compensar el ICIO (ya en enero de 2007, es decir, incluso antes de presentar el proyecto modificado, si bien más tarde lo consiguió por otras razones), lo que lleva a que sea cuanto menos dudoso que se haya realizado una ponderación adecuada de todos los hechos presentes en el asunto.

Además, en puridad, el modificado no se aprobó hasta mucho después de realizar las obras, en concreto en 2012; si bien se prorrogó antes de las obras el plazo, la modificación no fue supuestamente aprobada hasta después, es decir, no se modifica formalmente el proyecto, siendo el que debe ser

ejecutado por el contratista antes de las obras, sino años después, por lo que resulta también dudoso que pueda sostener que ejecutó las obras en la confianza legítima del proyecto impuesto o aprobado siquiera por la Administración. No se trata además de recalcar extemporáneamente esa modificación -como se afirma en el dictamen-, sino de analizar si cabe anular o no esa actuación carente de procedimiento. Es evidente que no cabe imputar al concesionario la falta de procedimiento, pero esa no es la cuestión, sino si él debía conocerlo y, en definitiva si él creía realmente en la legalidad de lo actuado y no solo en la aquiescencia de la Administración. Por ello no se comparte la afirmación de la que aquiescencia por parte de la Administración viene a confirmar la apariencia de validez del acuerdo, sino solo la postura de la Administración al respecto, pero no necesariamente la creencia en la legalidad del acto.

En definitiva, para tratarse de una situación digna de protección es imprescindible que él estuviera en la creencia de la legalidad de la situación y no solo que de la actuación de la Administración se derivara una postura de esta proclive a su mantenimiento, por otro lado, siempre a instancias del interesado y no a iniciativa propia (lo que ha de tenerse en cuenta, como por ejemplo hace el Consejo Consultivo de Castilla y León en su dictamen de 23 de julio de 2009, donde se hace referencia a que "todas las modificaciones realizadas fueron a instancia y en favor de los ahora alegantes" y donde también habían transcurrido más de diez años, lo que no impidió la anulación). Lo cual se pone en duda, a nuestro juicio, al valorar el conjunto de hechos, empezando porque no parece, como ya se ha explicado, que el contratista realmente pudiera tener la convicción de que se le había otorgado una concesión demanial y no un contrato administrativo.

En fin, para que haya protección de la confianza legítima debe haber una situación digna de protección, para lo cual no basta que haya una confianza en la continuidad de la situación, sino que esta sea legítima, por tanto, que el contratista desconociese la ilegalidad o debiera desconocerla con

una diligencia media. Y a nuestro juicio, un operador con una diligencia adecuada en el mercado -no cualificada ni especial- debe conocer que no puede modificar unilateralmente el proyecto que él mismo había presentado y pretender que la Administración amplié en veinte años la concesión contractual para compensar el incremento de la inversión sin seguir el procedimiento de modificación del contrato, ni que puede haber legalmente la autorización de la prórroga sin haber siquiera comenzado a ejecutar el contrato. Pues, si bien la prórroga estaba prevista, cualquier operador del mercado conoce la esencia de dicha figura y que no es, ni mucho menos, lo que se produjo. Repárese en que ni la finalización del contrato estaba entonces -ni ahora tampoco- cercana, de ahí precisamente que esa prórroga pudiera -en teoría- todavía ser acordada.

A nuestro juicio, resulta ilustrativo para entender cuándo opera el principio de protección de la confianza legítima conocer el origen del mismo. Así, este principio, como bien es sabido, se toma por nuestro sistema de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que a su vez lo importa del ordenamiento alemán. Precisamente en el sistema alemán se deja claro a la hora de regular la revisión de actos nulos en la propia Ley de Procedimiento Administrativo, cuándo opera este principio para oponerse a la anulación. En concreto, en el sistema alemán la retirada o revisión de un acto administrativo está regulada fundamentalmente en los arts. 48 y 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*). El primero de ellos hace referencia a los actos ilegales, mientras que el segundo se centra en la revocación de actos legales. Prevé, por tanto, tanto la revisión por razones de legalidad como la revocación por motivos de oportunidad.

