

INFORME JURÍDICO RESOLUCIÓN CONTRATO DE CONCESIÓN DE LOS SERVICIOS DE ABASTECIMIENTO DE AGUA, SANEAMIENTO Y REUTILIZACIÓN DE LAS ISLAS DE LANZAROTE Y LA GRACIOSA.

En el presente informe, la firmante Doña Eugenia Torres Suarez, responsable del contrato de concesión de los servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y reutilización de las Islas de Lanzarote y la Graciosa, jefa de contratación del Cabildo de Lanzarote y Directora adjunta de los servicios jurídicos del Cabildo de Lanzarote, se analiza la posible resolución del mismo por incumplimiento del contratista, concluyendo -a la vista de los informes técnicos realizados y que se unen al presente informe- que es necesario el inicio del procedimiento de resolución contractual.

El siguiente INFORME que se basa en las siguientes

HECHOS Y CONSIDERACIONES PREVIAS

PRIMERO. DATOS PREVIOS.

I.- En enero de 2013 se aprueba el PCAP de la licitación y el PPT, por procedimiento negociado con publicidad, del contrato de concesión de los servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y reutilización de las Islas de Lanzarote y la Graciosa.

El objeto del contrato se define en PCAP, clausula 2, al señalar que:

Constituye el objeto del presente contrato la gestión de los Servicios de Abastecimiento de Agua, Saneamiento (alcantarillado y depuración) y Reutilización de las islas de Lanzarote y la



Graciosa, mediante gestión indirecta y en régimen de concesión, así como la ejecución de las obras que se prevén en el plan de inversiones que se detallan en el presente Pliego de Condiciones, de conformidad con lo que determina el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público (TRLCP).

La cláusula 29 del PCAP regula las obligaciones esenciales, señalando, en concreto, las siguientes:

29 OBLIGACIONES ESENCIALES DEL CONTRATO.

Son obligaciones esenciales del contrato las siguientes:

- a) El pago de los cánones en los plazos establecidos en los presentes pliegos. La falta de pago de dichos cánones, el pago parcial o el retraso en el pago dará lugar al incumplimiento de esta obligación esencial.
- b) El cumplimiento del Plan de Explotación de los Servicios y del Plan de Organización y Gestión del Servicio ofertado por el adjudicatario del contrato.
- c) El cumplimiento de las inversiones comprometidas a realizar por el adjudicatario. La falta de realización de dichas inversiones, la falta de realización en las cuantías ofertadas o el retraso en su realización, conforme a lo dispuesto en los presentes pliegos y en la oferta del adjudicatario, será incumplimiento de esta obligación esencial.
- d) El cumplimiento de las obligaciones de suministro de información al Consorcio de Aguas de Lanzarote establecidas en el presente pliego.

Cabe señalar que el artículo 30 del PCAP establece, igualmente, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones esenciales. En concreto indica que:

30 INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

En caso de incumplimiento parcial o defectuoso del servicio por parte del contratista, el Consorcio podrá exigirle las penalizaciones oportunas.

Si el incumplimiento, total o parcial, del servicio por parte del adjudicatario afectase a características tenidas en cuenta para definir los criterios de adjudicación, a obligaciones esenciales o infracciones muy graves estas podrán ser causa de resolución del contrato por parte del Consorcio.

En tal caso el órgano de contratación podrá resolver o bien intervenir cautelarmente el servicio mientras se tramita el procedimiento de resolución del contrato con incautación de la garantía constituida, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar según el Ordenamiento Jurídico vigente.

Del mismo modo, de acuerdo con lo estipulado en el cláusula 39 del PCAP, son causas de resolución del contrato por causa imputable al concesionario, las siguientes:

39.- RESOLUCION DE LA CONCESIÓN POR CAUSA IMPUTABLE AL CONCESIONARIO

Procederá la extinción de la concesión por causa imputable al Concesionario en los siguientes casos:

- a) Si se produce un incumplimiento de las obligaciones esenciales señaladas en este Pliego de Cláusulas.
- b) Si, levantada la intervención del servicio, el Concesionario volviera a incurrir en las infracciones que la hubieran determinado o en otras análogas.
- c) Si las actuaciones del Concesionario impiden o menoscaban las potestades de dirección y de control del servicio público que corresponden al Consorcio.
- d) . Si se cometen infracciones muy graves por parte del concesionario y el Consorcio opta por la resolución contractual.



Como se puede comprobar, de conformidad con el PCAP el incumplimiento de las obligaciones esenciales, así como la comisión de infracciones muy graves, habilita a la Administración contratante a la resolución del contrato.

Es importante destacar, también, que de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 36 del PCAP que regula la cesión y subcontratación, la subcontratación solo puede recaer sobre prestaciones accesorias

Subcontratación. En el contrato de gestión de servicios públicos, la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias.



Finalmente, indicar que, de acuerdo con lo establecido en el pliego, son infracciones muy graves las siguientes:

Se considerarán infracciones muy graves las siguientes:

- a) La falta de pago de los cánones ofertados por el adjudicatario, el pago parcial o el retraso en el pago de los mismos.
- b) Incumplir el Plan de Inversiones propuesto en la oferta. El incumplimiento de las inversiones comprometidas a realizar por el adjudicatario en el Plan ofertado. La falta de realización de dichas inversiones, la falta de realización en las cuantías ofertadas o el retraso en su realización, conforme a lo dispuesto en los presentes pliegos y en la oferta del adjudicatario
- c) Incumplir las obligaciones de suministro de información al Consorcio de Aguas de Lanzarote establecidas en el presente pliego o las requeridas por la Comisión de Seguimiento.
- d) El incumplimiento del Plan de Explotación de los Servicios y del Plan de Organización y Gestión del Servicio ofertado por el adjudicatario del contrato.
- e) El incumplimiento de las obligaciones de la Concesionaria de las normas de contratación establecidas en el TRLCSP y/o en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. El incumplimiento de la concesionaria de integrar en al responsable del contrato, o la persona que el Comité de Seguimiento, en el órgano de contratación de la concesionaria.
- f) El incumplimiento de la solicitud de autorización del Consorcio en materia de personal cuando sea requerida de acuerdo con lo dispuesto en los presentes pliegos.
- g) Las que provoquen perturbaciones reiteradas o reincidentes en el servicio.
- h) La no prestación del servicio de manera regular y continuada, a excepción de causas de fuerza mayor.
- i) La cesión de la ejecución de las obras o la explotación del servicio por una tercera persona, sin el consentimiento o autorización del Consorcio.



El PCAP se adjunta como **documento 1** y el PPT se adjunta como **documento 2..**

Cabe destacar, y este dato es relevante a los efectos del presente informe, que una de las razones por las cuales el Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote sacó a licitación el contrato de concesión de los servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y reutilización de las Islas de Lanzarote y la Graciosa, era con la finalidad de llevar a cabo acciones tendentes a reducir el volumen de agua no registrada que se corresponde con la suma de las pérdidas reales (fugas en las redes de aducción y de distribución, en los depósitos y en las acometidas) y las pérdidas aparentes (caudal consumido no medido por fraudes y tomas clandestinas, subcontaje de contadores, contadores parados, errores en el sistema de facturación, consumo autorizado no facturado, purgas de la red, limpieza de depósitos, etc).

En concreto el agua producida y no facturaba ascendía aproximadamente al 50% del agua producida.

Dicha licitación pues, trataba de cumplir con las consideraciones realizadas en el Informe de la Audiencia de Cuentas de Canarias de Fiscalización de la Captación y Distribución del Agua por las Entidades Locales, Ejercicio 2012, en el que se recomendaba que:

“1. Se deberán instalar los mecanismos necesarios para la correcta localización y cuantificación de las pérdidas en la red de abastecimiento de agua, tanto en Alta, es decir, las mermas entre el volumen propio y comprado y el volumen que entra en los depósitos municipales, como en Baja, es decir, las diferencias entre el volumen de agua que entra y sale de dichos depósitos, así como las pérdidas ocasionadas hasta el punto de suministro”.

El informe de la Audiencia de Cuentas se adjunta como **documento 3**.

Es por este motivo que el PPT en su cláusula 16, apartado 7, relativo a las fugas, señalaba que el agua producida y no facturada no podría superar el 30% al indicar que el rendimiento técnico mínimo (diferencia entre el agua registrada por todos los contadores y agua producida). Textualmente indica:

7. Fugas.

- a) Es responsabilidad del Concesionario la búsqueda, localización y reparación de roturas y fugas en las redes generales y acometidas, tanto de la red de agua potable como la de reutilización, realizando campañas sistemáticas de detección y aplicando los mejores sistemas y tecnologías existentes en la actualidad o aquellos que lo mejoren.
- b) El licitador deberá comprometerse a alcanzar un rendimiento técnico mínimo del sistema de distribución del agua y reutilización, cuyo valor fijará en el Proyecto de Organización y Gestión del Servicio que proponga y que será como mínimo del 70% pasados cinco años desde la fecha de inicio de actividad fijada en el contrato. Este valor

se entenderá como el cociente entre el agua registrada por todos los contadores de los usuarios del abastecimiento de agua potable, reutilización y usos municipales y el volumen total aportado al sistema.

Precisamente, con el objeto de promover una gestión que evite las pérdidas en la red y el agua no facturada el PCAP en la cláusula 8.2.4 establecía la obligación de aportar en la oferta un Plan de Explotación del servicio (obligación esencial) en el que se incluyera, y citamos expresamente:

“Plan de mejora del balance hidráulico del sistema de agua potable,

Propuesta de mejora de rendimientos de la red de abastecimiento de agua potable y de reutilización. Definición de puntos porcentuales de mejora de rendimiento de la red respecto a la situación actual. Definición de planes de actuaciones de mejora y de control del rendimiento hidráulico, plan de control permanente de fugas y plan especial de medición y reducción de consumos municipales. Deberá ofertarse de modo cuantificable mediante índices comprobables en el tiempo.

Plan de Gestión y lectura de contadores

Propuesta de mejora de la programación y medios destinados a la lectura, gestión y comprobación de contadores. Se valorará positivamente la innovación tecnológica, la inclusión de un Banco de Ensayo de Contadores y la utilización de herramientas informáticas indicadas para la organización de la lectura de contadores, que incluya el manejo de rutas de lectura, rendimientos de lectores, planificación de lecturas, control de trabajo y rendimientos obtenidos, etc.

Plan de Mantenimiento de las instalaciones y redes de saneamiento

Se valorará especialmente la limpieza sistemática y conservación de la red de saneamiento, con detalle de los medios humanos y materiales empleados en esta actuación y la periodicidad de dichas actuaciones.

Plan de innovación y herramientas de gestión

Definición de herramientas de gestión en materia de Sistemas de Información Geográfica a aplicar para el mantenimiento y gestión de activos y del cuadro de mandos e indicadores de gestión y otras innovaciones que el ofertante considere. Deberán estar definidas técnicamente y tener una correspondencia económica. Se valorará especialmente la integración del Sistema de Información Geográfica con el Sistema de Gestión Comercial de Clientes”.

Del mismo modo, en la cláusula 8.2.4 del PCPA se establecía la obligación de adjuntar a la oferta un avance del plan director entendiéndose por tal:

6.-Avance del plan director del servicio.

Se entiende como Avance del Plan Director el conjunto de renovaciones, obras nuevas e innovaciones tecnológicas que el licitador propone que se realicen durante el periodo concesional para asegurar la prestación del servicio, tanto en cantidad como en calidad. Deberá contener, con las especificaciones que se indican en el PPTP, los siguientes apartados.

- a.- Descripción y diagnóstico de las infraestructuras del servicio.
- b.- Funcionamiento hidráulico del sistema
- c.- Criterios de redes y de infraestructuras del servicio
- d.- Plan de inversiones sobre el sistema de abastecimiento de agua potable, riego y saneamiento, a realizar durante la vigencia de la concesión:

Este plan contendrá en detalle los siguientes apartados:

- Descripción detallada de las actuaciones que el licitador que el licitador se compromete a realizar, a su cargo, durante los primeros cinco años de Contrato
- Periodificación del plan de inversiones.



- Descripción a nivel de anteproyecto de todas las obras y actuaciones propuestas.

Se valorarán todas las obras y actuaciones, sin especificar el origen de la financiación. El licitador indicará el importe de la inversión que tomará a su cargo, y que deberá ser amortizada en el plan económico financiero de la concesión. El Consorcio se reserva el derecho a definir el destino de importe de las inversiones que el adjudicatario establezca a su cargo en este avance, en función de las necesidades y las prioridades del servicio de abastecimiento y alcantarillado.

En definitiva, de acuerdo con el PCAP y el PPT eran necesario un avance de Plan de inversiones y un Plan de Explotación de servicios que redujera las pérdidas de modo tal que no superaran el 30% del agua producida.

Cabe recordar como indica el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), Sentencia núm. 399/2021 de 22 marzo, RJ 2021\1165, que:

“(...) esta Sala viene declarando, por todas, Sentencia de 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 5273) (recurso de casación n.º 1606/2007) que << es pacífico en la doctrina científica y reiterado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el Pliego de Cláusulas administrativas constituye la ley del contrato, con fuerza vinculante para las partes contratantes. Bien lo expresa el Alto Tribunal, p. ejem. en su sentencia de 9 de julio de 1988 (RJ 1988, 5880) : “la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades, en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables, son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración, como “ley primordial del contrato”, resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego”. (...) El artículo 1281 del Código Civil (LEG 1889, 27) , párrafo 1º, establece que “si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intervención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas”>>”.

II.- Con fecha 26 de abril de 2013 el Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote adjudicó, tras el correspondiente procedimiento negociado con publicidad, el contrato de concesión de los servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y reutilización de las Islas de Lanzarote y la Graciosa, a la entidad CANAL DE ISABEL II GESTIÓN S.A., con CIF A-86488087, la cual, conforme establecía el PCAP de la licitación, constituyó la Sociedad Canal Gestión Lanzarote S.A.U., que es la entidad que lleva a cabo la gestión de la concesión.

El 23 de mayo de 2013 se formalizó el contrato para la gestión del servicio del ciclo integral del agua entre el Consorcio de Aguas de Lanzarote y Canal de Isabel II

Gestión S.A., la cual conforme a la cláusula primera del mismo se compromete a la ejecución del contrato con estricta sujeción a la oferta presentada, a las actas del procedimiento negociado en materia económica y de recursos humanos y a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas y sus Anexos, en aquellos aspectos que no se contemplan en la oferta y las actas de negociado. La duración del contrato será de 30 años a partir del 1 de junio de 2013, fecha en la que el concesionario asume la prestación del servicio.

El contrato se adjunta como **documento 4**.

Cabe señalar que, de acuerdo con el contrato, los cánones a abonar por la concesionaria eran los siguientes:

CANON INICIAL DE LA CONCESION:

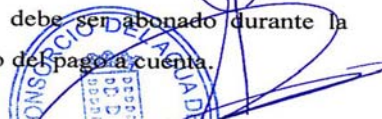
El Canon de la concesión a percibir por el Consorcio, a efectos de liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados, se establece en la cantidad inalterable de **50.000.000,00 de euros (CINCIENTA MILLONES DE EUROS)** por todo el periodo concesional. El canon inicial será satisfecho por el concesionario a razón de:

CANON VARIABLE:

CANON A: 1% (UNO POR CIENTO) que vendrá determinado sobre el importe anual facturado (IGIC y cualquier otro tributo, estatal o autonómico que sea repercutible a los usuarios de los servicios afectados excluido) de los servicios objeto del contrato y debe ser abonado durante la primera quincena del mes siguiente al trimestre objeto de pago a cuenta.

CANON B: 5% (CINCO POR CIENTO), que vendrá determinado como porcentaje sobre los ingresos netos por encima de los fijados en el modelo económico financiero incluido en la oferta del adjudicatario y abonarlo durante la primera quincena del mes siguiente al trimestre objeto de pago a cuenta, siempre que el resultado después de impuestos sea positivo y superior al previsto en el referido modelo financiero –excluidos los gastos generales y el beneficio industrial – o, alternativamente, a elección del Consorcio

CANON B: 15% (QUINCE POR CIENTO) que vendrá determinado como porcentaje sobre el resultado después de impuestos por encima del fijado en el modelo económico financiero incluido en la oferta del adjudicatario Canal de Isabel II Gestión S.A. - excluidos los gastos generales y beneficio industrial-, siempre que el Resultado después de impuestos sea positivo, y debe ser abonado durante la primera quincena del mes siguiente al trimestre objeto de pago a cuenta.



CANON C: 6%(SEIS POR CIENTO) que vendrá determinado como un porcentaje de los ingresos obtenidos en concepto de subvenciones a capital y a la explotación, bonificaciones y exenciones propias de la Comunidad Autónoma Canaria o cualquier otra Administración, donaciones, contratos de ininterrumpibilidad y cualquier otro ingreso de naturaleza similar que no proceda de la habitual operación del servicio y debe ser abonado la primera quincena del mes siguiente al trimestre objeto del pago a cuenta.

