



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 6 / 2 0 2 0

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 29 de octubre de 2020.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Gáldar en relación con la *Propuesta de Acuerdo por la que se resuelve el contrato de concesión del servicio público de abastecimiento de agua potable suscrito con la entidad (...) (EXP. 354/2020 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Gáldar, es la Propuesta de acuerdo por la que se propone la resolución del contrato de la concesión del servicio público de abastecimiento de agua potable suscrito con la entidad (...), el 17 de septiembre de 2008, por causa de rescate del servicio para su gestión directa por el Ayuntamiento.

2. La legitimidad para solicitarlo, el carácter preceptivo y la competencia del Consejo para la emisión del Dictamen se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el 195.3, letra a), de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), precepto que es de aplicación por la fecha de celebración del contrato y porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

También es de aplicación al presente caso (en lo relativo al rescate de la concesión administrativa) la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP´17), en virtud de lo establecido en el apartado tercero de su Disposición Transitoria Primera.

* Ponente: Sra. de León Marrero.

3. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). En el caso concreto analizado, el Pleno de la Corporación (art. 114.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril).

4. Este Consejo ya tuvo oportunidad de conocer este procedimiento contractual (DCC 284/2020), resolviendo que la Propuesta de Resolución no se consideraba ajustada a Derecho porque no se había dado auténtico trámite de audiencia a la empresa contratista, así como al avalista, y por tanto procedía la retroacción del procedimiento con la finalidad de dar tal trámite sobre la totalidad del expediente.

5. De la documentación remitida a este Consejo se constata que se ha cumplido con lo advertido.

6. No obstante lo anterior, la Sección II, en sesión celebrada el día 1 de octubre de 2020, adoptó el acuerdo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 53 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias (Decreto 181/2005, de 26 de julio), de requerir de la Administración actuante certificado del Interventor municipal en el que se acredite que la gestión directa por la Administración es más eficaz y eficiente que la concesional, de acuerdo con el art. 294.c) LCSP, así como suspender el plazo de emisión del dictamen solicitado por 15 días.

Con fecha 5 de octubre tuvo entrada el certificado solicitado.

7. Tampoco ha transcurrido el plazo de ocho meses previsto en el art. 212.8 LCSP¹⁷, por lo que el procedimiento de resolución contractual no ha caducado al haberse iniciado el 30 de diciembre de 2019 y haberse suspendido los plazos administrativos desde el 14 de marzo al 4 de junio de 2020 como consecuencia de la crisis de salud pública desatada por el virus Covid19 (Reales Decretos 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo).

Nada obsta, por tanto, para que este Consejo entre en el fondo de la cuestión planteada.

II

Los antecedentes relevantes en este caso son los siguientes:

1. La prestación del servicio público de abastecimiento de agua en el municipio de Gáldar se lleva a cabo por la entidad (...) [antes (...)] en virtud de contrato de concesión de servicio formalizado el 17 de septiembre de 2008, tras la adjudicación realizada en el procedimiento de licitación tramitado al efecto.

2. En el momento procedimental oportuno, se constituyó por la concesionaria una garantía por importe de 350.000,00 € que conforme a la actualización pactada en el contrato asciende actualmente a la cantidad de 374.870,30 €, estando garantizada la misma mediante aval bancario del (...).

3. Por providencia del Alcalde de 17 de abril de 2020 se acordó que por la Secretaría se emitiera informe sobre el procedimiento administrativo a seguir para el rescate de la concesión, así como que por los Servicios Técnicos se emitiese informe relativo a la actual situación económica-financiera de la concesión administrativa, en orden a determinar si procedía, en su caso, el inicio de expediente del rescate del servicio para su gestión directa por parte del Ayuntamiento.

4. Con fecha 20 de abril de 2020 se emitió por la Secretaría informe sobre el procedimiento administrativo a seguir.

5. Con fecha 20 de abril de 2020 se emitió informe-memoria técnico por el Técnico de Administración General adscrito al Departamento de Intervención, sobre la situación económica-financiera de la concesión.

6. Con fecha 22 de abril de 2020 el Alcalde suscribió propuesta de acuerdo al Pleno del Ayuntamiento proponiendo el inicio de expediente para acordar, en su caso, la resolución del contrato de servicio mediante el rescate del mismo.

7. Dicha propuesta se sometió al dictamen de la Comisión Informativa de Gobernación que la dictaminó favorablemente y por unanimidad en sesión celebrada el 27 de abril de 2020.