Acepta igualmente la posibilidad de que la revisión, que puede ser total o parcial, implique efectos *pro futuro* o retroactivos, si bien, en el caso de que se trate de un acto administrativo beneficioso, es decir, que crea o confirma un derecho o una ventaja jurídicamente relevante (*begünstigender Verwaltungsakt*) -como es el caso que nos ocupa-, esta posibilidad queda



limitada por las restricciones que el citado precepto establece, donde han de ser ponderados el interés particular y el interés público presentes en el caso para concluir si existe una situación protegible jurídicamente que pueda llegar a impedir la revisión, ponderación en que despliega sus efectos el principio de confianza legítima. Confianza que no es digna de protección cuando la obtención del acto ha sido fraudulenta o se tiene conocimiento de la ilicitud, o el desconocimiento se debe a negligencia.

Es decir, no puede hablarse de una situación digna de protección cuando el beneficiario del acto favorable tiene conocimiento de la ilicitud o el desconocimiento se debe a la falta de diligencia adecuada. Lo que viene a ser ratificado por el propio Tribunal Supremo en sentencias como la 420/2018, de 15 de marzo. Es decir, no basta con que la propia Administración haya manifestado su conformidad con la situación, es necesario además para generar una expectativa legítima que el beneficiario confiara en la licitud del acto actuando con una diligencia media.

En el caso que nos ocupa, a nuestro juicio, resulta dudoso que el contratista pudiera creer ciertamente que la modificación-prórroga acordada y cuya nulidad se plantea ahora era acorde a derecho, así como que se trata de una concesión demanial y no contractual. Y es que, como bien viene diciendo el TJUE el derecho a una buena administración exige también una obligación jurídica de tomar en consideración con la máxima diligencia y cuidado posibles los hechos (obligación de *due care o due diligence*), intereses, derechos y normas jurídicas implicados en la toma de toda decisión administrativa discrecional (Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) de 29 de abril de 2015, en particular los apartados 81 a 83, entre otras).

A nuestro juicio, en este caso no se ha tomado en consideración ese aspecto, ni valorado con el cuidado debido los hechos, pues la conclusión de que se ha vulnerado la confianza legítima del concesionario se basa prácticamente de forma exclusiva en la actuación de la Administración que supuestamente le induce a creer que esa era una situación legal y digna de

protección. Cuando lo cierto es que la ilegalidad es palmaria y cuando ni siquiera la "modificación-prórroga" proviene de la iniciativa de la Administración, sino de él mismo, resulta difícil llegar a la convicción de que este pudiera confiar y creer ciertamente que él podía modificar el proyecto por él mismo presentado, ejecutar la obra en términos diferentes a los de la adjudicación -en cuanto por ejemplo excedió los metros cuadrados objeto de la concesión- y que la supuesta prórroga -que no es tal- concedida por la Administración era acorde a la legalidad; máxime -se insiste- en que era evidente y conocido por ambas partes la naturaleza contractual de la concesión.

En fin, como viene sosteniendo el TS no basta con el transcurso del tiempo para que operen los límites, pues ello supondría desvirtuar la propia esencia de la revisión que se ha constituido como un mecanismo no sometido a plazo, ni el principio de la confianza legítima ampara cualquier situación en que la Administración haya actuado en una determinada dirección, sino que debe tratarse de una situación digna de protección, para lo cual resulta imprescindible que el propio beneficiario de la misma no tenga conocimiento de la ilicitud o el desconocimiento se deba a negligencia. No olvidemos además que hablamos de actos nulos de pleno derecho, que no quedan subsanados ni convalidados con el transcurso del tiempo.

Así, el TS en el F. J. 4 de la sentencia indicada sostiene lo siguiente: "Pues bien, ningún operador jurídico y económico podría atribuir la menor apariencia de regularidad a un modo de actuar por el órgano administrativo carente de todo procedimiento regular, ni es admisible sostener, como pretende la recurrente, que existía apariencia de ejercicio normal de competencias propias por el Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Junta de Andalucía. Como destaca la resolución recurrida, y ratifica en este punto la sentencia recurrida, no ha existido, en este caso, ningún elemento que permita apreciar una actividad administrativa normal, que pudiera ser generadora de tal expectativa legítima. Antes bien, la actora, que muestra el