CANON EXTRAORDINARIO: 100% (CIEN POR CIEN). En el caso de incorporar al servicio infraestructuras o instalaciones nuevas, no abonadas por el concesionario, que contribuyan a la mejora de los costes de explotación propios del servicio, el concesionario devengará a favor del Consorcio el Canon Extraordinario equivalente al cálculo del ahorro producido en base anual, que no sustituye ni anula ninguno de los cánones anuales variables, y cuyo cálculo y liquidación se realizará anualmente sobre ejercicio vencido, durante el primer trimestre del año siguiente.

Asimismo, devengará Canon Extraordinario el incremento de ingreso derivado de la subida de tarifas por encima de la Fórmula de Revisión establecida en el presente Contrato, siempre y cuando este incremento venga fijado por el Consorcio de Aguas de Lanzarote.

CUARTA: INVERSIONES.- Las inversiones serán las recogidas en la oferta del adjudicatario y recogidas en el Presupuesto de Inversiones, a su cargo, en el sistema de abastecimiento, saneamiento y reutilización por importe a valor del año 1 de **CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL CIENTO VEINTIOCHO EUROS (54.455.128,00€)**. (Apartado B Presupuesto de inversiones)

Es importante destacar, con el objeto de analizar las obligaciones de la concesionaria, la oferta que realizó la adjudicataria y, en concreto, las obligaciones derivadas del Plan de explotación del servicio, del Avance del Plan Director y de la oferta económica.

La oferta económica se adjunta como **documento 5**, y el Plan de explotación del servicio y gestión y avance del Plan Director como **documento 6**.

En este sentido, una parte importante de las inversiones a realizar y de las líneas de actuación del Plan de Explotación de servicios tenían como finalidad reducir las

pérdidas en la red y el agua no facturada de modo tal que no superaran el 30% del agua producida.

En concreto las inversiones a realizar eran las siguientes:

RESUMEN DE PRESUPUESTO		IMPORTE
CAPÍTULO 1. ACTUACIONES DE MEJORA MÍNIMA SEGÚN PLIEGO		38.544.084
Subcapítulo 1. Abastecimiento		
1	Instalación de cámaras isobáricas para la recuperación de energía	34.304.113
2	Sustitución de las membranas existentes y recuperación de tubos en las líneas para incrementar la producción	2.179.120
3	Renovación y refuerzo de bastidores para soporte de nuevos equipamientos	2.056.600
4	Sustitución de coples para uniones ranuradas, para evitar las pérdidas y minimizar las posibles roturas de la red	478.088
5	Adecuación depósitos existentes	9.500
6	Adecuación de las instalaciones a R.D. 140/2003	2.786.721
7	Actuaciones específicas para Depósitos 1, 2, 3 y 4 de la Granja, antiguos depósitos de Maneje	260.000
8	Adecuación de las estaciones de bombeo.	1.300.634
9	Renovación programada de la red	421.564
10	Instalación de válvulas reductoras de presión	17.265.826
11	Elaboración de un modelo matemático de la red de agua potable en alta y del núcleo urbano de Arrecife	46.643
12	Inventario y levantamiento topográfico de la red de agua potable	25.840
13	Ampliación y mejora del sistema de telemando y telecontrol	188.500
14	Campaña de detección de fugas	370.976
15	Campaña de detección de fraude	63.530
16	Renovación del parque de contadores para no superar una antigüedad mayor a 8 años	195.360
17	Estudio de sectorización. Instalación de contadores en puntos estratégicos de la red	6.620.761
Subcapítulo 2. Saneamiento		34.450
1	Sustitución de colectores en mal estado.	3.631.524
2	Adecuación de las estaciones de bombeo de aguas residuales	397.977
3	Mejoras en las estaciones depuradoras de aguas residuales	271.110
4	Conexión de los pozos de las instalaciones INALSA en Punta de los Vientos a la red de alcantarillado.	2.161.740
5	Plan de Control de Vertidos	250.689
6	Levantamiento topográfico y actualización de la red de saneamiento	26.328
7	Ampliación y mejoras en el sistema de telemando y telecontrol, y centralización en un único centro de control	87.300
Subcapítulo 3. Reutilización		436.380
1	Adecuación de las instalaciones al R.D. 1620/2007	608.447
2	Impermeabilización de los depósitos	55.006
3	Acondicionamiento de las estaciones de bombeo	145.000
4	Inventario y levantamiento de la red de reutilización	135.000
5	Instalación sistema de telecontrol y telemando	111.570
6	Campaña de detección de fugas	72.065
7	Campaña de detección de fraude	63.916
		25.890
CAPÍTULO 2. ACTUACIONES PROPUESTAS (A COSTA DEL LICITADOR)		15.911.044
Subcapítulo 1. Abastecimiento		
1	Instalación de cámaras isobáricas para la recuperación de energía	13.502.490
2	Sustitución de las membranas existentes y recuperación de tubos en las líneas para incrementar la producción	3.268.680
3	Renovación y refuerzo de bastidores para soporte de nuevos equipamientos	3.084.900
4	Renovación programada de la red	717.132
5	Instalación nuevas bombas AP en Janubio	4.316.456
6	Instalación nuevas bombas de captación en Janubio	600.030
7	Incorporación de nueva valvulería al sistema de abastecimiento.	340.992
8	Implantación de un Sistema de Gestión Comercial	650.000
9	Implantación de un Sistema de Gestión de Calidad, Medio Ambiente y SST	500.000
Subcapítulo 2. Saneamiento		24.300
1	EDAR Costa Tegui: Adecuación de armarios eléctricos	250.000
Subcapítulo 3. Reutilización		250.000
1	Renovación de red	2.158.554
2	Modelización de la Red de Agua Reutilizada	1.383.382
3	Renovación del parque de contadores para no superar una antigüedad mayor a 8 años	15.000
		760.172
TOTAL PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN		54.455.128
Asciende el Presupuesto Base de Licitación a la expresada cantidad		

Precisamente, y de acuerdo con el cronograma ofertado en el Avance del Plan Director por la concesionaria, la ejecución de las inversiones era de un máximo de 5 años en abastecimiento, reutilización y saneamiento.

Pues bien, como vamos a comprobar más adelante -tal y como se derivan de los informes técnicos realizados- se ha producido una falta de ejecución de inversiones previstas en la oferta de la adjudicataria de la concesión y que tenían como objetivo minorar las pérdidas en la red y el agua no facturada (inversiones en redes y contadores), se ha producido la modificación o alteración unilateral de las inversiones ofertadas, se han llevado a cabo inversiones no contempladas en vez de las acordadas, y se ha producido el incumplimiento del plazo de 5 años en la ejecución de las inversiones acordadas

Igualmente, dentro de la oferta del Plan de Explotación de Servicios se incluían toda una serie de medidas y líneas de actuación que tenían como objetivo reducir las pérdidas en la red y el agua no facturada, como son las siguientes:

“c.3. Líneas de actuación

c.3.1. Diagnóstico y seguimiento de balance hídrico con metodología estándar internacional.

c.3.2. Seguimiento y control de la información de las infraestructuras.

Se realizará el seguimiento y control de todas las modificaciones que se produzcan en las infraestructuras de los sistemas de distribución de agua potable y de reutilización, tanto de las ampliaciones, renovaciones, reparaciones o mejoras que se produzcan en las mismas, como de los episodios, acontecimientos de operación normal y de resolución de incidencias que tengan lugar en las mismas.

c.3.3. Modelización hidráulica

La modelización hidráulica permite mejorar en el conocimiento de la red y por lo tanto es una herramienta fundamental para la eficiencia en las inversiones a realizar. Se propone las siguientes:

Modelización matemática del funcionamiento hidráulico dinámico, incluyendo todos los depósitos, equipos de bombeo y conducciones del esquema unifilar de agua potable.

Modelización matemática del funcionamiento hidráulico de la red de detalle de la red de Arrecife y de aquella que se considere necesaria para el establecimiento de la sectorización y gestión de presiones.

Modelización matemática del funcionamiento hidráulico, incluyendo todos los depósitos, equipos de bombeo y conducciones de transporte de agua regenerada

c.3.4. Fragmentación mediante sectorización de los sistemas de suministro de agua potable y reutilización.

c.3.6. Plan de control permanente de fugas.

Detección sistemática orientada y eficiente de fugas ocultas, con selección de áreas para rastreo a partir de los indicadores identificados como más adecuados (incluso los basados en análisis de mínimos nocturnos).

Realización de campaña de detección y localización precisa de fugas y roturas ocultas en un total del 25% de las redes en cada uno de los 2 primeros años.

Realización de campaña de detección y localización precisa de fugas y roturas ocultas en un total del 10% de las redes en cada uno de los años siguientes (salvo que se justifique otro método u otras frecuencias, más eficientes).

c.3.7. Plan de Reducción de consumos no controlados

Campaña de detección de fraudes y consumos no registrados en las que se pretende:

Detección de consumos fraudulentos (no autorizados)

Control de consumos autorizados no registrados con contador y ubicación precisa

Uno de los componentes de las llamadas pérdidas aparentes en el balance del rendimiento de un sistema de abastecimiento lo constituyen los usos irregulares, fraudulentos o no controlados (autorizados o no).

La detección de estos usos puede requerir costosas y prolongadas campañas de inspección y revisión de las redes de abastecimiento, con presencia física de empleados de la compañía en cada posible punto de consumo irregular.

Mediante la aplicación de técnicas de Teledetección es posible la identificación de usos de agua en exterior, tales como riego de zonas verdes o piscinas. La información de catastro urbano, con detalle de edificaciones en cada parcela permite una estimación de los consumos de agua en viviendas u otras instalaciones. El cruce de esta información con las lecturas de los contadores de suministro de agua servirá para ubicar e identificar posibles usos no controlados, fraudulentos o irregulares del agua suministrada, orientando de forma eficaz las inspecciones para la regularización de estos consumos (...)

m.3. Sistema de reutilización

Se plantean los siguientes criterios generales para la renovación de las redes e infraestructuras de reutilización:

Incrementar la producción por encima del 20% actual y la cobertura de suministro de agua regenerada, asegurando la recuperación de los costes de producción del agua regenerada y adaptando la tarifa, que en cualquier caso será más baja que el agua de consumo humano y que mejorará la eficiencia energética global.

Adaptar las calidades a los usos y mejorar la eficiencia de los sistemas de acuerdo con el RD 1620/2007.

Mejorar el ratio de eficiencia del agua regenerada registrada y facturada frente a producida hasta el 75% mediante el plan de renovación de contadores y el telecontrol del sistema de agua regenerada.

i. Plan de innovación y herramientas de gestión

i.1. Sistema de información geográfica

i.1.1. Introducción

La historia de los SIG (Sistemas de Información Geográfica) en Canal de Isabel II empezó hace más de 25 años. Desde entonces, este tipo de sistemas de información ha tenido una fuerte penetración en los sistemas de gestión de la empresa, llegando a hacerse imprescindible en las áreas de explotación. Procesos tales como la atención al cliente, la gestión de avisos, averías y órdenes de trabajo, la planificación de infraestructuras o el mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones no son concebibles desde hace más de una década sin el soporte que brindan las herramientas SIG.

Cabe indicar que la mayoría de las líneas de actuación en materia de explotación del servicio requerían a su vez, ciertas inversiones en un plazo determinado.

Así, por ejemplo, en materia de abastecimiento:

11. Elaboración de un modelo matemático de la red de agua potable en alta y del núcleo urbano de Arrecife

Una vez elaborado el levantamiento de la red y localizados los elementos singulares se realizará un modelo que permita optimizar la gestión del servicio y detectar la necesidad de la red de alta. Posteriormente se completará con la red en baja de Arrecife.

13. Ampliación y mejora del sistema de telemando y control

Con el objetivo de conseguir un sistema de supervisión y mando centralizado y unificado sobre el conjunto de los sistemas de explotación de INALSA, se proponen las siguientes actuaciones.

En depósitos sin sistema de telecontrol disponible se analizará la necesidad de integración de los siguientes elementos: contadores en las entradas y salidas del depósito, medidor de nivel, detectores de intrusión, equipo de supervisión, mando y transmisión, mediante tecnología GPRS.

En estaciones elevadoras sin sistema de telecontrol disponible se analizará la necesidad de integración de detectores de intrusión, de equipo de supervisión, mando y transmisión, mediante tecnología GPRS, tendido de cableados y conexionado entre equipamiento actual y nuevo equipo de telecontrol

En depósitos con sistema de telecontrol disponible, se analizará la necesidad de integración de servicio de contadores en las entradas y salidas del depósito y tendido de cableados y conexionado con el equipo de telecontrol.

14. Campaña de detección de fugas

Detección sistemática orientada y eficiente de fugas ocultas, con selección de áreas para rastreo a partir de los indicadores identificados como más adecuados (incluso los basados en análisis de mínimos nocturnos). La propuesta es la siguiente:

Se prevé realizar la campaña de detección y localización precisa de fugas y roturas ocultas en un total del 25% de las redes en cada uno de los 2 primeros años.

16. Renovación del parque de contadores para no superar una antigüedad mayor a 8 años

Durante los primeros cinco años de gestión se procederá a la renovación del parque de contadores existente, con objeto de garantizar una antigüedad no superior a 8 años en los equipos de medición.

Para el abastecimiento se instalarán contadores de alta gama. En este sentido, los equipos de medición, como mínimo serán de clase metrológica C o Ratio 160, lo cual permitirá minimizar los efectos del subcontaje, especialmente en los suministros en los que el consumo se lamina a lo largo de las 24 horas del día”.

En materia de saneamiento del agua, las líneas de inversión y plan de explotación eran las siguientes:

“7 Ampliación y mejoras en el sistema de telemando y telecontrol del sistema de saneamiento y centralización de las señales en un único centro de control

Para el telecontrol de las EDAR se estudiará la instalación en cada estación depuradora de una autómata programable (PLC) que haga de concentrador de todas las informaciones de la EDAR y del tratamiento terciario, las acondicione y la envíe al centro de control, vía GPRS.

En el centro de control se instalará un front-end de comunicaciones, formado por otro PLC que será el encargado de comunicar con el sistema SCADA e integrar las informaciones de este sistema con el de abastecimiento.

Para el telecontrol de las EBAR y las estaciones elevadoras de pluviales que no disponen de sistema de telecontrol se plantea una solución totalmente similar al caso de elevadoras de red de distribución, aunque, evidentemente, será distinta la selección de informaciones a transmitir.

Se analizará en cada una de las 55 instalaciones la necesidad de instalar detectores de intrusión, equipos de supervisión, mando y transmisión, mediante tecnología GPRS y tendido de cableados y conexionado entre equipamiento actual y nuevo equipo de telecontrol.”

En materia de reutilización del agua, las líneas de inversión y plan de explotación eran las siguientes:

“5. Instalación sistema de telecontrol y telemando en reutilización

En depósitos de reutilización sin sistema de telecontrol disponible se analizará la necesidad de integración de los siguientes elementos: contadores en las entradas y salidas del depósito, medidor de nivel, detectores de intrusión, equipo de supervisión, mando y transmisión, mediante tecnología GPRS En estaciones elevadoras de agua regenerada sin sistema de telecontrol disponible se analizará la necesidad de integración de detectores de intrusión, de equipo de supervisión, mando y transmisión, mediante tecnología GPRS, tendido de cableados y conexión entre equipamiento actual y nuevo equipo de telecontrol

Las informaciones relativas a los depósitos y elevadoras de agua regenerada se recibirán en el centro de control en el mismo front-end que las EBAR, desde donde se integrarán en el mismo SCADA con los sistemas de abastecimiento y saneamiento.

6. Campaña de detección de fugas en reutilización

Detección sistemática orientada y eficiente de fugas ocultas, con selección de áreas para rastreo a partir de los indicadores identificados como más adecuados (incluso los basados en análisis de mínimos nocturnos). La propuesta es la siguiente:

Se prevé realizar la campaña de detección y localización precisa de fugas y roturas ocultas en un total del 25% de las redes en cada uno de los 2 primeros años”.

Pues bien, como vamos a comprobar más adelante -y de acuerdo con los informes técnicos realizados- ha producido un incumplimiento grave de la obligación esencial del apartado b) de la cláusula 29 del contrato que exige el cumplimiento del Plan de Explotación de los Servicios y del Plan de Organización y Gestión del Servicio ofertado por el adjudicatario del contrato.

SEGUNDO.- SOBRE LOS REQUISITOS DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ESENCIALES Y LOS REQUISITOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL RESTO DE OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EXPRESAMENTE EN EL CONTRATO.