8. El Pleno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el día 30 de abril de 2020, adoptó por unanimidad de todos sus miembros el siguiente acuerdo:

«1º.- Incoar el procedimiento para acordar, si procede, la resolución del contrato de concesión del servicio de abastecimiento de agua [que actualmente tiene asumido la entidad (...)] mediante el rescate del mismo para su gestión directa por el Ayuntamiento.

2º.- *Que por los servicios técnicos se emita informe sobre los efectos de la resolución del contrato conforme a la legislación vigente.*

3º.- *Dar audiencia al concesionario por un plazo de diez días naturales desde la notificación del presente acuerdo y, en su caso, conceder audiencia también al avalista o asegurador por el mismo plazo, a los efectos de que presenten las alegaciones y documentos que consideren convenientes.*

4º.- *Solicitar informe de los Servicios Municipales sobre las alegaciones presentadas y sobre la valoración de los bienes que van a revertir al Ayuntamiento, e informe jurídico sobre los hechos que motivan la resolución del contrato de concesión de servicios y la causa de resolución que opera de acuerdo con las tasadas por la legislación aplicable».*

9. Con fecha 25 de mayo de 2020, se emitió informe técnico de valoración por el Técnico de Administración General adscrito al Departamento de Intervención, sobre la indemnización que, conforme a lo establecido en el art. 295 LCSP'17, le correspondería percibir a la concesionaria con motivo del rescate, y que establece en la cantidad de 4.039.432,71 €.

10. Con fecha 1 de junio de 2020 se emite informe técnico-económico por los Ingenieros (...) y (...) sobre el estado actual de las infraestructuras afectas a la concesión objeto del expediente, así como sobre la cuantificación del deterioro que presentan las mismas, estableciéndose una cantidad total a soportar por la concesionaria de 13.989.260,01 €.

11. Alzada la suspensión de los plazos administrativos que había sido acordada por el Gobierno del Estado con motivo del estado de alarma decretado por la crisis sanitaria del Covid-19, con fecha de 1 de junio de 2020 se concede a la concesionaria y a su avalista (...) el preceptivo trámite de audiencia, al objeto de que en el plazo de diez días naturales pudieran examinar el expediente y formular las alegaciones y aportar los documentos que estimasen pertinentes.

12. Con fecha 2 de junio de 2020 se hizo entrega de una copia íntegra del expediente en formato digital a la concesionaria, que solicitó el día 5 de junio de 2020 la ampliación del plazo para presentar alegaciones, lo cual fue denegado por Resolución del Alcalde de 9 de junio de 2020.

13. Con fecha 11 de junio de 2020 la concesionaria presentó por sede electrónica escrito de alegaciones oponiéndose a la incoación del expediente. El avalista de la concesionaria, la entidad (...), no presentó alegaciones.

14. Con fecha 19 de junio de 2020 se ha emitido informe por parte del Técnico de Administración General adscrito al Departamento de Intervención sobre las alegaciones presentadas por la concesionaria.

15. Con fecha 19 de junio de 2020 se ha emitido informe por el Interventor Municipal relativo a la determinación de los efectos económicos derivados de la resolución del contrato del servicio de abastecimiento de agua y su cuantificación final, atendiendo, por un lado, a la indemnización que el Ayuntamiento debe abonar y, por otro, atendiendo al importe que la concesionaria debe abonar al Ayuntamiento por el deterioro de los bienes e instalaciones afectas al servicio, resultando un saldo favorable a favor del Ayuntamiento de 9.949.827,90 €; estableciéndose en el propio informe el procedimiento a seguir para practicar la liquidación y reclamación de dicho importe a la concesionaria.

16. También con fecha 19 de junio de 2020 se emite por la Secretaría informe jurídico sobre las alegaciones presentadas por la concesionaria y propuesta de resolución.

17. El Dictamen 284/2020 de este Consejo Consultivo concluyó que la propuesta de resolución no era conforme a Derecho, debiendo retrotraerse el expediente al objeto de conceder a la concesionaria un nuevo trámite de audiencia sobre los informes emitidos con posterioridad a la presentación de sus primeras alegaciones pues *«en esos nuevos informes se critican las alegaciones y se realizan nuevas valoraciones y reajustes de cuentas que inciden en la viabilidad de la gestión del servicio de abastecimiento de agua que se pretende rescatar»*.