conocimiento propio de un operador jurídico y económico de implantación, no ya regional, sino nacional, no pudo legítimamente considerar que el procedimiento seguido cumpliera con los mínimos requisitos habituales. Como hemos expuesto en nuestra Sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2006 (rec. cas. núm. 5959/2001), y que se reproduce en la Sentencia de 15 de diciembre de 2007 (rec. cas. núm. 1830/2005), el principio de confianza legítima, tiene el siguiente ámbito de protección, condicionado a la concurrencia de estos presupuestos: El principio de buena fe o confianza legítima, principio que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14-5-1956 del Tribunal Contencioso- Administrativo de Berlín), y que constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto *Lemmerz-Werk*), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/99, de reforma de la Ley 30/92, art. 3.1.2). Así, la STS de 10-5-99 recuerda "la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquella, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el

principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general”. Por otra parte, el origen ilícito o gravemente irregular de la actuación administrativa, y la absoluta indefinición de los compromisos o actuaciones que debería desarrollar la beneficiaria de la subvención, es por completo incompatible con el nacimiento de una expectativa legítima digna de protección, pues como precisamos en nuestra Sentencia de 1 de febrero de 1999 (recurso de casación 5475/1995) “este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los ‘actos propios’ sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de esta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al

ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquellos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa” (F. D. segundo). En consecuencia, la actuación administrativa recurrida no ha quebrantado el principio de confianza legítima, ni contradice actos propios de la Administración a los que pudiera atribuirse cualquier valor vinculante”.

Varias cuestiones relevantes se recogen en esta sentencia; de un lado, la mención -cuando explica cómo opera el principio de protección de la confianza legítima- a que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquella, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. Aquí hablamos no de decisiones de la Administración en función de las cuales actuó el contratista, sino a la inversa. De otro lado, que este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, así como que lo contrario supondría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad. Además de dejar claro que el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente, más cuando esta es manifiestamente irregular.

En conclusión, nuestra principal discrepancia radica en la argumentación seguida para concluir que existe confianza legítima que se conculcaría con la anulación, por cuanto confianza sí, pero legítima implica que exista una situación digna de protección, para lo cual no basta con que el interesado no haya ocultado la modificación ni su alcance, sino que actuara diligentemente y

que tuviera la convicción -con una diligencia media- de que la situación era legal, no que la posición de la Administración era esa, sino que la misma era acorde a la legalidad. Sin olvidar el dato además a tales efectos de que la modificación del proyecto no consta en el expediente hasta 2012, con posterioridad por tanto a la ejecución de la obra. Y que se debió dicha modificación no a la iniciativa de la Administración sino del propio contratista. Así como la clara naturaleza contractual de la concesión, conocida por ambas partes, tal y como se deriva del documento contractual firmado. Finalmente, otros actos de la Administración que parecen avalar la postura de esta proclive a la prórroga, como el referente a la autorización de la hipoteca, también son notoriamente irregulares, lo que no debe obviarse. Y sin olvidar, de igual modo, que la posible expectativa legítima de ampliación de plazo mediante la prórroga no queda totalmente suprimida por la anulación del acuerdo que aquí se somete a revisión, sino que dentro de la legalidad y de los criterios de buena administración la misma aún podría acordarse. Así como el dato relevante de que dicho acto aún no ha comenzado a desplegar efectos.

En efecto, en la ponderación de los intereses falta tomar en consideración hechos relevantes, como los indicados, o incluso que realmente el acto a revisar -la supuesta prórroga- aún no ha empezado a producir efectos (lo que sucedería a partir de 2036), lo que a nuestro juicio ahonda en la idea de que difícilmente podemos hablar de una situación jurídica consolidada y digna de protección. En fin, en esa ponderación de intereses presentes -a nuestro juicio, incompleta- no se han tenido en cuenta las consecuencias de una y otra opción, especialmente por lo que al interés público se refiere. Y es que a este respecto, como bien precisó el Consejo de Navarra en su Dictamen 10/2000, de 15 de mayo, siguiendo al propio TS "es cierto que las Administraciones (...) deben respetar los límites fijados a la revisión por el artículo 106 de la LRJ-PAC, entre los que, *prima facie*, podría entenderse aplicable al presente caso el de equidad, íntimamente ligado con el de la buena fe (...), pero no puede olvidarse que, como tiene dicho el Tribunal

Supremo en reiteradas sentencias (por todas las de 3 de octubre de 1974, R. A. 3571, y 18 de octubre de 1982, R. A. 6389), la equidad nunca debe operar en contra de la ley, sino en función integradora de la misma en casos de duda de la normativa legal, circunstancia esta última que no se da en el presente caso por las razones anteriormente expuestas, y porque la declaración de irrevocabilidad no entrañaría una solución justa porque se harían prevalecer intereses particulares en contra de los generales”.