Tal y como señalan el PCAP y el contrato el mismo tiene naturaleza administrativa y se rige por lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del Sector Público y por las normas dictadas en su desarrollo (Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de contratos del Sector Público), por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre y por el Decreto de 17 de junio de 1955 que aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, estas dos últimas normas en lo que continúen vigentes. Supletoriamente, se regirá por las restantes normas de Derecho Administrativo y, en su defecto, por las normas de derecho privado.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 223 f) del TRLCSP 2011, son causas de resolución:

f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato; h) Las establecidas expresamente en el contrato¹.

De acuerdo con lo establecido en el TRLCSP nos encontramos ante dos causas diversas que dan lugar a un régimen diverso de resolución contractual, por un lado, el incumplimiento de la obligación principal y de las obligaciones esenciales reconocidas como tales en el PCAP y, por otro, cualquier causa recogida en su clausulado, sin necesidad de que ésta hubiera sido calificada como esencial.

De este modo mientras que la resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales de un contrato administrativo requiere que dichas obligaciones figuren de forma expresa y con tal carácter en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el contrato, pudiéndose apreciarse de forma automática por parte de la Administración; por el contrario en la resolución por otros incumplimientos graves del contratista —no identificados expresamente en los pliegos como obligaciones esenciales—, corresponde a la Administración, motivando su decisión, identificar y calificar dichos incumplimientos.

Así lo expresa la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) en Sentencia de 10 junio 2020, JUR 2020\202714, cuando indica que:

“La no realización de parte de las mejoras sociales ofertadas y aprobadas o el incumplimiento del abono del canon anual al haber abonado únicamente el canon del primer año por ser requisito previo a la firma del documento de formalización del contrato prevista en la cláusula 6 del PCAP, son incumplimientos prestacionales de las obligaciones principales del contrato, y aunque la Administración ha motivado su esencialidad precisamente por tratarse de incumplimiento de las obligaciones principales del contrato. Si bien no vienen señaladas específicamente como obligaciones esenciales en el PCAP, se trataría, sin embargo, de incumplimientos que vendrían a apoyar la culpabilidad del contratista para la incautación de la garantía y determinación de daños y perjuicios conforme al artículo 225.3 TRLCSP.

¹ En la actualidad la LCSP 2017 establece en el artículo 211.1 f) como causa de resolución únicamente el incumplimiento de la obligación principal y de las esenciales. En concreto señala:

“1. Son causas de resolución del contrato: f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general”.

En definitiva, concurren las causas de resolución previstas en el PCAP, causa de resolución a que hace referencia el apartado h del artículo 223 TRLCSP.

*El recurrente, como hemos indicado, no discute la motivación de la Administración en relación a cada incumplimiento imputado, sino que invoca subjetividad sobre la apreciación de la «esencialidad» del cumplimiento, cuestión que, en todo caso, iría relacionada con la causa de resolución del artículo 223. f) del **TRLCSP «El incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en contrato»**, lo que sería apreciable de forma automática de existir tal calificación”.*

En el mismo sentido se pronuncia el Informe 20/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 12 de septiembre de 2011 al señalar que:

“La resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales de un contrato administrativo, al amparo del actual artículo 206 f) LCSP, requiere que dichas obligaciones figuren de forma expresa y con tal carácter en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el contrato, y puede apreciarse de forma automática por parte de la Administración; mientras que en la resolución por otros incumplimientos graves del contratista —no identificados expresamente en los pliegos como obligaciones esenciales—, corresponde a la Administración, motivando su decisión, identificar y calificar dichos incumplimientos”.

Igualmente se pronuncian distintos Consejos Consultivos en numeroso dictámenes como el Dictamen núm.. 217/2015 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid nº 631/2011, de 16 de noviembre y el Dictamen núm. 195/2018 del Consejo Consultivo de Castilla y León, el cual indica:

“En efecto, el artículo 111 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP) determinaba, como causas de resolución, en su apartado g) «El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales» y, su apartado h) «Aquellas otras que se establezcan expresamente en el contrato». El TRLCAP, por un lado, dejaba un cierto margen de apreciación de las obligaciones que la Administración consideraba esenciales, en virtud de la prerrogativa de interpretar los contratos reconocida en el artículo 59.1 del mismo texto legal y, por otro, permitía resolver el contrato, por cualquier causa recogida en su clausulado, sin necesidad de que ésta hubiera sido calificada como esencial. La LCSP (RCL 2017, 1303y RCL 2018, 809) solventa los problemas de interpretación suscitados respecto del alcance del término «obligaciones esenciales», exigiendo expresamente que ese carácter esencial esté previsto en los pliegos o en el contrato’. Sin perjuicio de ello, añade este informe que ‘Lo anterior no es obstáculo para que proceda la resolución por incumplimiento del contratista si, como exige la jurisprudencia, el incumplimiento es grave y de naturaleza sustancial (STS 29 mayo 2000). Si bien la resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales,

calificadas como tales en los pliegos o el contrato, podría ser apreciada de forma automática, en tanto que en resoluciones por incumplimientos graves del contratista, corresponde a la Administración, motivando su decisión, identificar y calificar dichos incumplimientos´. (En el mismo sentido, Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid nº 631/2011, de 16 de noviembre)”.

De este modo, mientras que el incumplimiento de una obligación esencial supone de forma automática la resolución del contrato, por el contrario, el incumplimiento del resto de obligaciones requiere que el incumplimiento sea grave.

En cualquier caso, el incumplimiento de la obligación sustancial o esencial no ha de ser nimio ni irrelevante ((Dictamen Consejo de Estado núm. 52.006, de 9 de junio de 1988) pero de forma más flexible que los requisitos exigidos en la jurisprudencia civil.

En este sentido, como indica el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en Sentencia de 21 mayo 1986, RJ 1986\3271

“La prerrogativa rescisoria o resolutoria del mismo, si existen motivos fundados para adoptar tal actitud, puesto que en la contratación administrativa, siempre sometida a la idea cardinal de satisfacción del interés público, el ejercicio de dicha prerrogativa es más flexible y abierto que la facultad condicionada, otorgada a los otorgantes de contratos privados, en el art. 1124 del Código Civil, como se comprueba comparando su texto con el recogido en el art. 70 y 71 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953”

Por este motivo, el TRLCSP de 2011 señala y distingue como causas de resolución el incumplimiento de obligaciones esenciales y, por tanto, sustanciales -que deben recogerse expresamente en los Pliegos- y cuyo incumplimiento puede ser declarado de forma automática de aquellas otras obligaciones cuyo incumplimiento ha de ser grave para que dicho incumplimiento pueda dar lugar a la resolución.

Esta exigencia responde a la voluntad del legislador de acabar con la inseguridad jurídica que ocasionaba la anterior legislación (art. 111. g) TRCA 2000 que planteaba el problema de interpretar qué obligaciones eran esenciales y cuáles no lo eran. La nueva legislación exige el reconocimiento expreso en la documentación contractual de la condición de esencial de una obligación precisamente para evitar esta inseguridad jurídica. Pero la aplicación de esta causa de resolución potestativa no sólo exige una calificación expresa de una obligación contractual concreta como esencial, sino que además exige que esta calificación se recoja en los pliegos o en el contrato.

Ahora bien, cabe realizar varias precisiones, en cuanto a las obligaciones esenciales.

En primer lugar, que una obligación no deviene esencial por ser calificada como tal en el pliego y en el contrato, sino que ésta debe serlo "ab initio", esto es, debe estar íntimamente vinculada al objeto y elementos de un contrato en particular, de manera que *"constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes"* (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3428/1999, de 18 de mayo de 2000).

En segundo lugar, aunque no se puede obviar la obligación que la ley impone a las Administraciones de calificar sus cláusulas como esenciales cuando considere que ésta es su naturaleza, una interpretación estricta de la norma atentaría contra el interés general, puesto que impediría resolver un contrato aunque nos encontrásemos ante un incumplimiento de obligaciones esenciales no recogidas expresamente, cuando lo realmente determinante no es la calificación que el contrato dé a una determinada obligación (Dictámenes 442/2011, 631/2011 y 324/2013, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid; 35/2014, del Consejo Consultivo de Andalucía; 24/2015 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; y 49/2012).

Pues bien a la vista de lo expuesto pasamos a analizar los incumplimientos del concesionario de obligaciones esenciales y el incumplimiento de otras obligaciones establecidas expresamente en el contrato que no hayan sido calificadas de esenciales.

TERCERA.- INCUMPLIMIENTO OBLIGACIÓN ESENCIAL INVERSIONES Y OBRAS.

Tal y como hemos visto la cláusula 29 establece como obligación esencial del contrato:

“El cumplimiento de las inversiones comprometidas a realizar por el adjudicatario. La falta de realización de dichas inversiones, la falta de realización en las cuantías ofertadas o el retraso en su realización, conforme a lo dispuesto en los presentes pliegos y en la oferta del adjudicatario, será incumplimiento de esta obligación esencial”.

En efecto, se desprende del PCAP, de la oferta del contratista y del propio contrato, que el concesionario está obligado a la realización de inversiones en los CINCO PRIMEROS AÑOS del contrato por importe de CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL CIENTO VEINTIOCHO EUROS (54.455.128,00€).

Del mismo modo, de conformidad con lo establecido en la cláusula 23 letra f) del pliego es un deber del concesionario:

“Ejecutar las obras de acuerdo al plan que el Concesionario se haya comprometido en su oferta, con estricta sujeción al proyecto que al efecto apruebe en su día el Consorcio, en el plazo y las condiciones que determine el plan de inversiones y sin otras modificaciones que las que se autoricen debidamente”.

Igualmente, tal y como establece el apartado 3.5 del pliego de condiciones administrativas:

“el licitador definirá en su oferta las obras que se compromete a realizar durante los cinco primeros años, a su costa, explicitando la prioridad y plazos de las mismas”.

Igualmente, en su oferta el contratista se compromete, afirma, y citamos textualmente:

3. A realizar las INVERSIONES recogidas en el apartado B. Presupuesto de Inversiones, a su cargo, en el sistema de abastecimiento, saneamiento y reutilización por importe máximo de 54.455.128 euros (CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL CIENTO VEINTIOCHO EUROS), durante los cinco primeros años de contrato.

Igualmente, en el avance del Plan Director aportado y ofertado por la adjudicataria las inversiones se debían realizar en plazo máximo de 5 años.

Del mismo modo el incumplimiento de la obligación de realizar las inversiones en plazo da lugar a la comisión de una infracción muy grave.

En concreto, tal y como refleja la cláusula 49 del PCPA letra b), es infracción muy grave:

“Incumplir el Plan de Inversiones propuesto en la oferta. El incumplimiento de las inversiones comprometidas a realizar por el adjudicatario en el Plan ofertado. La falta de realización de dichas inversiones, la falta de realización en las cuantías ofertadas o el retraso en su realización, conforme a lo dispuesto en los presentes pliegos y en la oferta del adjudicatario”.

Del mismo modo, en el Anexo 8 del PCAP, relativo al estudio económico financiero, se establecía que el plazo máximo para la realización de las inversiones era de 5 años.

La razón de ser de dicho plazo estribaba en la imperiosa necesidad de realizar las inversiones a la mayor brevedad con el claro objetivo de reducir las pérdidas en la red y el agua no facturada y con ello minorarlas del 50% al 30%.

Pues bien, un análisis de los lotes de inversión entregados por la concesionaria pone de manifiesto no solo que parte de las inversiones no se ha realizado -inflando el valor de las realizadas- sino que las inversiones no se han realizado en el plazo de 5 años a lo que hay que añadir, además, un hecho de especial relevancia y es que se han producido modificaciones en el Plan de inversiones ofertado por la concesionaria no aprobadas por el órgano de contratación y, en concreto, de inversiones destinadas a minorar las pérdidas en la red y el agua no facturada.

Precisamente, constan informes de control de ejecución de las inversiones realizados por la arquitecta del Cabildo Doña Aglaé Pino Broock, en la que se constata que las inversiones realizadas no alcanzan los 54.455.128,00 €.

Actuaciones LOTES	Importe imputado por CGL	Importe revisado imputable
LOTE 1	1.084.843,55 €	839.689,53 €

LOTE 2	2.642.317,09 €	2.246.386,1 €
LOTE 3	11.483.822,63 €	9.944.224,84 €
LOTE 4	5.446.549,81	4.922.875,23 €
LOTE 5	1.811.498,12 €	1.160.758,24 €
LOTE 6	1.426.651,51 €	1.340.589,31 €
LOTE 7	3.860.465,93 €	3.731.846,92 €
LOTE 8	3.641.622,57 €	2.991.777,20 €
LOTE 9	4.058.648,98 €	3.605.163,08 €
LOTE 10	2.210.899,03 €	2.043.758,89 €
LOTE 11	8.790.102,45 €	8.398.107,08 €
LOTE 12	6.244.595,97 €	4.330.529,27 €
LOTE 13	3.465.017,37 €	73.734,45 €
TOTAL	56.167.035,01 €	45.629.440,14

El informe se adjunta como **documento número 7**.

Como se puede comprobar de los 54.455,128 de euros comprometidos tan solo se han realizado 45.629.440,14 €.

Del mismo modo, tal y como se concluye en el informe de Gerente del Consorcio del Agua de Lanzarote, de fecha 4 de abril de 2024 Canal Gestión Lanzarote SAU:

“del programa de inversiones comprometidas en su oferta por un valor de 54.455.128,00 €, ha ejecutado actuaciones justificadas que han supuesto el cumplimiento de sus compromisos de inversión por valor de 32.633.088,09 €, quedando una INFRA-INVERSION que no ha podido ser justificada por importe de 21.822.039,91 €”.

El informe del gerente se adjunta como **documento número 8**.

En definitiva, de los 45.629.440,14 tan solo 32.633.088,09 se han realizado en las inversiones comprometidas, destinando el resto que se realizado a inversiones que no estaban pactadas.

La modificación se constata igualmente, de la información remitida por la concesionaria, del análisis realizado por la Intervención del Cabildo de Lanzarote en el Informe provisional de auditoria de regularidad de las cuentas para los ejercicios 2013-2023 de Canal Gestión Lanzarote SAU y revisión del estado actual de las inversiones, de fecha 7 de junio de 2024, mediante el cotejo de las inversiones realizadas en los lotes I a XII y el avance del Plan Director, las inversiones han sido modificadas.

Así, a modo de ejemplo, de conformidad con el Plan de Inversiones ofertado la partida destinada a renovación de contadores con más de 8 años de antigüedad asciende a la cantidad total de 7.380.933 euros (6.620.761 + 760.172).

Sin embargo un análisis de los lotes así como de la información obrante en la página web de la concesionaria <https://www.canalgestionlanzarote.es/canal-gestion-lanzarote-ultima-la-renovacion-de-la-practica-totalidad-del-parque-de-contadores-con-una-inversion-que-supera-los-2-millones-de-euros/> indican que la inversión en contadores solo alcanza, aproximadamente, los 2 millones de euros².

Igualmente, el informe de control financiero provisional y definitivo de auditoría de la Intervención del Cabildo sobre regularidad de las cuentas para los ejercicios 2013-2023 de Canal Gestión Lanzarote SAU y revisión del estado actual de las inversiones,

² En concreto la página web indica, y citamos textualmente: “Canal Gestión Lanzarote, adjudicataria de la gestión del ciclo integral del agua en Lanzarote y La Graciosa por concesión del Consorcio del Agua de Lanzarote, titular de este servicio, ha iniciado la renovación de una parte importante del parque de contadores de Lanzarote y La Graciosa.

Después de que la concesionaria haya sustituido casi 20.000 contadores entre 2013 y 2017, ahora ha iniciado un nuevo plan para renovar otra parte otros tantos contadores, a partir de este verano y en un plazo de quince meses. En este caso se trata de contadores con más de ocho años de antigüedad en el momento que se inicien los trabajos de sustitución.

Cabe destacar que el parque de contadores de Canal Gestión Lanzarote está cifrado, actualmente, en unas 72.000 unidades; por lo que a mediados-finales de 2019 se espera haber sustituido más de la mitad del parque. Las restantes se irán renovando de forma paulatina.

La encargada de realizar el suministro y la instalación de estas nuevas renovaciones es una empresa subcontratada por Canal Gestión Lanzarote tras llevar a cabo el pertinente proceso de licitación denominado “Suministro e instalación de contadores mecánicas y eléctricos para mantenimiento y renovación de su parque de contadores”; tal y como se recoge en el anuncio del BOP del 19 de enero de 2018. Cabe destacar que los trabajadores de esta subcontrata proceden a realizar los trabajos con la identificación adecuada de cara los abonados.

2 millones de euros de inversión

Desde que Canal Gestión Lanzarote asumiera la gestión del ciclo integral del agua en Lanzarote y La Graciosa, se han destinado unos 2 millones de euros aproximadamente para este plan de acción de renovación de contadores.