18. De acuerdo con tal parecer del órgano consultivo, se concedió nuevo trámite de audiencia a la concesionaria, que con fecha 27 de julio de 2020 presentó por sede electrónica escrito de alegaciones reiterando los cuatro motivos de alegación presentados en el primer trámite de audiencia, oponiéndose a la incoación del expediente argumentando, en síntesis, que no concurren los requisitos necesarios para ejercitar la facultad del rescate (razones de interés público y que la gestión directa vaya a ser más eficaz y eficiente que la concesional), la incorrecta valoración de la indemnización a su favor planteada por el Ayuntamiento, la inexistencia de incumplimientos contractuales que justifiquen una indemnización a su cargo por el estado en que se encuentran las instalaciones e infraestructuras afectas al servicio y que, en última instancia, esa indemnización no debiera superar la cantidad de 109.182,80 € que resulta del informe técnico aportado con su escrito de alegaciones.

19. Por último, como se ha dicho, por haberlo solicitado este Consejo Consultivo, se emitió certificado del Interventor municipal en el que se acredita que la gestión directa por la Administración es más eficaz y eficiente que la concesional, de acuerdo con el art. 294.c) LCSP '17.

III

Antes de entrar en el fondo de la cuestión planteada, hemos de aclarar algunos conceptos:

1. El rescate es una causa de extinción por rescisión de los contratos administrativos de, en este caso, concesión de servicio público (aunque también de ejecución de obras y de bienes demaniales) que se produce cuando la Administración estima, de forma unilateral, aunque justificada, que, antes de agotarse el plazo del vencimiento concesional, concurren razones de interés público que exigen concluir el servicio público cuya gestión era objeto del contrato, para que sea la propia Administración quien la asuma -previa indemnización al contratista de los daños y perjuicios que ello le suponga y que se cifran en el importe de la inversión efectuada y del beneficio dejado de percibir- así como que la gestión directa va a ser más eficaz que la concesional.

El rescate es, en consecuencia, una potestad jurídico-pública, conferida por las leyes a la Administración pública, para, previa indemnización, extinguir, por motivos de interés público un contrato (en este caso, de gestión de servicio público) imperativamente, esto es, con independencia de la voluntad del contratista.

En palabras del Consejo de Estado: *«El rescate, (...) es una forma de extinción de las concesiones en firme en la que la Administración acuerda poner término a su existencia, al concurrir una causa de interés público prevalente, mediando indemnización en favor del concesionario por los daños que dicho acuerdo le produce»* (Dictamen n.º 2918/2003, de 27 de noviembre de 2003).

2. La extinción del contrato que nos ocupa por causa de rescate, está prevista, en este caso de concesión de prestación de un servicio público, en el art. 262 LCSP, en el art. 127.1.5.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (RSCL) y en el art. 294, letra c) LCSP '17, además de en los apartados V.III.3 y V.XI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el que se rige el presente contrato.

3. En cuanto a la naturaleza del rescate, parte de la doctrina detecta un carácter expropiatorio que explica que los principales efectos de la extinción de la

concesión por rescate (al ser fruto de una intervención, imperativa, forzosa y unilateral, de la Administración en el contrato, por más que esté prevista en el mismo) sean: por un lado, el recuperatorio de la gestión del servicio público por parte de la Administración rescatante y, por otro, el indemnizatorio, en favor del concesionario.

Este carácter expropiatorio que tiene el rescate deriva de la forzosidad e imperatividad que presenta, así como del preceptivo y previo pago de la indemnización que comporta y que recuerda al justiprecio de las expropiaciones. Es por ello, que determinados dictámenes del Consejo de Estado (de 4 de junio de 1992, 4 de julio de 1985 y 23-12-1980) han considerado al rescate incluido en la garantía constitucional que a la indemnización del concesionario brinda el art. 33.3 CE.

4. Al proceder de una potestad administrativa general (la expropiatoria) y que puede ejercitarse en cualquier caso por razones de *imperium* ajenas al contrato, el rescate tiene también un carácter extracontractual, pues lo ejercita la Administración, no tanto como contratante, que también, cuanto como titular de la facultad de preservar la finalidad de interés público a que está afecto toda gestión del servicio público objeto de la concesión.