Además, a nuestro juicio, tampoco pueden obviarse las otras irregularidades que constan en el expediente, por más que respecto a las mismas no se haya continuado el procedimiento de revisión respecto a las mismas, es decir, la cesión ilegal del contrato, el exceso de ocupación, la autorización de hipoteca sobre la finca completa, la compensación irregular del ICIO, etc. Y, especialmente las consecuencias de la anulación, pues tampoco se comparte que no deban ser estas examinadas en cuanto a los límites de la potestad, sino al contrario, sin conocer los efectos difícilmente podremos valorar los intereses en juego ni la equidad misma de la decisión.

### **3) Funcionalidad y modo de aplicación de los límites a la potestad de revisión**

De otro lado, y aún en el caso en que de los hechos que constan en el expediente y de su ponderación adecuada pudiera entenderse que tal situación es digna de protección -lo que a nuestro juicio no sucede-, tampoco compartiríamos sin más la conclusión final del dictamen, es decir, que no cabe la anulación, pues cabe, a nuestro juicio, la posibilidad de ponderar los efectos de la misma, en este caso, por ejemplo, al tiempo imprescindible para compensar un hipotético desequilibrio del contrato, lo que estimamos tampoco se valora suficientemente, pues asumir sin más el informe de parte de que para ello es imprescindible prorrogar la concesión 20 años más, hasta un total de 50 años, requiere de un estudio y motivación mayor.

Es decir, sería más acorde a la equidad, una vez que se constatase la nulidad y en caso de concurrir confianza legítima -lo que cuanto menos es dudoso en este caso-, proceder a ponderar los resultados de la anulación, limitando los efectos al plazo imprescindible, especialmente si tenemos en cuenta que esa ampliación de plazo, por más que fuera posible conforme a la normativa entonces vigente en materia de contratación, hoy es contraria a los principios de contratación pública más elementales del Derecho Comunitario, siendo necesario interpretar, como ha dicho la doctrina y la jurisprudencia, esa normativa conforme a los principios básicos marcados por el TJUE y las Directivas.

A este respecto, valga de ejemplo la Sentencia Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04, *Adeneler*, y las en ella citadas, donde se deja claro que esta obligación de interpretación conforme al Derecho Comunitario concierne a todas las disposiciones del Derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a la Directiva de que se trate (véase, en particular, la Sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 8, y la sentencia *Pfeiffer*), y que si bien no ampara una interpretación *contra legem*, el principio de interpretación conforme exige sin embargo, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, que se haga todo lo posible a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por esta (véase la sentencia *Pfeiffer* y otros, apartados 115, 116, 118 y 119).

Y es aquí donde, a nuestro juicio, sería perfectamente posible interpretar, por tanto, esa normativa anterior (TRLCAP) a la luz de las reglas básicas actuales sin que fueran contrarias a dichas normas, por cuanto la prórroga no es un derecho del contratista -como bien reconoce el propio dictamen-. De tal modo que en cumplimiento del citado principio de interpretación conforme a las nuevas Directivas, que impone sin lugar a dudas la jurisprudencia comunitaria, sería imprescindible analizar todos los elementos



presentes en el caso para concluir qué plazo resultaría imprescindible para compensar las inversiones realizadas por el contratista, dado que ninguna duda cabe que una de las principales novedades en materia de contratación tras las Directivas de 2014 y, ya con anterioridad, por la jurisprudencia del TJUE, es la referente al plazo de las concesiones, dado que el mismo no puede exceder de lo estrictamente imprescindible para recuperar la inversión y obtener un beneficio, pues lo contrario puede implicar ayudas de Estado encubiertas contrarias al Tratado de la Unión.

En esta línea, la más autorizada doctrina (Gimeno Feliú, J. M.) viene indicando que, "junto a este valor interpretativo de las Directivas comunitarias, no puede desconocerse la existencia de un derecho pretoriano que vertebró el sistema. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante existe una importante "fuente de derecho", ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. De hecho son, en la práctica, una especie de codificación que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema. Así, los conceptos "comunitarios" deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE (como ya indicaran Chinchilla Marín, C. y M. Sánchez Moron). Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión "local" de las normas de contratos públicos. Existe, en consecuencia, una "armonización" a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)".