Para acometer el tramo más importante de este plan, que se ejecutará a partir de este verano, Canal Gestión Lanzarote ha previsto una inversión de 1,5 millón euros, a los que hay que sumar los casi 450.000 euros invertidos en este concepto entre 2013 y 2017”.

de fecha 7 de junio de 2024 señala la falta de adecuación de las inversiones, al afirmar que:

Del análisis de dichos expedientes hemos realizado las siguientes verificaciones:

*- Hemos comprobado para las actuaciones del **Capítulo I “Actuaciones de mejora mínima según pliego”**:*

*“a. La existencia de un total de 58 expedientes con aceptación definitiva, por un importe total de **1.956.755,82 euros**.*

*b. La totalidad de 18 expedientes que se encuentran en trámite de revisión o estudio, por un importe total de **20.092.768,42 euros**. A la fecha del presente informe no hemos tenido constancia si la totalidad de estas obras o parte de ellas ya tienen aceptación definitiva.*

*c. Un total de 9 expedientes que han sido excluidas, principalmente por no cumplir con el objeto de la inversión, el importe total de estas obras asciende a **148.965,70 euros**.*

*d. Hemos comprobado a través de la documentación facilitada un total de 42 expedientes, de los cuales no se ha podido determinar con exactitud su concordancia con los capítulos del Presupuesto de Inversiones presentado en la oferta del adjudicatario, estas inversiones ascienden a **21.840.739,77 euros***

*El total de las inversiones comunicadas por la Concesionaria Canal Gestión Lanzarote al Consorcio del Agua de Lanzarote, suman un total de 127 expedientes para el **Capítulo I** del Presupuesto de Inversiones presentado en la oferta, ascendiendo a **44.039.229,71 euros**”.*

El informe de auditoría provisional y definitivo de la Intervención del Cabildo sobre regularidad de las cuentas para los ejercicios 2013-2023 se adjuntan como **documento número 9 y 9 bis**.

En definitiva, un análisis de los lotes de inversión pone de manifiesto como se han producido modificaciones unilaterales en las inversiones, como algunas inversiones comprometidas no se han realizado e, igualmente, y como las inversiones comprometidas no se han realizado en el plazo de 5 años.

Cabe señalar, igualmente, las dificultades existentes a la hora de realizar el cotejo entre la inversión ofertada y la inversión realizada por la falta de colaboración de la concesionaria que no ha remitido la información requerida por la Intervención del Cabildo y del Consorcio, tal y como ha sido denunciado en el Informe definitivo de auditoría de regularidad de las cuentas para los ejercicios 2013-2023 de Canal Gestión Lanzarote SAU y revisión del estado actual de las inversiones, de fecha 5 de julio de 2024 al indicar que:

*“La sociedad **CANAL GESTIÓN DE LANZAROTE S.A.U.** no ha aportado la documentación solicitada cuando ésta ha sido requerida a lo largo de todo el proceso de la auditoría, tampoco ha sido aportada ni al Consorcio del*

Agua de Lanzarote ni a la Intervención del Cabildo en su totalidad. La interventora del Cabildo de Lanzarote también lo es del Consorcio del Agua de Lanzarote por lo tanto la documentación está siendo solicitada por el Consorcio del Agua de Lanzarote y aún así ésta no ha sido aportada (Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local).

Los requerimientos del Consorcio a los que se refiere Canal Gestión en sus alegaciones y que adjuntan a su escrito, no tienen nada que ver con los requerimientos para nuestra auditoria. Los hemos revisado y la documentación que se solicita en ellos no es la requerida para nuestro trabajo, con lo cual no tienen validez para este control.

*Por lo anteriormente expuesto se ha puesto de manifiesto el cumplimiento del artículo 30.6 del Real Decreto 424/2017 de 28 de abril por el que se regula el régimen jurídico de control interno del Sector Público Local : “6. En aquellos supuestos en que se apreciara **obstrucción o falta de colaboración con el personal encargado de la ejecución del control financiero**, el órgano interventor comunicará tal circunstancia al titular del órgano, organismo o entidad objeto de control con el objeto de que proceda a adoptar las medidas correctoras oportunas. En todo caso, la falta de colaboración podrá hacerse constar en el informe de control.”*

Se ha de recordar que, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 29 apartado d), es una obligación esencial del contrato, cuyo incumplimiento da lugar a la resolución contractual: *El cumplimiento de las obligaciones de suministro de información al Consorcio de Aguas de Lanzarote establecidas en el presente pliego.*

Es preciso destacar que el cumplimiento de las inversiones comprometidas a realizar por el adjudicatario, la falta de realización de dichas inversiones, la falta de realización en las cuantías ofertadas o el retraso en su realización, supone el incumplimiento de una obligación esencial.

En nuestro caso, se comprueba **como algunas inversiones comprometidas no se han realizado, que el plan de inversiones ha sido modificado e, igualmente, que las inversiones comprometidas no se han realizado en el plazo de 5 años.**

De hecho, tal y como se desprende de los datos aportados por la propia Canal, y que se plasman en el informe realizado por Trama Canarias S.L., y el Instituto Tecnológico de Canarias de fecha 31 de julio de 2019 y que tiene por objeto el “Diagnóstico general de la situación actual de la gestión de las pérdidas de agua de abastecimiento en la Isla de Lanzarote”, a dicha fecha solo se habían ejecutado 28.088.939 euros de los 54.455.128,00 de euros a que venían obligados:

Se presenta un listado de proyectos en curso por un importe total de 18.534.543 €. Así mismo, se presenta la relación de proyectos ya realizados, desde que CGL gestiona el servicio, por un importe total de 28.088.935 €. Lo que hace un total en intervenciones de más de 46 millones de euros.

El informe de Trama se adjunta como **documento número 10.**

El informe actualizado de Trama de agosto de 2024 se adjunta **como documento 11**.

Sin duda alguna estos incumplimientos han ayudado a que no se haya alcanzado el objetivo de reducir las pérdidas en la red y el agua no facturada al 30%.

Como indica el informe realizado por Trama Canarias S.L., y el Instituto Tecnológico de Canarias de fecha 31 de julio de 2019 y que tiene por objeto el “Diagnóstico general de la situación actual de la gestión de las pérdidas de agua de abastecimiento en la Isla de Lanzarote”:

Pareciera que las inversiones efectuadas para reducir las fugas, o no se han llevado a cabo con la intensidad necesaria, o con la extensión suficiente; y, que las actuaciones con buenos resultados quedan diluidas por el empeoramiento de otras zonas donde no se ha intervenido.

En cualquier caso, siendo variadas las causas de incumplimiento, -como falta de ejecución de inversiones, modificación de las inversiones ofertadas, ejecución de inversiones no contempladas e incumplimiento del plazo- cualquiera de ellas permite la resolución por incumplimiento.

Como indica el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4ª) en Sentencia núm. 765/2003 de 4 septiembre, RJCA 2004\189:

“Son variadas las causas que en la tramitación del expediente se alegan para fundamentar la resolución del mismo, incumplimiento de plazo parcial, falta de ejecución de partidas, ejecución de partidas del Proyecto modificado no adjudicado, subcontratos no autorizados y abandono de la obra. Sin embargo y siguiendo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora habrá que indicar que basta con que concurra una sola de las causas citadas para declarar que la empresa actora ha incurrido en causa de resolución del contrato de obras, siendo por ello conforme a derecho la Resolución que así lo acuerde si se acredita una sola de las causas de resolución”.

Del mismo modo, la Jurisprudencia y la doctrina administrativa de los Consejos Consultivos que informan los procedimientos resolución contractual, consideran, de forma unánime, que el incumplimiento de las inversiones constituye un incumplimiento de una obligación esencial que da lugar a la resolución del contrato.

En este sentido, numerosos dictámenes de diferentes órganos consultivos concluyen, en efecto, que el contratista incurre en un incumplimiento de su “obligación principal” y/o de obligaciones esenciales causante de una ruptura del contrato, en supuestos en los que “no ejecuta las obras objeto del mismo” (Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 443/2019, de 28 de noviembre),.

Así se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección5ª), en Sentencia núm. 283/2011 de 5 abril, JUR 2011\388943

“Que finalmente por medio de Acuerdo de 22 de febrero de 2007 se aprueba incoar expediente de resolución fundamentado en el art. 112 g) de la Ley

13/95 y todo ello porque cumplidas las tres cuartas partes de la duración inicial del contrato, no ha sido ejecutada inversión alguna de las ofertadas como ampliación y mejora de las instalaciones, ni las voluntarias, ni las obligatorias, y finalmente se acuerda la resolución (...).

Que efectivamente, en el expediente administrativo de resolución contractual consta dictamen emitido por el Consejo jurídico consultivo valenciano, dictamen en el que se enumeran los incumplimientos de las obligaciones esenciales del contratista, sin que por parte de éste se haya ejecutado inversión alguna de las ofertadas como ampliación y mejora de las instalaciones, ni las obligatorias ni las ofertadas voluntariamente y pone de manifiesto que tales incumplimientos en modo alguno fueron puntuales ni esporádicos (...). Y todo ello porque la propuesta presentada por la adjudicataria para la ejecución de las obras conlleva un aumento de las inversiones a ejecutar, y dicha propuesta es desestimada por el Ayuntamiento al considerar que ello conlleva una modificación sustancial del contrato adjudicado requiriendo nuevamente a la mercantil para que ejecute las obras en los términos pactados y sin que en definitiva conste que por parte de ésta se hayan ejecutado las obras que le incumbían (...)

Y ciertamente del examen de la prueba documental aportada, esta Sala debe concluir estimando el recurso de apelación interpuesto al considerar conforme a derecho la resolución administrativa impugnada y con ello la naturaleza culpable del incumplimiento que de la parte adjudicataria se proclama. Sin que en ningún caso la conducta municipal que aparece detallada en el informe del Secretario en el que la juez a quo sustenta sus razonamientos y conclusiones, permita desvirtuar la naturaleza culpable de incumplimiento, estando debidamente definidas y aceptadas por la adjudicataria en la concesión suscrita, las mejoras e inversiones que se comprometía a ejecutar durante la concesión y estando además debidamente presupuestadas sin que en ningún caso se justifique el incremento presupuestario de tales propuestas que conducen al incumplimiento contractual referido”.

También, respecto a la modificación por parte del contratista de la obra a ejecutar, en nuestro caso del plan de inversiones, sin la aprobación del órgano competente de la Administración, se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado de fecha 1 junio 2000, que considera que la ejecución de una obra diversa a la contratada supone un incumplimiento que da lugar a la resolución contractual. En sus palabras:

“De lo anterior se deduce que la empresa constructora no está dispuesta a construir la obra a que se comprometió ni al precio que inicialmente aceptó. Su actitud reticente al cumplimiento la justifica en una exigencia de imposición al Ayuntamiento de una modificación sustancial del contrato, de un cambio parcial de objeto, y de un cambio parcial de precio. La negativa es tan evidente que la constructora considera que el contrato originario sería nulo por el fraccionamiento de la obra perteneciente a un único proyecto, y que el Ayuntamiento había aceptado la modificación del proyecto, con unidades nuevas a precio a determinar, de modo que al no estar definida la obra a ejecutar en el proyecto no le sería imputable el retraso, debiendo anularse el contrato.

En suma, el contratista pretende o que se impongan al Ayuntamiento formalmente unas modificaciones sustanciales del contrato con una ejecución de la estructura distinta a la prevista en el proyecto, que ha de justificarse, describirse y valorarse en el reformado del proyecto inicial, dando unidades nuevas que deben valorarse mediante procedimientos contradictorios, o que debe anularse el contrato originario, cuya ejecución, desde luego, no está dispuesta a proseguir porque considera que no puede asegurarse la viabilidad de la estructura prevista en el proyecto.

No es necesario insistir que tanto la Ley como el contrato obligan al contratista a ejecutar la obra de conformidad con el proyecto. El proyecto no solo cumple la función de describir la obra que ha de realizarse, facilitando la determinación del objeto en el momento de la celebración del contrato, sino que indica al contratista como ha de realizarla, regulando la ejecución de la obra contratada. El acuerdo de voluntades se manifiesta en relación al proyecto y a las prescripciones técnicas que en él se contienen y ese proyecto obliga al contratista. El contenido del proyecto está en función de la complejidad técnica de la obra, y en el presente caso no cabe acusar al proyecto de indefinición o indeterminación. **El contratista es deudor de un resultado final o total y no del resultado parcial o de una simple actividad, ha de ejecutar la obra completa sin perjuicio de ulteriores ampliaciones de que posteriormente pueda ser objeto. No hay cumplimiento por consiguiente hasta que se realiza la obra, aunque para el resultado final su ejecución comporte la ejecución de determinadas actividades autónomas o independientes**, como fases indispensables para la realización de la obra, por ello puede surgir responsabilidad del contratista por los defectos de la obra en curso, pero ello no permite a sensu contrario entender que hasta la fase final no puede procederse a la ejecución del contrato por incumplimiento.

El principio de inalterabilidad del contrato juega de modo diferente en el contrato de obra pública según se refiera a las obligaciones de la Administración o del contratista, solo la Administración tiene el llamado ius variandi o derecho de modificación, que permite obligar al contratista a aceptar las modificaciones en el contrato de obra (art. 146.1 Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [RCL 1995, 1485, 1948]), mientras que el contratista debe ejecutar la obra de acuerdo con lo pactado sin facultad de modificar la obra.

Las alegaciones de la contratista derivadas del artículo 152 RCA no son acogibles, pues al margen de las ficciones que por motivos económicos se podían hacer constar (problemas presupuestarios de la Administración y necesidad de reajuste de anualidades), lo cierto es que en el plan de trabajo aprobado existía un compromiso de cumplimiento de plazos que vincula contractualmente y no puede ignorarse, siendo esos períodos de ejecución los que por incumplirse dan lugar a la resolución del contrato.”.

Del mismo modo el incumplimiento de los plazos de realización de las inversiones, en nuestro caso de la renovación de redes y de contadores, -incumplimiento que conlleva la pérdida sea superior al del 50 % y que se incumpla de la obligación de reducir las pérdidas como máximo al 30%- se califica como incumplimiento que da lugar a la resolución.

En este sentido, y entre muchas otras, se pronuncia, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), en Sentencia núm. 273/2006 de 22 marzo, RJCA 2006\1013, cuando indica que:

“Es lógica la trascendencia del plazo en los contratos administrativos dado que al llevar implícita la persecución del interés público no sólo es importante que el contratista ejecute la obra sino también que lo haga en tiempo como una de sus obligaciones capitales. En concreto, en el caso presente aquella necesidad de preservar el interés público se evidencia en que la falta de conclusión de la obra en plazo impediría la entrada en servicio el siguiente curso académico del centro de enseñanza en que se llevaban a cabo las obras con el consiguiente perjuicio para el servicio público a que está destinado”.

En definitiva, consideramos la falta de ejecución de inversiones previstas en la oferta de la adjudicataria de la concesión, la modificación o alteración de las inversiones ofertadas, la ejecución de inversiones no contempladas y el incumplimiento del plazo en la ejecución de las inversiones acordadas, da lugar a la resolución por incumplimiento del contrato.

CUARTA.- INCUMPLIMIENTO PLAN DE EXPLOTACIÓN Y GESTIÓN DEL SERVICIO.

Como indica el apartado b) de la cláusula 29 del contrato es una obligación esencial del mismo el cumplimiento del Plan de Explotación de los Servicios y del Plan de Organización y Gestión del Servicio ofertado por el adjudicatario del contrato.

Pues bien, como vamos a comprobar se ha producido un claro, patente y manifiesto incumplimiento del Plan de Explotación del Servicio o un cumplimiento defectuoso del mismo que impide cumplir con el objeto y el fin del contrato.

En efecto, tal y como hemos expuesto, una de las razones por las cuales el Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote sacó a licitación el contrato de concesión de los servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y reutilización de las Islas de Lanzarote y la Graciosa, era con la finalidad de llevar a cabo **acciones tendentes a reducir el volumen de agua no registrada que se corresponde con la suma de las pérdidas reales** (fugas en las redes de aducción y de distribución, en los depósitos y en las acometidas) y las pérdidas aparentes (caudal consumido no medido por fraudes y tomas clandestinas, subcontaje de contadores, contadores parados, errores en el sistema de facturación, consumo autorizado no facturado, purgas de la red, limpieza de depósitos, etc).

En concreto, el agua producida y no facturaba ascendía, antes de la licitación, a aproximadamente el 50% del agua producida.