5. Debido a esa peculiar naturaleza jurídica, la indemnización por causa de rescate no se dirige a instrumentar una mutua devolución de las prestaciones intercambiadas por las partes durante el desarrollo del contrato [que es el efecto propio de la extinción contractual por causas de nulidad o de resolución imputables a los contratantes (*cf.* arts. 1123, 1124, 1295 y 1303 del Código Civil)], sino sólo a valorar y resarcir el daño emergente y el lucro cesante que la decisión administrativa de rescate irroque al concesionario en sus intereses patrimoniales legítimos, lo cual determina las cuantías que deben ser incluidas al calcular la indemnización.

Esta peculiaridad indemnizatoria sitúa a la indemnización debida por el rescate en una posición intermedia entre el justiprecio por expropiación forzosa y el resarcimiento por responsabilidad patrimonial de la Administración, razón por la que doctrinalmente la institución del rescate podría ser reputada tanto como una indemnización de Derecho público por expropiación, como un resarcimiento extracontractual por responsabilidad patrimonial de la administración.

6. El rescate, en cualquier caso, opera sobre un contrato (de concesión de servicio público) pero no determina su nulidad (porque el contrato era válido) ni su resolución (en el sentido de que no es una penalización porque no ha existido un

previo incumplimiento del contrato), sino su rescisión (por una causa ajena al contrato, como es preservar el interés público a que está afecto el servicio público que es objeto de la concesión).

7. En consecuencia, el rescate es una forma de terminación anticipada de la concesión (antes del plazo de su vencimiento) que no tiene carácter sancionador [pues no deriva de ningún incumplimiento o infracción pues sólo pretende garantizar el interés público, de ahí que el art. 245.g) LCSP dijera que el rescate procede «*no obstante la buena gestión*» del concesionario], pero que, al ser forzosa, implica la previa instrucción de un procedimiento en el que se justifique la preservación del interés público, la mejor gestión directa y la determinación de la pertinente indemnización y tiene como efecto la recuperación por la Administración de la gestión del servicio rescatado.

8. Esta peculiar naturaleza jurídica que encierra el rescate, explica también que en el cálculo de la indemnización que el mismo conlleva no puedan aplicarse las normas legales o contractuales propias de la nulidad o la resolución de contratos, sino que hay que observar las especialidades de cálculo indemnizatorio que establece la normativa en cada caso aplicable, puesto que dichas especialidades están inspiradas en las propias de la potestad expropiatoria que el rescate materialmente encierra y en el resarcimiento por responsabilidad patrimonial de la Administración que el rescate materialmente produce, aunque, en sí, el rescate no haya sido configurado legislativamente ni como una expropiación forzosa (salvo el caso, excepcional y pretérito, de las concesiones perpetuas al que se refiere el art. 41 de la Ley de Expropiación Forzosa), ni como un supuesto de resarcimiento por responsabilidad patrimonial de la Administración, sino como una causa especial de rescisión contractual de las concesiones por motivos de interés público; razones todas ellas que conducen a una interpretación estricta de las reglas sobre el cálculo indemnizatorio procedente en caso de rescate.

IV

1. Teniendo presente la anterior doctrina, la Propuesta de Resolución, de acuerdo con lo previsto en el apartado V.III.3 y V.XI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el que se rige el contrato, en el art. 262 LCSP, en el art. 127.1.5.º RSCL y en el art. 294, letra c) LCAP 17, declara resuelto el contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua suscrito con la concesionaria (...) con la finalidad de rescatar el servicio municipal de abastecimiento de agua, ya que a la vista de los informes técnicos emitidos en el curso del procedimiento, entiende que

queda jurídicamente justificado por concurrir razones de interés público y por haberse acreditado que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.

Así, ese interés público se justifica en la Propuesta de Resolución (con remisión a los informes-memoria técnicos de 20 de abril y 19 de junio de 2020) en que: *«Las continuas y periódicas reclamaciones de ruptura económica soportadas por la concesión realizadas por la concesionaria, con mucha posibilidad de perpetuarse a lo largo de todo el periodo concesional, incluso alguna de ella con sentencia en primera instancia favorable a los intereses de la propia concesionaria, la solicitud de elevados incrementos en la cuantía que conforma la tarifa del servicio y, por tanto, el coste a satisfacer por los ciudadanos, la necesidad planteada por la propia concesionaria de acometer cuantiosas inversiones, hacen desde todo punto de vista, incluido el propio interés público, insostenible la continuidad del actual modelo de gestión, tal y como se acreditará a continuación».*

La Administración tiene el expreso convencimiento de que la evolución económica de la concesión afecta y continuará afectando al escenario de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria de esa Administración Local y, por tanto, lesionaría de forma grave el interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos.