En conclusión, como bien ha indicado la doctrina (C. Chinchilla Marín), la interpretación del Derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del Derecho comunitario y no desde los Derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación

amplia del Derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de “excluir” su aplicación.

Desde esta premisa, en el caso que nos ocupa, a nuestro juicio, el dictamen debería haber tenido en cuenta esta cuestión y analizar, a la hora de aplicar los límites de la potestad de revisión, los efectos y, en particular, el hecho de que al acordar que no cabe proceder al ejercicio de la potestad de revisión y, por ende, no poder la Administración anular el acto por el que se acordó la prórroga, se incumplen las reglas de contratación pública impuestas desde el Derecho Comunitario, y, en consecuencia, el principio y deber de interpretación conforme a las Directivas actuales y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Y la Directiva de concesiones es clara en su considerando (52) cuando explica que “La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al periodo en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios (...). Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un periodo inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional”.

Lo que explica que en el art. 18 de la misma, al regular la duración de la concesión, determine que “1. Las concesiones serán de duración limitada. El poder o entidad adjudicador calculará la duración en función de las obras o los servicios solicitados. 2. Para las concesiones que duran más de cinco años, la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos”.

Lo que se refleja en el art. 29.6 de la LCSP de 2017, donde con claridad se establece que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto, y que en el caso de sobrepasar el plazo de cinco años la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. Y sin que, en ningún caso, pueda superar los cuarenta años.

En fin, a nuestro juicio, debería haberse tomado en cuenta esta cuestión a la hora de aplicar los límites a la potestad de revisión, valorando, en su caso, la aplicación de los mismos para modular y no para excluir el ejercicio de esta potestad, opción que entendemos que hubiera sido más equitativa y ajustada al interés público.

Y si bien es cierto que en alguna ocasión el TS parece haber entendido que los límites del ahora art. 110 de la LPACAP no sirven para modular la potestad de revisión, sino solo para excluirla, hay que circunscribir dicha postura a los supuestos concretos en que se ha producido, es decir, al ámbito de la Ley General de Subvenciones, donde el legislador sí optó por determinar los efectos de la anulación con claridad, de tal modo que por esa vía no cabe

eludir dichos efectos. Sin embargo, en otras ocasiones sí lo ha aceptado, así como lo ha hecho también el Consejo de Estado, por ejemplo, cuando otorga efectos *ex nunc* y no *ex tunc* a la nulidad de pleno derecho.

Y es que a tales efectos resulta importante partir de la funcionalidad de los límites de la potestad de revisión para concluir cuáles pueden ser los efectos de su aplicación. Así, partiendo de lo expuesto respecto a la naturaleza, fundamento y finalidad de la figura analizada, es decir, de los límites a la potestad de revisión, procede abordar otra cuestión de suma relevancia para poder llegar a una solución lo más equitativa posible.

Nos referimos a si a la hora de aplicar los límites del art. 110 de la LPACAP, tras hacer la ponderación a que ya se ha hecho referencia, es decir, una vez valoradas las circunstancias del caso y las posibles consecuencias de la anulación, solo cabe revisar o no el acto en función de qué principios o intereses se estima que han de ser priorizados. O si, por el contrario, sería posible emplear dicha ponderación no solo para excluir el ejercicio de la potestad de revisión, sino también para modularla, matizando, por ejemplo, sus efectos. De tal modo que el acto fuera anulado pero las consecuencias de esa anulación fueran mitigadas.

Así, por ejemplo, de optar por esta interpretación sería posible revisar un acto nulo de pleno derecho, pero simplemente con efectos *ex nunc*. Lo que se permite claramente por la regulación establecida en otros sistemas, como en el ordenamiento francés, que a tales efectos distingue entre la *abrogation* y la *retrait*.

Esta opción, a nuestro juicio, sería muy útil, más teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento no se concretan ni se matizan las consecuencias de la anulación del acto con carácter general en la LPACAP. Si bien es cierto que la normativa sectorial, en ocasiones, hace alguna precisión más al respecto -por ejemplo, el art. 36.4 de la Ley General de Subvenciones (que deja claro que "la declaración judicial o administrativa de nulidad o anulación de la subvención llevará consigo la obligación de devolver las cantidades

percibidas”), o el art. 42 de la LCSP (que como se ve en los expedientes de revisiones de oficio de contrataciones verbales establece que el contrato anulado entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor, y que la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido).