Es por este motivo que el PPT en su cláusula 16, apartado 7, relativo a las fugas, señalaba que el agua producida y no facturada no podría superar el 30%. Textualmente indica:

7. Fugas.

- a) Es responsabilidad del Concesionario la búsqueda, localización y reparación de roturas y fugas en las redes generales y acometidas, tanto de la red de agua potable como la de reutilización, realizando campañas sistemáticas de detección y aplicando los mejores sistemas y tecnologías existentes en la actualidad o aquellos que lo mejoren.
- b) El licitador deberá comprometerse a alcanzar un rendimiento técnico mínimo del sistema de distribución del agua y reutilización, cuyo valor fijará en el Proyecto de Organización y Gestión del Servicio que proponga y que será como mínimo del 70% pasados cinco años desde la fecha de inicio de actividad fijada en el contrato. Este valor

se entenderá como el cociente entre el agua registrada por todos los contadores de los usuarios del abastecimiento de agua potable, reutilización y usos municipales y el volumen total aportado al sistema.

Precisamente, con el objeto de promover una gestión que evite las pérdidas en la red y el agua no facturada el PCAP en la cláusula 8.2.4 establecía la obligación de aportar en la oferta un Plan de Explotación del servicio en el que se incluyera, y citamos expresamente:

“Plan de mejora del balance hidráulico del sistema de agua potable,

Propuesta de mejora de rendimientos de la red de abastecimiento de agua potable y de reutilización. Definición de puntos porcentuales de mejora de rendimiento de la red respecto a la situación actual. Definición de planes de actuaciones de mejora y de control del rendimiento hidráulico, plan de control permanente de fugas y plan especial de medición y reducción de consumos municipales. Deberá ofertarse de modo cuantificable mediante índices comprobables en el tiempo.

Plan de Gestión y lectura de contadores

Propuesta de mejora de la programación y medios destinados a la lectura, gestión y comprobación de contadores. Se valorará positivamente la innovación tecnológica, la inclusión de un Banco de Ensayo de Contadores y la utilización de herramientas informáticas indicadas para la organización de la lectura de contadores, que incluya el manejo de rutas de lectura, rendimientos de lectores, planificación de lecturas, control de trabajo y rendimientos obtenidos, etc.

Plan de Mantenimiento de las instalaciones y redes de saneamiento

Se valorará especialmente la limpieza sistemática y conservación de la red de saneamiento, con detalle de los medios humanos y materiales empleados en esta actuación y la periodicidad de dichas actuaciones.

Plan de innovación y herramientas de gestión

Definición de herramientas de gestión en materia de Sistemas de Información Geográfica a aplicar para el mantenimiento y gestión de activos y del cuadro

de mandos e indicadores de gestión y otras innovaciones que el ofertante considere. Deberán estar definidas técnicamente y tener una correspondencia económica. Se valorará especialmente la integración del Sistema de Información Geográfica con el Sistema de Gestión Comercial de Clientes”.

Pues bien el incumplimiento de la obligación regulada en la cláusula 16, apartado 7, del PPT relativo a las fugas –y que señalaba que el agua producida y no facturada no podría superar el 30%- es total.

Dicho incumplimiento, que es indiscutible y que de por sí habilita a resolver el contrato, es consecuencia del incumplimiento del Plan de Explotación de los servicios ofertado e igualmente de un cumplimiento gravemente defectuoso.

En concreto, el informe realizado por Trama Canarias S.L., y el Instituto Tecnológico de Canarias de fecha 31 de julio de 2019 y que tiene por objeto el “Diagnóstico general de la situación actual de la gestión de las pérdidas de agua de abastecimiento en la Isla de Lanzarote”, actualizado en agosto de 2024, señala de forma clara y precisa los incumplimientos en los que incurre la concesionaria y que tienen como consecuencia que las pérdidas de agua superen el inasumible 50%.

En efecto, según el informe de TRAMA las pérdidas son las siguientes:

2019	2020	2021	2022	2023
53,28	57,97	61,38	56,42	54,83

El informe actualizado de Trama de agosto de 2024 se adjunta **como documento 11**.

Como se puede comprobar no solo no se han reducido las pérdidas sino que han aumentado.

Así, se ha incumplido de manera grave:

El punto a.2.2. del Plan de explotación relativo a Gestión del mantenimiento

El punto a.2.3. del Plan de explotación relativo Control y seguimiento de la red de transporte

El punto c. del Plan de explotación relativo Plan de mejora del balance hidráulico del sistema de agua potable y en concreto:

El punto c.3.4 del Plan de explotación relativo a la Fragmentación mediante sectorización de los sistemas de suministro de agua potable y reutilización.

El punto c.3.6. del Plan de explotación relativo a Plan de control permanente de fugas

El punto c.3.7. del Plan de explotación relativo al Plan de Reducción de consumos no controlados

El punto i. del Plan de explotación relativo Plan de innovación y herramientas de gestión

Dada la claridad con la que se exponen los incumplimientos transcribimos partes del informe de Trama de 2019, actualizado en 2024:

Contadores renovados según criterios de sustitución

Según la información facilitada por CGL, en los últimos 5 años se han renovado aproximadamente 25.000 contadores (35% de la totalidad de parque). Sin embargo, la recuperación en el incremento de facturación ha sido de tan solo un 13%.

Fugas en las redes

De la información facilitada por CGL se deduce que en relación a las fugas que no afloran por sí mismas, “fugas ocultas” así las denominan, no existe un procedimiento sistemático para su detección. Hecho este perfectamente ratificable, sin más que establecer la correspondencia entre la

longitud de red existente (superior a 2.000 km según el Consorcio) y los recursos humanos y técnicos destinados (5 personas).

Son precisamente las fugas que no afloran las que, con mayor razón, requieren de actuaciones sistemáticas, generalmente basadas en las alertas de sistemas de teledetección permanente, que permitan canalizar, de manera eficiente, los recursos correctamente dimensionados.

Las averías que afloran por sí mismas, generalmente no causan una merma de gran importancia (en términos relativos), y en la mayoría de los casos no precisan de grandes recursos y esfuerzos para su resolución; resultando realmente preocupantes y dañinas, aquellas que, si no se han dispuesto los mecanismos oportunos, permanecen activas largos periodos sin ser detectadas.

Conviene insistir en que la telegestión y detección permanente de fugas, además de reducir los índices de mermas por la mera y pronta detección de las averías, permite la identificación de aquellos tramos de red donde, la reiteración de estas, atestiguan su mal estado de conservación; pudiéndose así, acometer una justificada y selectiva renovación de la red.

Recursos humanos destinados a fugas

Los recursos humanos que CGL declara tener destinados a la localización física de las averías (un encargado y 4 operarios) son claramente insuficientes si se pretende resolver el asunto con diligencia, eficiencia y rapidez. Suponemos que, debe resultar problemático el mero hecho de atender sólo con esos recursos las incidencias diarias de situaciones de aparición espontánea de averías o la falta de agua a abonados como consecuencia de ellas; no digamos, si se tuviera conciencia, a través de la telegestión permanente, de aquellas que sin mayor sintomatología que la pérdida en sí, reclamaran la consecuente dirigente actuación.

Relación de sectores del abastecimiento

De la relación de 70 sectores que figuran en la información facilitada por CGL el 1 de febrero se desprende que 54 de ellos no están operativos y 6 no disponen de información de su estado. Por el contrario el 16 de junio presentan una información de un proyecto de sectorización en ejecución en 3 fases con 14 sectores en pruebas en un aplicativo de telecontrol. Se desconoce de ese proyecto el diseño tipo de los ramales sectorizados, el número de sectores totales, los datos que se registrarán, el cronograma de ejecución y el de implantación.

No por obvio, ni por su importancia, conviene insistir en la necesidad de tener el abastecimiento convenientemente sectorizado y telegestionado. Sin duda, no tiene el mismo valor, aunque solo sea a título informativo para la planificación de actuaciones, el conocer que se tiene un porcentaje de

pérdidas global del, por ejemplo, 50%, que disponer de información de cómo se distribuye este: un 80% en el sector 1, un 15% en el sector 2, etc.

Respecto a la sectorización y su telegestión, CGL manifiesta estar en proceso de implementación. Si la argumentación para que no haya estado antes, fuera el coste del equipamiento que se precisa, basta decir que, según nuestra opinión, hubiese sido preferible disponer de informaciones básicas sobre el comportamiento de todos los sectores posibles del abastecimiento, a través de equipamiento sencillo y relativamente económico, antes de ejecutar obras sin criterios más objetivos. Dilatar la implantación de la sectorización a priori no parece el contexto más adecuado para abordar la reducción de mermas a gran escala.

Mención adicional requiere la metodología presentada para actuar ante los resultados del telecontrol. Por la información recibida parece de nueva implantación puesto que, por un lado el telecontrol está en proceso de implantación, y por otro lado, no se presentan estadísticas de actuaciones realizadas en sectores hasta el momento. Es importante aquí resaltar, que más allá de una metodología a seguir, ésta debe ir acompañada de datos fiables y recursos, tanto en oficina, para analizar comportamientos, como en campo para resolver los problemas detectados.

Reducción del agua no contabilizada en zonas en que se ha renovado la red

CGL manifiesta haber obtenido una reducción de mermas muy considerable en los sectores de Las Breñas, Arrieta y Punta Mujeres, tras la renovación de una parte importante de sus redes.

En primer lugar cabría decir que es precisamente a través de la sectorización y telegestión que existe en esos sectores, mediante la cual se ha podido medir y confirmar la consolidación de la mejoría que han experimentado.

En segundo lugar, añadir que la extraordinaria mejoría conseguida en esas zonas es motivo de felicitación; desde el planteamiento que se viene defendiendo en este informe, la única consideración que al respecto cabría señalar es la siguiente: con certeza, la telegestión y localización permanente de fugas, hubiera podido identificar con mayor concreción aquellos tramos de red donde la reiteración de averías detectadas, y por tanto, habría permitido una selección más discrecional de las conducciones a renovar.

Lo que además se pretende trasladar es que la existencia de una telegestión generalizada en todo el abastecimiento permitiría tener la certeza de que no existen otros sectores de menor longitud de red donde se pudiera recuperar tanto o más que en las zonas donde se ha actuado. Incluso, sectores de importante longitud de red donde la detección sistematizada hubiera permitido la identificación de los tramos en que realmente se concentran las fugas, bastando inversiones menos importantes para la recuperación de volúmenes de fuga de mayor cuantía.

Al respecto de la futura renovación de lotes de tramos de red en Arrecife, señalada por CGL, y sobre la cual existe una expectativa de mejora de reducción de pérdidas del 50%, cabría decir que convendría verificar detenidamente el estado de presiones de esas zonas, ya que la renovación de esos tramos de red, con certeza, va a generar un aumento de presión en las proximidades, que pudiera tener una inesperada afección en el nivel de pérdidas de las conducciones de influencia.

Esos listados o lotes de red a renovar, como les denomina CGL, resultan del estudio estadístico de las averías que se han reparado como consecuencia, fundamentalmente, de afloramientos o manifestaciones inequívocas de su existencia. Sin embargo, la ausencia de explotación de una telegestión y localización permanente de fugas, impide que en esa relación figuren otros tramos de red que también precisan renovación, y que estarían contemplados con una localización activa de las fugas.

Del mismo modo, en la actualización del informe de Trama de 2024 se indica que

“De ahí, y ante la generalizada inexistencia de un sistema de telegestión de niveles de fugas en cabecera de los diferentes grupos de población de la isla, se decidió que, en lugar de la actualización de informaciones más genéricas sobre los diferentes aspectos que guardan relación con las pérdidas, se procediera a la redacción de un proyecto definitorio para la implementación de un sistema de telegestión permanente de fugas, próximo a los núcleos de consumo”.

El informe de Trama se adjunta como **documento número 10**.

El informe actualizado de Trama de agosto de 2024 se adjunta **como documento 11**.

Hasta tal punto es grave el incumplimiento y las consecuencias del mismo que, tal y como señala la Resolución del Viceconsejero de Industria, Comercio y Consumo de fecha 22 de marzo de 2024 (Resolución n.º 17/2024 – Libro 545, de fecha 24 de marzo de 2024), por la que se desestima la modificación de tarifas del servicio público de abastecimiento de agua a poblaciones para su aplicación en las islas de Lanzarote y La Graciosa:

“Este valor del agua no registrada es el más alto constatado respecto al resto de expedientes tramitados por la Comisión de Precios de Canarias y supone un incremento de 1,4 puntos porcentuales respecto al valor de 2018 que fue del 52,2% y de 15,2 puntos porcentuales respecto al dato obrante en esta Comisión para el año 2008 que era de 38,4%. Según los datos aportados por Canal Gestión Lanzarote para la subvención al agua desalada tramitada por la Comunidad Autónoma de Canarias en 2023, este valor no ha disminuido, siendo para el periodo julio 2021- junio 2022 del 57,7%.

(...)

Como ya se ha indicado, para el año 2019 el volumen de agua no registrada (pérdidas reales y pérdidas aparentes) fue de 14.013.192 m³ que se correspondían con el 53,6% del agua distribuida, que fue de 26.137.020 m³ para un volumen facturado de 12.123.828 m³. Según los datos aportados por la empresa, el coste de producción del metro cúbico de agua desalada es de 0,6943 € y el coste del metro cúbico de agua distribuida de 1,0946 €. Si se redujeran las pérdidas sería necesario producir y distribuir menos metros cúbicos de agua que los que se producen y distribuyen, lo cual supondría una reducción proporcional de los costes”.

La Resolución del Viceconsejero de Industria, Comercio y Consumo de fecha 22 de marzo de 2024 se adjunta como **documento número 12**.

Del mismo modo, como **documento 13** aportamos el balance hídrico de 2024, que refleja unas pérdidas superiores al 56%.

Resulta pues evidente el incumplimiento de la concesionaria en cuanto al Plan de explotación, con la ausencia de un sistema de telecontrol, el incumplimiento de la inversión en contadores, en el balance hídrico con pérdidas superiores al 50%, sectorización incumplimiento grave de una obligación esencial que obliga a la resolución contractual.

Del mismo modo se ha producido un grave incumplimiento del plan de explotación y gestión de las estaciones depuradora de aguas residuales (EDAR) incumpliendo la obligación de adecuación de equipamiento a normativa, mejoras en el medio ambiente, racionalización del proceso productivo en las plantas, como diferentes automatizaciones, sustituciones o eliminaciones de equipos con vida útil superada o incorporación de equipos para mejora del sistema. Se detecta incumplimientos graves en los sistemas de refrigeración en centros de control de motores, en los sistemas de alimentación ininterrumpida; tratamientos terciarios. En definitiva se incumple de forma grave el Plan de gestión de servicio ofertado por la concesionario, siendo este una obligación esencial.

El incumplimiento en el plan de gestión de las estaciones depuradora de aguas residuales (EDAR) se refleja en el informe de marzo de 2025 que se adjunta como **documento 14**.

QUINTA.- INCUMPLIMIENTO OBLIGACIÓN PAGO DEL CANON Y SUMINISTRO DE INFORMACIÓN.

Tal y como consta en la cláusula 29 del PCAP es una obligación esencial:

*a) El pago de los cánones en los plazos establecidos en los presentes pliegos.
La falta de pago de dichos cánones, el pago parcial o el retraso en el pago
dará lugar al incumplimiento de esta obligación esencial.*

En este sentido debemos señalar que el canon a satisfacer por la concesionaria al Consorcio del Agua no tiene naturaleza tributaria, pues no nos encontramos ante una concesión demanial que permita el uso privativo de un bien de dominio público, uso que lleva aparejado el pago de un tributo, sino que, por el contrario, el canon a satisfacer es

un ingreso de naturaleza contractual que nace en virtud del contrato de gestión de servicio público y se rige por las estipulaciones establecidas en el contrato.

Tal y como señala la Sentencia núm. 951/2009 de 24 junio Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), JUR 2009\376650

“CUARTO.- *Examinadas las cláusulas 5 y 16 del Pliego de condiciones económico-administrativas particulares y los argumentos de las partes, esta Sala deberá desestimar la demanda por las siguientes razones:*

No cabe confundir el Canon del contrato de gestión indirecta del servicio público de abastecimiento de agua con el precio del mismo, tampoco cabe considerarlo un tributo o una exacción fiscal, pues ello supone desconocer su naturaleza jurídica. El contrato de gestión del servicio públicos de abastecimiento de agua potable es aquél mediante el que la Administración local encomienda a un particular, persona física o jurídica, la gestión de ese servicio de competencia pública, dirigido a la satisfacción directa de las necesidades de la sociedad, utilizando para ello la concesión administrativa, por la que el empresario gestiona el servicio a su riesgo y ventura. La contraprestación al empresario la constituye la tarifa que se cobra a los usuarios, que no guarda una necesaria conexión con el coste del servicio sino que pueda abarcar otros costes indirectos.