Entiende que la continuidad en la ejecución de la concesión es inviable, entre otras, por razones de economía, ya que la Corporación se encuentra sometida a un Plan de Ajuste hasta el ejercicio 2032, casi el mismo periodo de duración de la concesión objeto de este informe, cuya finalidad es la consecución de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y límite del gasto público motivado por el desequilibrio de las cuentas públicas provocado por la reciente y por ello, no actual, crisis económico-financiera. De la misma manera tiene en cuenta que, a raíz de la situación de alarma sanitaria, la economía global y la salud económico-financiera de las propias administraciones públicas se van a ver muy afectadas, necesitando dirigir la mayor parte de las políticas y de los recursos públicos a intentar paliar y dar soluciones a los verdaderos problemas sociales (paro, exclusión, etc.) que se van a derivar de esta situación.

En puridad, el interés público que justifica la resolución contractual se halla constituido por la necesidad de contener el gasto público y el necesario ajuste del presupuesto municipal, de conformidad con los condicionamientos de carácter jurídico-económico al que se encuentra obligado ese Ayuntamiento y la incompatibilidad de la situación creada por la gestión del servicio público en relación

con los principios generales que le son de aplicación. La escasez de recursos públicos hace inevitable graduar las necesidades públicas de conformidad con los principios constitucionales y estatutarios. La adopción de las medidas que se afrontan viene impuesta, entre otras causas, por la fijación de un límite de gasto por las instituciones europeas y por el Gobierno de España, en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera y acarrea que las mismas sean inevitables e inminentes.

Este Consejo comparte que la necesidad de reducción/contención del gasto público es una causa que legitima suficientemente el deseo de la Administración de poner fin al contrato. En este sentido, la necesidad de reducir/contener el déficit público a raíz de la crisis económica se ha considerado como causa que justifica la resolución contractual de la Administración en la doctrina de diversos órganos consultivos, entre los que destacan el Dictamen del Consejo de Estado 1916/2011, de 21 de diciembre y el del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 206/2012, de 25 de septiembre.

En suma, el desequilibrio presupuestario que existe en la actualidad como consecuencia de la ejecución de la actual concesión administrativa en los términos en los que se viene ejecutando, así como la previsión de que dicho déficit se siga acumulando en el periodo que queda de concesión, se estima como razón suficiente y proporcionada de interés público para fundar la resolución contractual pretendida.

Este Consejo coincide en que la cuantificación del resultado en cada uno de las anualidades de concesión, llevada a cabo a partir de las cuentas de explotación aportadas por la propia concesionaria en cada una de las dos reclamaciones de ruptura del equilibrio concesional presentadas hasta el momento, junto con la proyección de dichas cuentas de resultados en los ejercicios ya ejecutados como el 2019, pero que aún no ha sido reclamado y el resto de ejercicios venideros hasta la finalización de la concesión, suponen un perjuicio económico previsible para las arcas municipales y, por tanto, la afección directa al interés público, perjuicio que ascendería a la cuantía de 5.198.907 euros, tal y como se detalla en la Propuesta de Resolución.

En definitiva, la Administración actuante ha acreditado debidamente el interés público que justifica el rescate de la concesión que nos ocupa.

2. Por lo que respecta a la acreditación de que la gestión directa por parte de la Administración va a ser más eficaz y eficiente que la concesional, se fundamenta, por un lado, en que, de conformidad con lo establecido en el art. 7 de la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad

financiera, al desarrollar el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, prescribe que las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, orientando la gestión de los recursos públicos en base a la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin deberán aplicarse políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público y subrayando que los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de dicha Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria.

Por otro lado, atendiendo a los resultados de la gestión económica aportados hasta el momento por la concesionaria del servicio, en concreto, en los primeros 11 años de la concesión, los mismos han sido muy negativos, arrojando un saldo deficitario acumulado de explotación de -7.019.507 €.

Si se compara dicho déficit acumulado con el aportado por la propia concesionaria en el momento de la presentación de su oferta para participar en la licitación objeto del presente informe, se puede apreciar una desviación muy importante del 140,57%, superior al déficit inicialmente ofertado. Dichos datos hacen insostenible la concesión desde cualquier punto de vista, tanto desde la eficiencia del servicio, como de la sostenibilidad del mismo y el control riguroso del gasto público.