Y aunque es cierto que a este respecto no existe unanimidad, partiendo de la propia naturaleza y finalidad de esta figura, en los términos expuestos con anterioridad, es decir, que lo que se busca con la misma es una aplicación equitativa del Derecho, por lo que se refiere a una utilización proporcional y adecuada de la potestad de revisión, nada impide que los límites de la misma no solo la excluyan sino que también en ciertos supuestos sirvan para atemperarla.

Así podría pensarse, entre otros supuestos, en la percepción indebida de cantidades periódicas cuando no se cumplen los requisitos esenciales para ello, por ejemplo, un complemento por parte de un funcionario que ha obrado de buena fe y que teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, las circunstancias y consecuencias no aconsejan anular su concesión y retrotraer sus efectos, haciendo devolver las cantidades indebidamente percibidas. Ante esta tesitura, no parece adecuado ni exigir esa devolución, es decir, ni dar efectos *ex tunc* a la anulación, ni tampoco consentir que ello suponga que continúe cobrando dicho complemento. De ahí que pudiera, en aplicación del art. 110, entenderse que se anula el acto, pero solo con efectos *pro futuro*.

A este respecto no debe olvidarse lo ya dicho sobre los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de las anulaciones, es decir, que bien pueden ser determinados por el legislador y, en su defecto, por el juez, o, en este caso, por la propia Administración -normalmente el órgano consultivo que ha de emitir el dictamen- a la hora de proceder a esa anulación, en fin, a la hora de aplicar con equidad el Derecho por quien deba hacerlo.

Esta conclusión, si bien es cierto que no se deriva directamente de la literalidad del precepto en cuestión, no es menos cierto que cumpliría en mucha mayor medida la finalidad misma de esta figura, que no es otra, como se ha visto, que introducir la equidad en la aplicación de la norma, en cumplimiento de lo establecido en el art. 3.2 del Código Civil en aras de hallar una solución más justa y evitar un abuso del ejercicio de la potestad de revisión, en el sentido de que aun encajando en los supuestos excepcionales en que se permite anular un acto las consecuencias serían excesivamente gravosas y conculcarían otros principios a que da acogida también el ordenamiento jurídico.

De este modo, permitiendo que esos límites actúen -no solo de freno sino también de modulador de la potestad de revisión-, podría, sin duda y como la práctica pone de manifiesto, hacerse una aplicación más adecuada y finalista de la propia potestad de revisión. Y es que en ciertos casos una anulación sin más podría ser contraria a los principios enunciados en el art. 110, pero no así si se le dota solo de unas consecuencias más moderadas.

Es más, incluso podría, en algún caso excepcional, interpretarse que lo adecuado es anular el acto pero indemnizar en alguna medida al interesado perjudicado con dicha anulación, por ejemplo, cuando la ponderación de los principios en liza no aconseje el mantenimiento del acto inválido pero las consecuencias de su anulación pudiera considerarse que son excesivas de no mediar algún tipo de paliativo, como pueda ser la compensación en alguna medida. La idea expuesta de utilizar esta vía para atemperar los efectos de la revisión, en atención a las circunstancias del caso y con la finalidad de que la misma no conculque los principios que protegen los límites analizados, implicaría que se indemnizase en la medida en que precisamente con ello se logra que esa anulación no sea desproporcionada, es decir, no se llegue a vulnerar los principios a que responde el art. 110 a través de la misma. Mitigando de este modo sus consecuencias en aquello que pudiera resultar excesivo o rompiese la equidad perseguida con esta figura.

En todo caso, es preciso a la hora de fijar esa indemnización, tener en cuenta que, a lo que se refiere el art. 106.4, no es a una expropiación de un derecho, por ejemplo, porque se revoque una concesión, sino a la responsabilidad patrimonial que, en su caso, pueda provocar una revisión; es decir, que lo que debe indemnizarse es el perjuicio que el afectado no tiene el deber jurídico de soportar, pero no la anulación misma del acto inválido, lo que enlaza con otra afirmación del dictamen que tampoco se comparte plenamente, como luego diremos.