Por el contrario, el Canon concesional es un ingreso de Derecho Público de naturaleza contractual, es un recurso económico derivado del contrato y que se rige por las condiciones del mismo, es decir, por las reglas y cláusulas del pliego. El canon se abona por el concesionario a la Administración, como resultado de deducir a las tarifas percibidas del usuario el beneficio industrial y los costes del servicio, siendo unos ingresos municipales afectos al servicio público de que se trate. Con el canon que la empresa concesionaria paga al Ayuntamiento, éste puede subvenir a las necesidades ordinarias o estructurales del servicio. Bajo ningún concepto es un tributo o el precio del contrato (...).”

En nuestro caso, y por lo que aquí interesa, en la cláusula tercera del contrato se establecía un canon variable consistente en:

CANON C: 6%(SEIS POR CIENTO) que vendrá determinado como un porcentaje de los ingresos obtenidos en concepto de subvenciones a capital y a la explotación, bonificaciones y exenciones propias de la Comunidad Autónoma Canaria o cualquier otra Administración, donaciones, contratos de ininterrumpibilidad y cualquier otro ingreso de naturaleza similar que no proceda de la habitual operación del servicio y debe ser abonado la primera quincena del mes siguiente al trimestre objeto del pago a cuenta.

El referido CANON C tiene como finalidad que el Consorcio obtenga un % de las ayudas de estado obtenidas por el concesionario en el ejercicio de la actividad concesional. De

este modo entran dentro del CANON C no solo las prestaciones positivas, como las subvenciones, sino también intervenciones que, bajo diversas formas, aligeran las cargas que normalmente pesan sobre los presupuestos de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, tienen la misma naturaleza e idénticos efectos., constituye una transferencia de fondos estatales. De este modo la obtención de una exención tributaria, una bonificación o una deducción, aunque no implique una transferencia de fondos estatales, es equivalente a una subvención y tiene la consideración de ayuda de estado pues renunciar a ingresos que, de lo contrario, se habrían pagado al Estado constituye una transferencia de fondos estatales.

Cabe señalar que la concesionaria no ingresó canon alguno relativo a bonificaciones y exenciones, deducciones tributarias que se hayan aplicado como consecuencia de la actividad realizada que tenga por objeto la actividad de la concesión.

Sin embargo, cabe destacar que un análisis de las Cuentas Anuales de la entidad CANAL ISABEL II SA en el Registro Mercantil desde el año 2013 al año 2022 pone de manifiesto como se han aplicado deducciones fiscales en Canarias por la actividad realizada en la concesión. Precisamente, de acuerdo con las Cuentas Anuales y aplicando el 6% de CANON corresponderían al Consorcio 833.000 euros de principal que no se han abonado más los intereses de demora.

	Miles de euros	6%	
AÑO	BONIFICACIONES (DIC)	CANON C	
2013	12	0,72	CUENTAS ANUALES 2013
2014		0,00	
2015	485	29,10	CUENTAS ANUALES 2015 CORRESPONDE A 2014 Y 2015
2016	2.603	156,18	CUENTAS ANUALES 2017
2017	998	59,88	CUENTAS ANUALES 2018
2018	1.812	108,72	CUENTAS ANUALES 2019
2019	4.130	247,80	CUENTAS ANUALES 2020

2020	3.841	230,46	CUENTAS ANUALES 2021
2021	0	0,00	CUENTAS ANUALES 2022
2022		0,00	
2023		0,00	
TOTAL:	13.881	833	

Las cuentas anuales se adjuntan y el informe de Stranna auditores se adjuntan **como documento 15.**

Es preciso destacar que con el fin de corroborar la información y precisar con más detalle la cantidad no abonada por CANON C al Consorcio, la firmante del presente informe y responsable del contrato realizó con fecha 25 de abril de 2024 un requerimiento de información a la concesionaria en el que se solicitaba entre otros

“Copia del modelo 200 Impuesto sobre sociedades presentado por Canal Gestión Lanzarote en los ejercicios del periodo 2013-2022

Copia del modelo 220 Impuesto sobre sociedades consolidado presentado por la matriz fiscal de Canal Gestión Lanzarote en los ejercicios del periodo 2013-2022”.

Ante la falta de respuesta a los datos requeridos, con fecha 7 de junio de 2024 la responsable del contrato volvió a requerir

“Copia del modelo 220 Impuesto sobre sociedades consolidado presentado por la matriz fiscal de Canal Gestión Lanzarote en los ejercicios del periodo 2013-2022”.

Los requerimientos se adjuntan como **documentos 16 y 17.**

El incumplimiento sistemático de suministro de información también se constata en el INFORME de 5 de julio de 2024 realizado por la Interventora del Cabildo y del Consorcio, Doña Rosalinda Bonilla Reyes DE CONTROL FINANCIERO DEFINITIVO: INFORME DE AUDITORÍA DE REGULARIDAD DE LAS CUENTAS ANUALES PARA LOS EJERCICIOS 2013-2023 DE CANAL GESTIÓN DE LANZAROTE S.A.U. Y REVISIÓN DEL ESTADO ACTUAL DE LAS INVERSIONES, y en cual, en otras cuestiones, concluye que:

“ La sociedad CANAL GESTIÓN DE LANZAROTE S.A.U. no ha aportado la documentación solicitada cuando ésta ha sido requerida a lo largo de todo

el proceso de la auditoría, tampoco ha sido aportada ni al Consorcio del Agua de Lanzarote ni a la Intervención del Cabildo en su totalidad. La interventora del Cabildo de Lanzarote también lo es del Consorcio del Agua de Lanzarote por lo tanto la documentación está siendo solicitada por el Consorcio del Agua de Lanzarote y aún así ésta no ha sido aportada (Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local).

Los requerimientos del Consorcio a los que se refiere Canal Gestión en sus alegaciones y que adjuntan a su escrito, no tienen nada que ver con los requerimientos para nuestra auditoria. Los hemos revisado y la documentación que se solicita en ellos no es la requerida para nuestro trabajo, con lo cual no tienen validez para este control. Por lo anteriormente expuesto se ha puesto de manifiesto el cumplimiento del artículo 30.6 del Real Decreto 424/2017 de 28 de abril por el que se regula el régimen jurídico de control interno del Sector Público Local : “6. En aquellos supuestos en que se apreciara obstrucción o falta de colaboración con el personal encargado de la ejecución del control financiero, el órgano interventor comunicará tal circunstancia al titular del órgano, organismo o entidad objeto de control con el objeto de que proceda a adoptar las medidas correctoras oportunas. En todo caso, la falta de colaboración podrá hacerse constar en el informe de control.”

La concesionaria, incumpliendo su obligación de suministrar la información requerida, no ha entregado la información solicitada y que permite determinar con precisión exacta la cantidad de CANON C que no ha sido satisfecha y que se ha ocultado al Consorcio.

Es preciso destacar que es una obligación esencial del contrato cuyo incumplimiento da lugar a la resolución contractual, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 29 apartado d): *El cumplimiento de las obligaciones de suministro de información al Consorcio de Aguas de Lanzarote establecidas en el presente pliego*

En cualquier caso, la Jurisprudencia, de forma unánime considera que el impago del canon constituye un incumplimiento de una obligación esencial que da lugar a la resolución del contrato.

Así, por ejemplo, lo indica el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Albacete (Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha) en Sentencia núm. 157/2019 de 27 junio, RJCA 2020\504, Sentencia que realiza un resumen de la Jurisprudencia que acuerda la resolución contractual por impago del canon por parte del Concesionario. En sus palabras:

“Incumplimiento contractual.

3.1º) Doctrina general.

El sentido y funcionalidad de la resolución contractual encuentra cobertura legal en el Derecho común de obligaciones y contratos, en tanto que, como ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2234) , "los contratos administrativos no son sino una figura especial, con modulaciones características impuestas por su vinculación al

cumplimiento de los intereses públicos de la institución contractual, siéndoles de aplicación en definitiva, salvando esas peculiaridades y características, las normas y principios de la dogmática del negocio jurídico, entre los que se encuentra la figura de la resolución contractual para el caso de su incumplimiento en las obligaciones recíprocas (Artículo 1124 del Código Civil (LEG 1889, 27)) y preceptos concordantes) y la institución del resarcimiento de daños y perjuicios a favor del acreedor, que no es sino una manifestación del principio del Derecho de obligaciones de que el deudor debe reparar las consecuencias nocivas producidas por causa de su incumplimiento culpable (Artículo 1101 del Código Civil) [...]"

El ejercicio de esta potestad se encuentra reglado desde el punto de vista formal y material, de tal forma que sólo puede ser ejercida siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca y cuando concurran las causas definidas en la Ley.

En relación con la citada causa resolutoria ha de señalarse que, tanto en el ámbito de la contratación civil como de la administrativa, la jurisprudencia ha advertido que no todo incumplimiento contractual podría dar lugar al derecho de la otra parte a resolver el contrato, distinguiéndose por la jurisprudencia aquellos incumplimientos generadores de la posibilidad de ejercicio del derecho a la extinción del contrato de aquellos otros que no lo conllevan, aun cuando puedan posibilitar la exigencia de indemnización por daños y perjuicios. Tal doctrina es perfectamente aplicable en el ámbito administrativo, de forma que sólo los incumplimientos de obligaciones contractuales esenciales pueden ser generadores del legítimo ejercicio de la potestad de resolución de dichos contratos y ello, como ya hemos señalado, cuando sea esta opción la que más conviene al interés público en liza.

(...)

2.2º) Concurrencia de la causa de resolución invocada.

*El Ayuntamiento pretende la resolución del contrato de gestión del servicio público de la gestión de piscina municipal y arrendamiento de Bar-Restaurante "La Caseta" por dos motivos: **por impago del canon de los ejercicios 2014, 2015, 2016 y 2017 e impago de las facturas de energía eléctrica.** Conforme al informe de Tesorería que obra en el Expediente Administrativo la recurrente tiene una deuda en vía ejecutiva por importe de 25.707,05 euros en concepto de consumo de energía eléctrica hasta el 20.5.2016 y gastos de teléfono hasta 15.4.2016, y de una deuda en voluntaria totalmente vencida por importe de 69.899,60 euros en concepto de canon de los ejercicios 2014, 2015, 2016 y 2017 e impago de las facturas de energía eléctrica y teléfono desde mayo de 2016 a marzo de 2017.*

En relación con el impago del canon, en el contrato se pacta un precio de 12.020,24 euros anuales, que el adjudicatario abonará proporcionalmente al Ayuntamiento, en dos mensualidades, durante los diez primeros días de los meses de mayo y octubre de cada año. El incumplimiento del pago del canon correspondiente de los ejercicios 2014, 2015, 2016 y 2016 ha sido acreditado

en el expediente, pues así ha sido constatado por la Tesorería del Ayuntamiento.

El contratista, por su parte, no ha formulado alegación alguna en el trámite de audiencia concedido a tal efecto, si bien, en la demanda justifica el impago del canon y de las facturas porque existe pendiente de resolver un procedimiento de restablecimiento económico financiero del contrato, por lo que hasta que no se resuelva dicho procedimiento desconoce qué obligaciones tiene que asumir.

Esta alegación carece de justificación alguna. Nos encontramos ante un contrato administrativo de gestión de servicio público bajo la modalidad de concesión, que se caracteriza por que el empresario gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura. El contratista no puede decidir voluntariamente dejar de abonar el canon pactado en el contrato amparándose en que la ejecución del contrato le está produciendo un desequilibrio económico. Si el contratista entiende que el contrato le está generado un desequilibrio económico lo que tiene hacer es instar las acciones legales oportunas, como ha hecho, pero sin que ello implique bajo ninguna circunstancia que pueda dejar de abonar el canon. En ninguna circunstancia el Ayuntamiento podría acordar la supresión del canon de un contrato administrativo de gestión de un servicio público, con independencia de que proceda el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato. (...) la esencialidad de la obligación de abono del canon por el concesionario impide que éste pueda hacer uso sin más de la "exceptio non adimpleti contractus" para justificar el incumplimiento de sus obligaciones como consecuencia del incumplimiento de las suyas por parte de la Administración; así en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5986) se señala que "[...] El fin del contrato privilegia a quien, en principio, protege el fin público que con la obra pretende conseguirse, de tal modo que el incumplimiento de las cláusulas contractuales por la Administración, no habilita al contratista para incumplir él sus obligaciones [...]".

Las eventuales vulneraciones por la Administración de los compromisos adquiridos contractualmente, que en este caso ni siquiera están acreditados, no eximen al contratista del cumplimiento cabal de sus obligaciones con aquélla ni justifican cualquier incumplimiento de los deberes por él asumidos al suscribir el contrato, de modo que, tal como ha afirmado el Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 11 de octubre de 1982 (RJ 1982, 5552) ; de 19 de junio de 1984 (RJ 1984, 3643) , ni aun en el caso de que se hubieran producido incumplimientos por parte de la propia Administración con la que le une el vínculo contractual, podría aquél alegarlos para pretender justificar los que a él le fueran imputables.

Habiendo quedado acreditado en el expediente los incumplimientos imputados al concesionario, ha de examinarse a continuación si dichos incumplimientos encajan en la causa de resolución alegada por el Ayuntamiento. Según dispone el Artículo 111 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (RCL 2000, 1380) , es causa de resolución del contrato el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales y de que aquellas que se establezcan expresamente en el contrato. Es decir, no

cualquier incumplimiento de los mismos autoriza a la Administración para la resolución de un contrato, sino que dicha obligación ha de haber sido calificada como esencial, cuestión que resulta razonable, puesto que el pliego de cláusulas y el contrato son los instrumentos en los que las partes determinan aquello a lo que se obligan, así como los efectos que se pueden derivar de su incumplimiento.

En el contrato no se contiene ninguna referencia a los efectos que pudieran derivarse de la falta de pago del canon establecido o del impago de las facturas de electricidad y teléfono. Sin embargo, la cláusula que establece la obligación de pago del canon por el contratista ha de conceptuarse como "esencial" en la ejecución de contrato de gestión pública, pues supone la contraprestación que la empresa ha de efectuar al Ayuntamiento por la concesión de la gestión de la piscina municipal, razón por la cual el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCL 2001, 2594, 3102 y RCL 2002, 388), dispone en su artículo 67.4.e) que debe incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de gestión de servicios públicos y el artículo 71.5.c), en los documentos de formalización de los referidos contratos.

(...) La falta de pago del canon ha sido estimada como causa de resolución de los contratos de gestión de servicios públicos por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en sus dictámenes 67/2002, de 30 de abril o 93/2012 de 16 de mayo, postura que sigue la doctrina sostenida por el Consejo de Estado en numerosos dictámenes (por ejemplo, los dictámenes 3694/1998, 2509/2004 o 415/2007). También es éste el criterio de otros Consejos Consultivos como los de Castilla-León (dictámenes 9/2009, de 12 de febrero, 718/2009, de 30 de julio o 272/2012, de 24 de mayo) y Aragón (dictamen 98/2012, de 29 de mayo).

Por último, señalar que el impago del canon pactado es calificado como un incumplimiento esencial en diversos pronunciamientos judiciales como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 23 de enero de 2002 (JUR 2002, 87655), la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 29 de mayo de 2006 (JUR 2006, 212068) o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 17 de julio de 2012 (JUR 2012, 273156).

Por todo lo expuesto cabe concluir que existe incumplimiento del contrato por parte del contratista por falta de pago del canon concesional y de las facturas generadas por consumo de electricidad y teléfono, encontrándose el primero de ellos en el ámbito de las obligaciones contractuales esenciales en el cumplimiento de contrato, por lo que procede dictar una sentencia desestimatoria de acuerdo con lo previsto en el Artículo 70.1 de la L.J.C.A. (RCL 1998, 1741), al ser el acto administrativo impugnado conforme a Derecho”.

En el mismo sentido informan los diferentes Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas en los procedimientos de resolución contractual. Así por ejemplo se expresa el Dictamen núm., 66/2018 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, cuando señala:

“En conclusión, siendo el pago del canon una obligación de carácter esencial del contrato, y habiéndose acreditado suficientemente en el expediente el incumplimiento de dicha obligación por parte del adjudicatario, este Consejo estima que concurre causa justificada para la opción elegida por la Administración de acordar la resolución del contrato al amparo del artículo 206.f) de la LCSP, según se expone en el presente dictamen, con incautación de la fianza constituida y la liquidación de los daños y perjuicios eventualmente ocasionados si superan el importe de la garantía incautada”.

Igualmente lo expone el Dictamen núm. 315/2017 de 16 noviembre de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, cuando indica que:.

“Vist tot l'anterior, aquest òrgan consultiu considera que la manca del pagament de la segona meitat del cànon concessional unit a la no renovació de la pòlissa de responsabilitat civil -que, s'insisteix, no consta en l'expedient aportat a aquest òrgan i no és negada per part del contractista- constitueixen causes suficients per a instar la resolució del contracte en ser incompliments d'obligacions essencials del contracte”.