Por último, se fundamenta la mejor eficacia en que, tras analizar la evolución de los distintos elementos que han conformado hasta ahora las cuentas de explotación concretadas en la modalidad de gestión indirecta, se ha procedido a llevar a cabo un análisis pormenorizado desde el punto de vista económico de cuál sería la evolución esperada si el servicio se pasara a prestar de forma directa por parte del propio Ayuntamiento de Gáldar y, tras el estudio y análisis por parte de la Intervención Municipal de los datos aportados a este respecto por el técnico municipal en su informe de 20 de abril de 2020, el superávit acumulado por la ejecución del mencionado servicio a través de la modalidad directa de gestión, arrojaría un saldo

positivo (superávit acumulado) con un importe aproximado de +5.960.000 €. Estimándose un beneficio bruto de media anual de aproximadamente unos 497.000 €.

Atendiendo a esos resultados económicos proyectados en la modalidad de gestión directa, se puede apreciar de forma clara que la gestión directa beneficia económicamente a la prestación del servicio, eliminando los déficits existentes y los previstos y generando superávits que redunden en la mejora de la calidad del servicio y el aprovechamiento al máximo de los recursos hídricos escasos.

La Intervención municipal destaca que en la modalidad de gestión directa no existen elementos de la cuenta de explotación (apartado de gastos) cuyo costo sí que se repercutía en la modalidad de gestión indirecta que actualmente desarrolla la concesionaria y que tenían una repercusión económica muy significativa en el resultado de la misma. Entre esos elementos cabe destacar la amortización de cánones, la tasa del 1,5% por el uso privativo del dominio público, el 13% de gastos generales, el rendimiento de la red con repercusión directa en la partida más importante como es la de compra de agua y la reducción del precio de compra del agua.

En resumen, para la Intervención municipal, de la conjunción de la totalidad de elementos y circunstancias descritas con anterioridad, se aprecia que la evolución de los resultados del servicio de agua potable domiciliaria del municipio de Gáldar, arrojarían no sólo una considerable mejoría de los resultados económicos y, por ende, del control del gasto público y la sostenibilidad financiera del propio servicio, sino, además, de la eficiencia y eficacia de los recursos públicos puestos a disposición del propio servicio.

De lo expuesto anteriormente, el Interventor concluye que:

1.- La continuidad en la ejecución de la concesión es inviable entre otras, por razones de economía, sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria. Dicha continuidad pondría en serio riesgo la estabilidad de la propia Hacienda local, con la obligación de asumir un déficit que daría al traste entre otros, con el plan de ajuste aprobado, las medidas de esfuerzo de contención del gasto y el esfuerzo en la reducción del endeudamiento hasta la mitad que se ha venido consiguiendo estos últimos años.

2.- Que a través de la gestión directa:

- Se optimiza y facilita el necesario control del principio de estabilidad presupuestaria y el cumplimiento de la senda de déficit público.

- Se garantiza la eficacia y la eficiencia y la sostenibilidad del servicio.
- Se garantiza, además, la asignación equitativa de los recursos públicos bajo criterios de transparencia.
- Elimina los déficits existentes y los previstos, generando superávits, que redunden en la mejora de la calidad del servicio y el aprovechamiento al máximo de los recursos hídricos escasos.

En definitiva, este Consejo Consultivo considera acreditado que, la inviabilidad en los términos en los que se concedió -como reclama la propia concesionaria- de la continuidad de la concesión del servicio público de abastecimiento de agua, así como la eliminación de déficits y generación de superávits y el aprovechamiento al máximo de los recursos hídricos escasos, acreditan la mayor eficacia y eficiencia de una gestión administrativa directa del servicio.

V

1. Como ya se ha dicho, el rescate, como decisión unilateral de la Administración que rescinde el contrato de concesión, tiene como contrapartida la previa indemnización, calculada de acuerdo al art. 295 LCSP'17, en cuyo apartado 4 se señala que la Administración deberá indemnizar al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, cuantificados conforme a lo establecido en la letra a) del apartado 3 del art. 280 y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.

Por su parte, el citado precepto señala que, para determinar la cuantía de la indemnización, se tendrán en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, cuantificándolos en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último. La tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario.

La Administración local calcula la cuantía de la siguiente forma:

Resultado cuantificación conceptos indemnizatorios:

a) Beneficios futuros que el concesionario dejará de recibir por la resolución contractual (lucro cesante): 0,00 €.

b) La pérdida del valor de las obras e instalaciones que han de quedar adscritas al servicio, considerando su grado de amortización: 626.451,00 €.

c) Canon inicial adelantado, considerando su grado de amortización: 3.412.981,71 €.

d) Indemnización por despidos de personal: 0,00 €.