En cuanto a lo que se refiere a la aplicación práctica de los límites del art. 110 para modular la revisión y, en particular, sus efectos en la línea apuntada, es decir, por ejemplo, para limitar sus consecuencias, otorgándole solo efectos *pro futuro*, pero no retroactivos, es relativamente sencillo encontrar ejemplos. Pues la práctica misma -puesta de manifiesto especialmente en la doctrina administrativa de los órganos consultivos- demuestra que sí se ha dotado de esa función de modulación de la anulación a los límites del art. 110 (véanse, entre muchos otros, el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña 11/2009). Así, el Consejo de Estado ha empleado los principios de buena fe y equidad del citado precepto para no exigir la devolución de lo indebidamente percibido, con independencia de que el acto fuera revisado, en fin, ha modulado los efectos de la anulación en atención a los mismos y por aplicación del art. 110, es el caso de su Dictamen 3753/1998, de 10 de diciembre, entre muchos otros.

En definitiva, se insiste en que se trata de atender a la finalidad última de esta figura y, en consecuencia, a una aplicación equitativa del Derecho, lo que no siempre excluye la revisión pero sí puede mitigar o contribuir a precisar sus efectos, pues no olvidemos que los mismos no vienen establecidos con carácter general en la regulación que de la potestad de revisión hace la LPACAP.

Simplemente añadir al respecto que los países de nuestro entorno más cercano, como Francia, Alemania e Italia, así como el nuestro propio, por una

u otra vía, también vienen aceptando, con carácter general, la modulación de los efectos de la anulación en atención a las circunstancias del caso y, especialmente, a ciertos principios generales del Derecho, como la protección de la confianza legítima, la prohibición de enriquecimiento injusto, la tutela judicial efectiva, la continuidad de los servicios públicos, etc. Un ejemplo claro de que la anulación puede implicar ciertos efectos se ve en el art. 42 de la LCSP, donde el propio legislador determina los mimos.

En fin, en nuestra opinión de haber concluido, como hace el dictamen, que cabe la aplicación de los límites de la potestad de revisión, hubiera sido más equitativo proceder al análisis de los efectos de dicha opción y haber valorado su aplicación no para excluir radicalmente y sin más matizaciones la anulación, sino para modular sus efectos, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la posible vulneración de los actuales principios de contratación pública -por lo que al plazo de la concesión y prórroga se refiere-, el principio de interpretación conforme al Derecho Comunitario y el efecto interpretativo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; máxime teniendo en cuenta que el acto en cuestión ni siquiera ha empezado a producir efectos y que en teoría podría -aunque se anulase el acuerdo- acordar una nueva prórroga en aplicación del pliego en el momento oportuno, tras valorar el interés público y con los límites indicados al respecto.

#### **4) Afectación a derechos de terceros**

De otro lado, y aunque el dictamen dice expresamente que no cabe atender a las consecuencias de la anulación a la hora de valorar la aplicación de los límites, sí lo hace cuando afirma que con la misma se defrauden otras expectativas, de acreedores, trabajadores, proveedores y usuarios. Afirmación que, sin embargo, tampoco compartimos, especialmente por lo que a trabajadores y usuarios se refiere.

Bien es cierto que el art. 110 de la LPACAP alude a que la revisión que se pretenda realizar no puede tampoco ser contraria a derechos de los



particulares ni a las leyes. Esta previsión suscita varias dudas e interpretaciones. En primer lugar, por lo que se refiere a los derechos de los particulares, es obligado hacer una serie de matizaciones. Así, con dicha expresión podría entenderse que el precepto se refiere a los derechos adquiridos por el destinatario de un acto favorable que pretende ser anulado por esta vía. No obstante, como se ha visto, este supuesto cuenta con importantes garantías y respaldos, pues a ello responde principalmente la protección de la confianza legítima y, en gran medida, la buena fe.

Con ello no quiere decirse que el legislador no haya pensado en ese tipo de supuestos al mencionar los derechos de los particulares, sino que dicha expresión tiene mayor alcance, pudiendo amparar tanto a terceros, respecto de cuyos derechos pudieran verse afectados negativamente por la revisión, como a los particulares en general, por ejemplo, cuando dicha anulación podría vulnerar el derecho de participación ciudadana.

Ejemplos de ambos tipos se encuentran con facilidad en la práctica, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina administrativa de los órganos consultivos que emiten dictamen en los casos del art. 106 de la LPACAP. Baste ahora simplemente, con la finalidad de ilustrar lo dicho, mencionar dos casos. Eso sí, teniendo en cuenta que la mera presencia de dichos derechos no puede *per se* eliminar la potestad de revisión, o de otro modo, esta sería prácticamente inoperable, y mucho menos cuando hablamos de meras expectativas.