También lo indica el Dictamen num. 86/2014 de 26 febrero del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, al afirmar que:

“Conforme lo expuesto, el concesionario no ha procedido al pago del canon, a pesar del fraccionamiento otorgado, lo que constituye un incumplimiento esencial y deliberado de una condición contractual esencial”.

Por lo expuesto consideramos que se ha producido el incumplimiento de la obligación esencial recogida en la letra a) de la cláusula 29 del PCAP consistente en:

“El pago de los cánones en los plazos establecidos en los presentes pliegos. La falta de pago de dichos cánones, el pago parcial o el retraso en el pago dará lugar al incumplimiento de esta obligación esencial”.

Dicho incumplimiento habilita al Consorcio para proceder a la resolución del contrato.

Del mismo modo se ha incumplido la obligación esencial recogida en la letra d) de la cláusula 29 del PCAP consistente en:

“El cumplimiento de las obligaciones de suministro de información al Consorcio de Aguas de Lanzarote establecidas en el presente pliego”

Incumplimiento de obligación esencial que habilita, igualmente, a la resolución contractual.

SEXTA.- INCUMPLIMIENTO PERTURBACIÓN GRAVE DEL SERVICIO. CORTES DE AGUA.

Tal y como hemos visto la falta de ejecución de inversiones previstas en la oferta de la adjudicataria de la concesión, el incumplimiento del plazo en la ejecución de las

inversiones acordadas y el incumplimiento del Plan de explotación de servicio ha tenido como consecuencia el incumplimiento la cláusula 16 apartado 7 del PPT que imponía que el agua producida y no facturada no podría superar el 30%.

Pero es más, precisamente, y dado que las pérdidas superan el 50% del agua producida, se está generando una perturbación grave del servicio.

En este sentido, la inasumibles pérdidas en las redes está dando lugar a la imposibilidad de suministrar y abastecer a los distintos municipios de manera regular hasta tal punto que los cortes de suministro son continuos y diarios.

Así se deriva de los cientos de notas remitidas por Canal al Consorcio y a los medios de comunicación avisando de los cortes de suministro. Sin ser exhaustivos plasmamos los cortes en los últimos tres meses:

“1. https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/nueve-pueblos-lanzarote-tendran-cortes-agua-eventuales-este-miercoles_228109_102.html

GENTE

Nueve pueblos de Lanzarote tendrán cortes de agua "eventuales" este miércoles

Los Valles, Los Cocoteros, Mozaga, serán algunos de los puntos de la isla que se verán afectados por el anuncio de Canal Gestión

2. https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/diecisiete-pueblos-lanzarote-sufren-cortes-agua-este-viernes_228019_102.html

Diecisiete pueblos de Lanzarote sufren cortes de agua este viernes

Canal Gestión ha habilitado un espacio para que los ciudadanos puedan comunicar las incidencias en su página web

LAVOZDELANZAROTE

19 DE JULIO DE 2024 (12:33 CET)

ACTUALIZADO EL 19 DE JULIO DE 2024 (13:11 CET)

3. https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/doce-pueblos-lanzarote-sufren-cortes-agua-este-miercoles_227300_102.html

Doce pueblos de Lanzarote sufren cortes de agua este miércoles

A partir de esta tarde, se suspenderá el suministro en las localidades de Maciot, Las Breñas, El Golfo, Uga y Yaiza por motivo de los trabajos en la Estación de Bombeo de Agua Potable de Las Breñas

LAVOZDELANZAROTE

19 DE JUNIO DE 2024 (12:51 CET)

ACTUALIZADO EL 19 DE JUNIO DE 2024 (13:48 CET)

4. [HTTPS://WWW.LAVOZDELANZAROTE.COM/ACTUALIDAD/SOCIEDAD/CORTES-AGUA-EN-SIETE-PUEBLOS-LANZAROTE-ESTE-MIERCOLES_227114_102.HTML](https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/cortes-agua-en-siete-pueblos-lanzarote-este-miercoles_227114_102.html)

GENTE

Cortes de agua en siete pueblos de Lanzarote este miércoles

Cabe destacar que "al margen de las circunstancias informadas" hay otras incidencias por pequeñas averías y maniobras programadas

LAVOZDELANZAROTE

12 DE JUNIO DE 2024 (10:58 CET)

5. [HTTPS://WWW.LAVOZDELANZAROTE.COM/ACTUALIDAD/SOCIEDAD/DOCE-PUEBLOS-LANZAROTE-SUFREN-CORTES-AGUA-ESTE-VIERNES_226996_102.HTML](https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/doce-pueblos-lanzarote-sufren-cortes-agua-este-viernes_226996_102.html)

GENTE

Doce pueblos de Lanzarote sufren cortes de agua este viernes

Tegoyo, Haría, y Los Valles vuelven a sufrir los cortes como este pasado miércoles

6. [HTTPS://WWW.LAVOZDELANZAROTE.COM/ACTUALIDAD/SOCIEDAD/SEIS-PUEBLOS-LANZAROTE-SUFREN-CORTES-AGUA-ESTE-MIERCOLES_226951_102.HTML](https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/seis-pueblos-lanzarote-sufren-cortes-agua-este-miercoles_226951_102.html)

GENTE

Seis pueblos de Lanzarote sufren cortes de agua este miércoles

En concreto, el municipio más afectado es Tías, donde sufren la interrupción del abastecimiento los pueblos de Tías, Conil, La Asomada y Tegoyo

LAVOZDELANZAROTE

5 DE JUNIO DE 2024 (12:38 CET)

ACTUALIZADO EL 5 DE JUNIO DE 2024 (13:27 CET)

7. [HTTPS://WWW.LAVOZDELANZAROTE.COM/ACTUALIDAD/SOCIEDAD/CORTES-AGUA-EN-CUATRO-PUEBLOS-LANZAROTE-ESTE-VIERNES_226822_102.HTML](https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/cortes-agua-en-cuatro-pueblos-lanzarote-este-viernes_226822_102.html)

GENTE

Cortes de agua en cuatro pueblos de Lanzarote este viernes

Cabe recordar que, al margen de las circunstancias que se informan, existen otras incidencias por pequeñas averías y maniobras programadas que también pueden ocasionar alteraciones "momentáneas"

LAVOZDELANZAROTE

31 DE MAYO DE 2024 (11:43 CET)

ACTUALIZADO EL 31 DE MAYO DE 2024 (12:52 CET)

8. [HTTPS://WWW.LAVOZDELANZAROTE.COM/ACTUALIDAD/SOCIEDAD/CORTES-AGUA-EN-SEIS-PUEBLOS-LANZAROTE-ESTE-MIERCOLES_226781_102.HTML](https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/cortes-agua-en-seis-pueblos-lanzarote-este-miercoles_226781_102.html)

GENTE

Cortes de agua en seis pueblos de Lanzarote este miércoles

Además, Canal Gestión ha resaltado que existen otras incidencias por pequeñas averías y maniobras programadas que pueden ocasionar alteraciones momentáneas en el suministro de calles concretas

LAVOZDELANZAROTE

29 DE MAYO DE 2024 (10:05 CET)

ACTUALIZADO EL 29 DE MAYO DE 2024 (12:56 CET)

9. https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/cortes-agua-en-cinco-pueblos-lanzarote-este-martes_226599_102.html

Cortes de agua en cinco pueblos de Lanzarote este martes

Con datos de la mañana de este martes, no cuentan con suministro de agua Los Valles en Teguiise, ni los pueblos de San Bartolomé, Tinajo, Yaiza y Tías

LAVOZDELANZAROTE

21 DE MAYO DE 2024 (13:50 CET)

ACTUALIZADO EL 21 DE MAYO DE 2024 (17:53 CET)

10.[HTTPS://WWW.LAVOZDELANZAROTE.COM/ACTUALIDAD/SOCIEDAD/CORTES-AGUA-EN-CASI-TODOS-MUNICIPIOS-LANZAROTE-ESTE-VIERNES 226511_102.HTML](https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/cortes-agua-en-casi-todos-municipios-lanzarote-este-viernes-226511_102.html)

GENTE

Cortes de agua en casi todos los municipios de Lanzarote para este viernes

Un total de 13 pueblos no tienen abastecimiento de agua en Lanzarote, según Canal Gestión

11.[HTTPS://WWW.LAVOZDELANZAROTE.COM/ACTUALIDAD/SOCIEDAD/SEIS-PUEBLOS-LANZAROTE-SUFREN-CORTES-AGUA-ESTE-VIERNES 226347_102.HTML](https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/seis-pueblos-lanzarote-sufren-cortes-agua-este-viernes-226347_102.html)

GENTE

Seis pueblos de Lanzarote sufren cortes de agua este viernes

Máquez, Los Valles, El Cuchillo, Tajaste, Tías y Mácher, serán las zonas afectadas durante todo el día por los cortes, ha anunciado Canal Gestión

LAVOZDELANZAROTE

10 DE MAYO DE 2024 (11:37 CET)

ACTUALIZADO EL 10 DE MAYO DE 2024 (13:48 CET)

12.[HTTPS://WWW.LAVOZDELANZAROTE.COM/ACTUALIDAD/SOCIEDAD/CORTES-AGUA-EN-NUEVE-PUEBLOS-LANZAROTE-ESTE-MIERCOLES 226292_102.HTML](https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/cortes-agua-en-nueve-pueblos-lanzarote-este-miercoles-226292_102.html)

GENTE

Cortes de agua en nueve pueblos de Lanzarote para este miércoles

"Si su suministro doméstico se encuentra próximo a uno de estos puntos, es muy probable que esté afectado por la la interrupción eventual", puntualiza Canal Gestión

LAVOZDELANZAROTE

8 DE MAYO DE 2024 (11:03 CET)

ACTUALIZADO EL 8 DE MAYO DE 2024 (11:34 CET)

13. [HTTPS://WWW.LAVOZDELANZAROTE.COM/ACTUALIDAD/SOCIEDAD/CONSULTA-CORTES-AGUA-ESTE-MARTES-EN-LANZAROTE_226106_102.HTML](https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/consulta-cortes-agua-este-martes-en-lanzarote_226106_102.html)

GENTE

Consulta los cortes de agua para este martes en Lanzarote

En concreto, son cinco los municipios conejeros que sufren una interrupción del suministro en alguno de sus pueblos

LAVOZDELANZAROTE

30 DE ABRIL DE 2024 (12:43 CET)

ACTUALIZADO EL 30 DE ABRIL DE 2024 (14:03 CET)

14. https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/cortes-agua-en-cuatro-municipios-lanzarote_225944_102.html

GENTE

Cortes de agua en cuatro municipios de Lanzarote

Seis pueblos de Tinajo están sin suministro de agua este miércoles, a lo que se suman localidades de Haría, Teguise, Tías

LAVOZDELANZAROTE

24 DE ABRIL DE 2024 (12:15 CET)

15. https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/cortes-agua-en-casi-todos-municipios-lanzarote_225808_102.html

GENTE

Cortes de agua en casi todos los municipios de Lanzarote

La empresa encargada de la gestión del agua en Lanzarote, Canal Gestión, informa de cortes de agua en cinco de los siete municipios de la isla

LAVOZDELANZAROTE

18 DE ABRIL DE 2024 (12:48 CET)

ACTUALIZADO EL 18 DE ABRIL DE 2024 (13:25 CET)”

16. https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/cortes-agua-no-cesan-en-lanzarote-14-pueblos-estan-sin-suministro-este-lunes_230555_102.html

Gente

Los cortes de agua no cesan en Lanzarote: 14 pueblos están sin suministro este lunes

En concreto, hay interrupción del abastecimiento en cuatro de los siete municipios de la isla

lavozdelanzarote

11 de noviembre de 2024 (08:49 WET)

Actualizado el 11 de noviembre de 2024 (09:00 WET)

17. https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/cortes-agua-en-once-pueblos-lanzarote-graciosa_233266_102.html

Gente

Cortes de agua en once pueblos de Lanzarote y La Graciosa

En concreto, los municipios afectados por los cortes de suministro son Haría, Teguiise, Tinajo, Tías y Yaiza

lavozdelanzarote

5 de marzo de 2025 (09:15 WET)

Actualizado el 5 de marzo de 2025 (11:23 WET)

18. https://www.lavozdelanzarote.com/actualidad/sociedad/total-14-pueblos-lanzarote-graciosa-sufren-cortes-agua-este-martes_233422_102.html

Gente

Un total de 14 pueblos de Lanzarote y La Graciosa sufren cortes de agua este martes

La falta de suministro afecta a seis de los siete municipios de la isla

[lavoze LANZAROTE](#)

11 de marzo de 2025 (13:41 WET)

Actualizado el 12 de marzo de 2025 (07:06 WET)

19. https://www.lavoze LANZAROTE.com/actualidad/sociedad/lanzarote-sufre-cortes-agua-en-docena-pueblos-durante-ultimo-miercoles-enero_232393_102.html

Gente

Lanzarote sufre cortes de agua en una docena de pueblos durante el último miércoles de enero

Entre ellos, el pueblo de Pedro Barbas en La Graciosa que tampoco tiene suministro

[lavoze LANZAROTE](#)

29 de enero de 2025 (11:39 WET)

Actualizado el 29 de enero de 2025 (13:26 WET)

El propio canal en informes de septiembre de 2023 y noviembre de 2024 reconoce que los cortes ascienden al 61% de los días del año en municipios como Haría, el 42% en San Bartolomé, el 53% en Tinajo, el 49% en Yaiza, lo cual no solo un incumplimiento grave y esencial sino, simplemente, inaceptable en una economía avanzada.

El informe de CGL de noviembre de 2024 y el de 2019 a 2023 se adjuntan como **documentos 18 y 19**.

Cabe señalar que, de conformidad con lo establecido en la letra n) de la cláusula 23 del pliego es un deber del concesionario:

- n) Prestar el servicio de forma ininterrumpida todos los días, y disponer de un servicio de atención de averías.

Del mismo modo, de conformidad con lo establecido en las letras g) y h) de la cláusula 47 del PCAP, son infracciones muy graves:

- g) Las que provoquen perturbaciones reiteradas o reincidentes en el servicio.
- h) La no prestación del servicio de manera regular y continuada, a excepción de causas de fuerza mayor.

f

Del mismo modo, tal y como indica la misma cláusula 47 del PCAP, la comisión de una infracción muy grave habilita para la resolución del contrato.

En cualquier caso, consideramos que el incumplimiento grave de la obligación de suministro de agua, que supone una perturbación grave del servicio, implica un incumplimiento de la obligación principal del contrato que, sin duda tiene el carácter de esencial, pues **su cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato** y constituye un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes. En este sentido, numerosos Consejos Consultivos se han manifestado a favor de primar la naturaleza esencial de la obligación frente al formalismo de la actual legislación, aceptando como causa de resolución del contrato obligaciones que por su naturaleza son esenciales pero que no han sido recogidas como tal en los pliegos. Por ejemplo el Consejo Consultivo de Castilla La Mancha, en su dictamen 24/2015, de 28 de diciembre, el Consejo Consultivo de Andalucía, dictamen 35/2014 o el de la Región de Murcia en sus dictámenes 183/15 y 217/15.

En cualquier caso, sea calificada o no como esencial, y consideramos que la regularidad en la prestación del servicio es la obligación principal del contrato, su incumplimiento está tipificado como infracción muy grave que habilita la resolución del contrato

En conclusión, no abastecer de agua a los municipios de forma reiterada con cortes continuos supone una conducta tipificada como infracción muy grave y que habilita a la resolución contractual.

SÉPTIMA.- INCUMPLIMIENTO DE LA SUBCONTRATACIÓN Y DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL DE PRESTAR EL SERVICIO POR EL PROPIO CONCESIONARIO.

Tal y como indica la cláusula 2 del PCAP la concesión comprende la gestión y explotación de los servicios públicos de abastecimiento de agua, **saneamiento** y reutilización, y de sus infraestructuras anejas y está integrada por las instalaciones que se relacionan en el Anexo 6 y por la ejecución de las obras que se prevén en las Inversiones a realizar, incluidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Estos servicios públicos comprendidos en el ciclo integral del agua son titularidad y competencia del Consorcio de Aguas de Lanzarote.

Como se comprueba con facilidad el saneamiento es una obligación principal del contrato pues su cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y constituye un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes.

El saneamiento no es, por tanto, una prestación accesoria al contrato.

Cabe señalar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 289 del **TRLCSP 2011, relativa a la subcontratación:**

*“En el contrato de gestión de servicios públicos, la subcontratación sólo podrá recaer sobre **prestaciones accesorias**”.*

En el mismo sentido se expresa el PCAP cuando señala en la cláusula 36 del PCAP que la subcontratación solo puede recaer sobre prestaciones accesorias

Subcontratación. En el contrato de gestión de servicios públicos, la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias.