Total conceptos indemnizatorios: 4.039.432,71 €.

Se fija, por tanto, la indemnización que la entidad concesionaria debe percibir conforme a lo establecido en el art. 295 LCSP'17 en la cantidad de 4.039.432,71 €.

2. En sus alegaciones, la concesionaria sostiene que en el caso de que prosperase el rescate del servicio, tendría derecho a percibir la cantidad de 11.867.318,55 € y no los 4.039.432,71 € que propone el Ayuntamiento.

La Administración opone a esa alegación, respecto a los beneficios futuros que se dejarán de percibir, que, de los datos facilitados por la propia concesionaria, mediante las distintas cuentas de explotación aportadas en relación a cada uno de los ejercicios ya ejecutados, se aprecia que la concesión arroja un déficit acumulado de -7.019.507,00 € hasta el ejercicio 2019 y una desviación con respecto al déficit previsto en su oferta para estos mismos ejercicios del +140,57%; y que, en cambio, en este caso concreto, la concesionaria apela a que es a partir de año 2020, tal y como predica el mismo documento-oferta, cuando la concesión comenzaría a reportar beneficios hasta la finalización del periodo concesional y, que debería ser esta estimación de beneficios futuros la que debería conformar el quantum indemnizatorio en concepto de lucro cesante.

Este Consejo Consultivo comparte con la Propuesta de Resolución, que la Jurisprudencia aplicable (que se cita expresamente en el informe del técnico municipal) señala que la valoración no puede comprender las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, ya que es doctrina consolidada aquélla que declara que no computan las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes; a lo que cabe añadir que conforme a los arts. 295 y 280.3 LCSP'17 para el cálculo de la indemnización debe partirse del resultado de explotación de los años que ya han transcurrido de la concesión, que en este caso son deficitarios.

Por lo que respecta a la pérdida de valor de las obras e instalaciones que han de quedar adscritas al servicio, considerando su grado de amortización, se concluye que la concesionaria aplica un sistema de amortización lineal a la cantidad inicial objeto de este concepto indemnizatorio, lo que podría ser admisible si con anterioridad y con refrendo en cada una de las cuentas de explotación aportadas por la concesionaria, no hubiera utilizado otro sistema de amortización que no es el lineal. Así, los informes técnicos acreditan que las cantidades incluidas por la propia concesionaria en cada cuenta de explotación anual no son el resultado de la amortización de la inversión inicial utilizando un método lineal, de tal forma que dependiendo del procedimiento en la que se encuentre incurso, la concesionaria utiliza a su conveniencia unos u otros datos y sistemas de amortización diferentes, dependiendo de cuál sea el fin de la propia reclamación; de ello este Consejo deduce la no acreditación de este concepto por parte de la concesionaria.

En cuanto al canon inicial adelantado, considerando su grado de amortización, la Propuesta de Resolución concluye que las cantidades incluidas por la propia concesionaria en cada cuenta de explotación anual no son el resultado de la amortización de la inversión inicial utilizando un método lineal, por lo que ninguna cantidad cierta se puede incluir en la cuantía indemnizatoria.

Por su parte, por lo que respecta a la mejora sustancial realizada por la concesionaria al presentar su oferta en el momento de la celebración de la correspondiente licitación de esta concesión en el año 2008, efectivamente la concesionaria ha abonado íntegramente el importe de 3.700.000,00 € de la mejora realizada en su oferta, si bien la Administración insiste en que es un aspecto que no tiene incidencia o relevancia alguna para determinación de la indemnización, por lo siguiente:

1º.- Que hasta la fecha la concesionaria ha procedido a ingresar en la Tesorería de este Ayuntamiento sólo la cantidad de 3.100.000,00 €, por lo que de ser aceptado dicho concepto indemnizatorio el cálculo del mismo realizado por la alegante sería erróneo.

2º.- Si analizamos la literalidad de dicha oferta, lo primero que debe de tenerse en cuenta es que dicho abono se realizará a la firma del contrato y sin repercusión en los costes del servicio.

A ello se añade el hecho de que queda a la discrecionalidad del Ayuntamiento su aplicación en la ejecución de obras adicionales de mejoras o a acometer cualquier actuación que considere oportuna.