Así, por ejemplo, podrían verse perjudicados derechos de terceros cuando lo que se pretende anular es la convocatoria o algún otro acto de una oposición o concurso, cuyos efectos pudieran repercutir en el resto de participantes en la misma (Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña 485/2002, de 5 de diciembre), lo que en no pocos casos ha llevado a que se declare un número de aprobados superior al de plazas convocadas. Es el caso también de la STS de 19 de diciembre de 2013, recurso de casación núm. 1240/2002 -así como muchas otras (SSTS núm.

34/2017, de 16 de enero de 2017 (RJ\2017\361), recurso de casación núm. 1367/2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo; o la núm. 1443/2017 de 26 septiembre (RJ\2017\4180), recurso de casación núm. 1553/2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, así como las citadas en ellas).

Un ejemplo del otro tipo lo podemos encontrar en aquellos casos en que la revisión de oficio se emplea para eludir un determinado procedimiento en que la participación ciudadana es imprescindible o tiene por efecto dicha consecuencia, aunque esta no sea el objetivo principal. Es el caso en el que, por ejemplo, se pretende revisar alguno de los instrumentos de planeamiento en el ámbito urbanístico eludiendo el procedimiento de modificación del mismo y conculcando con ello el derecho de participación ciudadana (Dictamen 138/2003, de 8 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña).

Por tanto, si bien coincidimos con el dictamen en que en esa ponderación de elementos y consecuencias puede tenerse en cuenta la posible vulneración de derechos de los particulares, como bien podrían ser los usuarios o trabajadores -aunque también habría que distinguir entre derechos y expectativas al respecto-, lo que no compartimos sin más es que en el caso concreto eso suceda.

Y es que tal afirmación carece, a nuestro juicio, de un análisis exhaustivo al respecto. Así, en cuanto a los trabajadores, sería necesario conocer el convenio colectivo de aplicación, donde con casi total seguridad se preverá la subrogación, pues es propio de este sector, véase por ejemplo la Resolución de 11 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio) (BOPA de 21 de septiembre de 2018).

Es decir, para concluir que la anulación afectaría a los derechos de los trabajadores -o más bien a sus expectativas- sería imprescindible demostrar

previamente que en este caso no cabría la subrogación, propia de este sector. Pues no puede olvidarse lo que al respecto establece el art.130 de la LCSP y el art 44 del Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto a los usuarios, debe tenerse en cuenta que a la finalización de la concesión esta revertería a la Administración, quien, con base en criterios de buena administración y en aplicación de la normativa correspondiente, deberá acordar, previo estudio al respecto, qué tipo de gestión es más adecuada al interés público, lo que no tiene en absoluto porqué repercutir negativamente, sino al contrario, en los usuarios.

### **5) Indemnización al contratista**

En el dictamen se hace referencia a la indemnización que en caso de anulación parece entender que procedería, que es la que alega el contratista; es más, parece asumir las alegaciones de este en cuanto a la afirmación de que la anulación “repercutiría negativamente en el erario municipal”. No obstante, y si bien es cierto y se comparte que es posible determinar la responsabilidad patrimonial en la propia resolución por la que se declare la nulidad, a nuestro juicio, no podemos perder de vista que, como el art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece, la mera anulación de un acto no implica que conlleve responsabilidad patrimonial (“La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización”), sino que para ello es preciso analizar y apreciar si concurren los tres presupuestos básicos de la misma: antijuridicidad, relación de casualidad e imputación del daño, lo que en este caso no se analiza en el dictamen, y si bien es cierto que no se afirma que la misma proceda de forma contundente, sí parece deducirse, o cuanto menos no se hace la precisión indicada, donde es determinante examinar si existe o no el deber jurídico de soportar el daño.

De otro lado, como ya se ha dicho con anterioridad, en cuanto a la indemnización, lo que procede indemnizar no es la anulación en sí misma, ya que no se trata de la expropiación o revocación de una concesión -como la pretende calificar el contratista en sus alegaciones-, sino únicamente aquellos perjuicios derivados de la anulación que quedase demostrado que no tiene el deber jurídico de soportar.”

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA EN FUNCIONES,