Sin embargo, este Consejo considera que esa cantidad inicial aportada por la concesionaria -sean 3.700.000 o 3.100.000 euros-, amortizada linealmente, sí debe ser tenida en cuenta a efectos de determinar la indemnización que le corresponde, porque debe ser considerado un daño emergente al ser una cantidad ya aportada por la concesionaria, destinada, precisamente, a la ejecución de obras adicionales de mejoras o a acometer cualquier actuación que considere oportuna en la gestión del servicio, por mucho que uno u otro destino dependa de la voluntad de la Administración; por tanto, esa cantidad está afecta a mantener en buen estado de conservación y efectuar reparaciones necesarias para ello en los bienes e instalaciones adscritas al servicio, tal como dispone el apartado 6 de la Cláusula V.II (obligaciones del concesionario) del Pliego de Condiciones Particulares por el que se rige el servicio, de tal manera que si no fueran parte del monto indemnizatorio supondría un enriquecimiento injusto de la Administración.

Por último, respecto a las consideraciones que la concesionaria hace sobre las reclamaciones presentadas en solicitud de subvenciones municipales destinadas a dotar de equilibrio financiero al servicio y de las cuales ya existen procedimientos judiciales en curso, incluso con pronunciamientos favorables a dichas solicitudes (y que hasta 30 de diciembre de 2019 pueden cuantificarse en la suma de 7.022.546,80 €), no es esta materia del presente dictamen, y por tanto este Consejo Consultivo no va a pronunciarse, debiendo estarse al resultado de los procedimientos judiciales pendientes.

3. La Propuesta de Resolución entiende que como es obligación de la entidad concesionaria, de acuerdo tanto con la normativa vigente como del art. 3.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas, mantener en todo momento en perfecto estado de conservación y funcionamiento los bienes afectos a la concesión, emitido informe sobre el estado de las infraestructuras y bienes afectos al servicio, resulta que la entidad concesionaria no ha cumplido con el citado deber de conservación y mantenimiento, lo que obligará al Ayuntamiento a acometer una serie de actuaciones tendentes a garantizar la continuidad del servicio, cuyo coste, que ha sido estimado en trece millones novecientos ochenta y nueve mil doscientos sesenta euros con sesenta y un céntimos (13.989.260,61 €), tendrá que asumir la concesionaria en virtud de las disposiciones legales antes reseñadas.

Entiende la Administración que no existe impedimento para exigir el cumplimiento de aquellas obligaciones a cargo del contratista, pues en otro caso estaríamos ante un claro supuesto de incumplimiento contractual y un correlativo enriquecimiento injusto a favor de que quien, teniendo efectivamente derecho a una indemnización legalmente prevista, deje las instalaciones en mal estado, pudiendo ello afectar a la continuidad del servicio.

Sin embargo, este no es el momento procedimental oportuno ni para realizar el informe ni para reclamar cantidad alguna, por la sencilla razón de que todavía el contrato no está rescindido ni, en consecuencia, entregadas las obras e instalaciones. En este sentido el art. 283.1, párrafo segundo, LCAP´17, prescribe que cuando se proceda al término de la concesión a la entrega de bienes e instalaciones al órgano de contratación, se levantará un acta de recepción formal, cuyo levantamiento y contenido se ajustarán a lo establecido en el art. 243 de esta Ley. Es ese el momento, y no otro, para evaluar el estado de conservación y funcionamiento de las obras e instalaciones y, en su caso, cuantificar y exigir los daños y perjuicios que efectivamente se le haya ocasionado a la Administración, de acuerdo con el art. 193 y siguientes LCAP´17.

CONCLUSIONES

1.- Concurren las causas y se cumplen los requisitos para que por parte del Ayuntamiento de Gáldar se rescate el servicio público de abastecimiento de agua potable suscrito con la entidad (...), para su gestión directa y, en consecuencia, se ajusta a Derecho la Propuesta de resolución del contrato de concesión de dicho servicio público.

2.- No obstante lo anterior, se debe calcular la cuantía de la indemnización a la que tiene derecho el concesionario de acuerdo con las observaciones contenidas en el Fundamento V.

3.- La determinación de daños y perjuicios derivados de una eventual falta de adecuada conservación y funcionamiento de las obras e instalaciones afectas al servicio público por parte del concesionario, se debe sustanciar en un procedimiento *ad hoc* una vez rescatada la concesión.