Igualmente indicar que se considera infracción muy grave, de acuerdo con la cláusula 47 letra i) del contrato, en aplicación del artículo 289 del TRLCSP y del PCAP:

- i) La cesión de la ejecución de las obras o la explotación del servicio por una tercera persona, sin el consentimiento o autorización del Consorcio.



Pues bien, cabe destacar que la concesionaria ha sacado a licitación y ha adjudicado el mantenimiento de las redes de saneamiento mediante el **Procedimiento nº 07/2023 de servicios relativos a ‘MANTENIMIENTO DE LAS REDES DE SANEAMIENTO GESTIONADAS POR CANAL GESTIÓN LANZAROTE, S.A.U.’**

El objeto del Contrato en la explotación y mantenimiento de redes e instalaciones adscritas al ciclo integral del agua que explota la concesionaria. Su plazo de duración es de 5 años y el presupuesto base de licitación del contrato es de CINCO MILLONES DOSCIENTOS DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO EUROS (5.218.925,00 €), IGIC incluido, adjudicándose dicho contrato a la **Unión Temporal de Empresas compuesta por CANARAGUA CONCESIONES, S.A.U. y EICOH EXPLOTACIONES, S.L.U.**, por un importe de **4.388.774,50 Euros, excluido IGIC.**

Los licitadores, tal y como señala el PCAP deberán haber realizado servicios análogos (**explotación y mantenimiento de redes municipales de alcantarillado**) al menos durante dos (2) años consecutivos en los últimos ocho (8) años.

Del objeto del Procedimiento nº 07/2023 licitado por la concesionaria se desprende, sin ningún género de dudas, que la misma está subcontratando una prestación que no es accesorio, pues la explotación y mantenimiento del saneamiento es, precisamente, una de las obligaciones principales del contrato.

En la medida en que las cualidades personales del contratista son y fueron determinantes en la adjudicación del contrato administrativo, la subcontratación, en cuanto excepción al principio general del carácter personal de la ejecución del contrato, queda excluida. La naturaleza intuitu personae del contrato, o las condiciones del mismo, determinantes de que deba ser ejecutado directamente por el adjudicatario, determinan que la subcontratación no sea posible. Del mismo modo, la doctrina administrativa señala que la subcontratación es una circunstancia que repercute en la calidad de la contratación

pública y fuente de perjuicio para los trabajadores, que serán los que perciban unas retribuciones menores como consecuencia de la relación triangular.

Por lo expuesto, podemos afirmar que se ha producido un incumplimiento de la obligación de no subcontratar prestaciones principales del contrato lo que da lugar a la comisión de una infracción muy grave que habilita a la resolución del contrato.

La jurisprudencia ha considerado que la subcontratación de prestaciones principales, junto con el incumplimiento del plan de inversión y otros incumplimientos conlleva, además, una perturbación grave del servicio que habilita a la intervención del servicio y, en nuestro caso, a la resolución del contrato.

Así, lo indica el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Santa Cruz de Tenerife en la Sentencia núm. 1/2017 de 9 enero, RJCA 2018\1709:

“3. El primer acto administrativo que es objeto de recurso contencioso-administrativo decide la intervención durante seis meses de la empresa mixta EMMASA, al considerar cometidos diversos incumplimientos graves en la gestión del servicio público, detectadas por el Ayuntamiento tras la realización de una auditoría externa, y que en síntesis son los siguientes:

Incumplimiento de las prohibiciones de subcontratación de prestaciones esenciales del servicio, y de los límites de subcontratación de prestaciones accesorias y complementarias por falta de autorización municipal previa, preceptiva y vinculante, y por ser realizadas las subcontrataciones con empresas vinculadas a la entidad mercantil que es socio mayoritario de la empresa mixta.

El segundo acto administrativo al que se amplía el recurso decide la prórroga de esta intervención de la empresa mixta de gestión indirecta del servicio público del ciclo del agua durante otros dos meses.

Ambos actos administrativos son expresión de la potestad de intervención administrativa del contrato de gestión indirecta del servicio público del ciclo del agua, que está prevista en el art. 166 TRLCAP (RCL 2000, 1380, 2126) 2000 y art. 186 de su Reglamento, de aplicación al caso, teniendo como presupuestos que la apreciación por la Administración de incumplimientos por parte de EMMASA con perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público sin decisión de resolución del contrato.

(...)

2. En contestación a las demandas el Letrado del Ayuntamiento, en síntesis, sostiene que EMMASA ha incumplido sus obligaciones de prestación de servicio de carácter básico o esencial para los ciudadanos en la gestión indirecta de los servicios públicos del ciclo integral del agua: captación, desalación, tratamiento, abastecimiento de agua potable, alcantarillado, depuración y reutilización de aguas residuales.

Alega que el incumplimiento del contratista ha obligado a la Administración acordar un expediente de intervención de la concesión, en el que la Administración interviene la gestión, que sigue siendo del contratista, pero sometida a un órgano de tutela designado por el órgano de contratación, el interventor administrativo (art. 285 LCSP (RCL 2017, 1303y RCL 2018, 809) y art. 166 TRLCAP (RCL 2000, 1380, 2126)). No se trata de secuestro de la concesión, que conlleva la asunción de la gestión directa del funcionamiento del servicio y la percepción de los derechos establecidos con el mismo personal y material del concesionario, sino que se trata de un intervención que está prevista cuando del incumplimiento del contratista derive en perturbación grave y no reparable por otros medios en servicio público.

La Administración considera que se produjeron incumplimientos muy graves por el contratista consistentes en no realizar las inversiones por importe de 60.234.145,44 € a que venían obligadas por el contrato y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas (PCAP y PT). Considera que el plan de inversiones previsto en el contrato no se ha cumplido, ya que debería haber finalizado en 2011 y ni siquiera había comenzado, siendo la consecuencia el envejecimiento de las instalaciones y el riesgo para el servicio. Recuerda que el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias nº 101/2012, de 29 de febrero dice que el contratante no puede interrumpir el cumplimiento del contrato por ningún motivo, ni aún por demora en el pago; y que el plan de inversión debe ajustarse al contrato que dispone que todas las actuaciones descritas abarcarán tres etapas o fases de desarrollo con un horizonte temporal de 6-7 años desde la suscripción del contrato el 2006, lo que descarta que la Administración esté obligada a aguardar hasta 2021 para el cumplimiento del plan de inversión. Luego fue contestando específicamente a los distintos motivos de impugnación (...)

1. Según el art. 5.3 del PCAP y PT, la subcontratación sólo será admisible respecto de las prestaciones accesorias del servicio público que constituye el objeto de la presente licitación, siendo necesaria siempre la previa autorización de la Corporación Municipal. (...)

2. El Ayuntamiento considera como prestaciones esenciales las que constituyen el objeto social de EMMASA según el art. 3 de sus Estatutos sociales: captación, aducción, desalación, tratamiento y distribución de agua; abastecimiento domiciliario de agua, alcantarillado; depuración y reutilización de aguas residuales; instalación, mantenimiento y conservación de contadores de agua; gestión de abonados, emisión de recibos, facturación, cobro de recibos; recogida, evacuación, depuración y reutilización de aguas residuales y pluviales; conservación, explotación, construcción y ampliación de instalaciones afectas al servicio de aguas y saneamiento; cobro de tarifas por agua y saneamiento.

Por ello consideró como actividades esenciales que fueron subcontratadas, las correspondientes a los siguientes contratos:

Contrato de mantenimiento de estaciones depuradoras de aguas residuales Los Moriscos y M^a Jiménez con CANARAGUA por 5.600 €.

Contrato de mantenimiento y explotación de la estación depuradora de aguas residuales EDAR y unidades exteriores con CANARAGUA por 1.766.520 €.

Reparto de facturas a clientes de EMMASA con CANDIS DISTEX, por importe de 108.864 €.

Servicio de cuadrillas de obras y construcción de obras en general, con la empresa PAYSA, por importe de 380.000 €.

Servicio de reparación y mantenimiento de conducciones submarinas, con la empresa PROYECTOS MARÍTIMOS, por importe de 15.000 €.

Servicio de mantenimiento y conservación de las instalaciones de la Planta Desaladora de Aguas de Mar de Santa Cruz de Tenerife, con la empresa SADYT, por importe de 930.000 €.

Servicio de Mantenimiento y conservación de los depósitos reguladores y estaciones de bombeo con SANTACRUCERA DE AGUAS, por importe de 210.000 €.

Servicio de atención de incidencias de las redes de saneamiento y distribución, con SANTACRUCERA DE AGUAS, por importe de 532.681 €.

Servicio de atención Centro de Operaciones, con SANTACRUCERA DE AGUAS, por importe de 101.452 €.

Servicio de mantenimiento de red de aguas, saneamiento con SANTACRUCERA DE AGUAS, por importe de 637.172 €.

Suplidos por Dirección de EMMASA con VALORIZA AGUA, por importe de 483.662 €

Servicio de externalización del Call Center de EMMASA, con VERIFICACIÓN TELEFÓNICA, por importe de 199.946 €.

De estas empresas con las que se subcontrató, EMMASA, SADYT y SANTACRUCERA DE AGUAS pertenecen al Grupo VALORIZA, que a su vez está integrado en el Grupo SACYR VALLEHERMOSO (SyV), que es titular del 94,64% de EMMASA.

(...)

4. El carácter accesorio o esencial se predica sobre tres términos que están en juego: se trata de los conceptos de "prestaciones" (al que se refiere el art. 170 TRLCAP vigente entonces, en el PCAP y PT), de "actividades" (referido por las partes), y de "objeto" (en referencia de los Estatutos de EMMASA, a los que acude el Ayuntamiento para determinar lo que considera actividades esenciales).

No parece que haya inconveniente jurídico en equiparar los términos "actividades" y "prestaciones", puesto que al actividad de servicio público gestionado se concreta en prestaciones.

El hecho de que una empresa tenga en sus Estatutos un objeto parece referirse a sus prestaciones o actividades esenciales, pero no descarta que pueda incluir las accesorias. Incluso es posible que una sociedad tenga un objeto muy extenso, mucho más amplio de la actividad que realmente ejerce en previsión de poder otras ejercer futuras actividades.

Por otra parte, parece que a los efectos del caso, la referencia más directa que permite definir lo que es esencial y lo que es accesorio está en el art. 5.1 del PCAP y PT, relativo a los servicios gestionados por la empresa mixta.

"1.- Los servicios que habrá de prestar la empresa de economía mixta y que constituyen su objeto serán los que correspondían anteriormente a la "Empresa Municipal de Aguas de Santa Cruz de Tenerife, Sociedad Anónima" en régimen de gestión directa, entre los que se encuentran los servicios municipales contemplados en la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local como relacionados con el ciclo integral del agua, esto es, los servicios de captación, desalación, tratamiento, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, depuración y reutilización de aguas residuales. Asimismo corresponderá a la empresa mixta la realización de cualesquiera otros servicios, suministros y entregas de bienes relacionados con el mencionado ciclo integral que pueda encomendarle la Corporación Municipal".

Por lo tanto, tienen razón las partes actoras en acudir al criterio de los pliegos para determinar cuáles prestaciones o actividades son principales y accesorias, que además están ubicadas en el mismo artículo 5 del PCAP y PT, que regula la subcontratación.

Entonces no se consideran prestación o actividad esencial, en los términos del art. 5.1 del PCAP y PT, las actividades de construcción o ampliación de instalaciones, que corresponden más a empresas constructoras e instaladoras especializadas; tampoco las de atención al cliente y facturación. El mantenimiento y reparación ordinarios de primer escalón son parte de la actividad de gestión del servicio público, mientras que las reparaciones extraordinarias por su entidad, su especialidad que exceden de lo ordinario no están en el contenido de prestación o actividad esencial, como por ejemplo, la reparación y mantenimiento de conducciones submarinas, que exige de un equipo de buceo, que es atípico en un servicio público municipal.

Sin embargo, no es posible acoger la afirmación de las demandas de que no hay ninguna prestación material subcontratada que pueda considerarse como esencial por el hecho de que EMMASA mantenga las facultades de dirección, planificación y control.

(...)

2. Las partes recurrentes consideran que no existe perturbación del servicio público, y menos aún perturbación grave, que justifique la intervención. Por el contrario, entienden que el servicio se ha visto mejorado, y cita el Informe Justificativo de Situación Económica, Operativa y de Gestión (documento nº 29 del expediente administrativo), indicando que el resultado en 2013 es casi

seis veces mayor que en 2005; que en 2013 se repuso el 9% del parque de contadores; que se ha logrado reducir en un 60% las pérdidas de aguas por mermas, en comparación con 2004; que se ha conseguido producir un 40,6% más de agua desalada que en 2003; que se ha implantado un control informatizado del seguimiento de averías; que se implementó la oficina virtual y un sistema de atención telefónica al usuario; que se creó la figura del Defensor del Cliente; y que se han obtenido las certificaciones de calidad y medioambiental ISO:9001 e ISO:14001.

3. Entra en juego el concepto de perturbación grave del servicio público como requisito necesario para poder decidir la intervención del contrato. Según el art. 166 TRLCAP (RCL 2000, 1380, 2126) 2000 en su redacción vigente en 2006, momento del contrato, la Administración podrá acordar la intervención del contrato si del incumplimiento del contratista se derivase perturbación grave y no reparable en el servicio público, y no decidiese la resolución del contrato, pudiendo mantenerse la intervención hasta que desaparezca dicha perturbación.

La gestión indirecta del servicio público del ciclo del agua conlleva una relación prestacional entre la empresa mixta concesionaria y los usuarios, y una relación concesional con la Administración pública, el Ayuntamiento. El servicio público en sentido estricto se percibe en la prestación que reciben los usuarios, mientras que la relación concesional entra dentro del contenido del contrato administrativo de gestión indirecta.

El art. 166 TRLCAP 2000 de aplicación habla de la intervención del contrato, no del servicio público, pero establece el requisito de perturbación del servicio público. La gestión indirecta del servicio público en sentido estricto, el servicio prestacional que suministra a los usuarios agua potable y alcantarillado y trata las aguas, no es posible sin el cumplimiento de las prestaciones concesionales que exigen mantenimientos, inversiones, reposiciones y mejoras. Entonces la relación concesional entra dentro del concepto de servicio público en sentido más amplio que desborda lo limitado de la prestación de abastecimiento hacia el usuario, pero que influye a medio y largo plazo en dicha prestación.

Entonces, debe considerarse la postura del Ayuntamiento de que los incumplimientos en la relación concesional pueden constituir perturbación grave en el servicio público, aunque no haya desabastecimiento, por conllevar perturbación grave en la relación concesional, que también forma parte del servicio público.

Si bien la empresa concesionaria ha hecho avances y mejoras en la reducción de pérdidas de agua, control informatizado de averías, incremento del caudal de agua desalada,..., ha realizado subcontrataciones con empresas vinculadas del grupo su accionista dominante SACYR VALLEHERMOSO, que constituyen una infracción de los pliegos del contrato administrativo, y que supone una figura de autocontratación que impide la competencia competitiva en las subcontrataciones, además de no haber pedido autorización previa al Ayuntamiento. Esto perturba gravemente la relación

concesional que tiene una vida prevista de 25 años, a cuyo fin puede revertir la empresa mixta al Ayuntamiento titular del servicio público.

No procede estimar este motivo de oposición”.

En conclusión, el incumplimiento de la obligación de no subcontratar prestaciones principales del contrato da lugar a la comisión de una infracción muy grave que habilita a la resolución del contrato.

OCTAVO.- EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONCESIONARIO.

Dentro del régimen general de los contratos, la resolución del contrato determina, cualquiera que sea el motivo que haya dado lugar a la misma, una serie de efectos:

El primero es desvincular a las partes de la relación obligatoria en la que se encontraban inmersas. No obstante, cabe que la Administración imponga al contratista la continuación de servicio hasta tanto no lo preste un nuevo adjudicatario.

El segundo efecto o consecuencia que la resolución produce, cuando alguna de las inversiones pactadas hubiera sido ejecutada, es constituir a cada una de las partes en el deber de reintegrar o de restituir a la otra de tales inversiones descontada la amortización, en definitiva, como consecuencia de la resolución, surgen específicos deberes de liquidación y restitución.

En tercer lugar, la resolución otorga al contratante perjudicado por el incumplimiento de la otra parte un derecho al resarcimiento de daños y abono de intereses. En principio, el resarcimiento debido al contratante que sufre el incumplimiento debe incluir el llamado interés positivo, esto es, la indemnización equivale al derecho a ser colocado al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría sino hubiera existido lesión contractual, es decir, si el derecho de crédito hubiera sido regular y perfectamente ejecutado.

Por último, indicar que es posible que las cantidades que se deban entregar como consecuencia de la liquidación del contrato se compensen con la indemnización debida por el acreedor de la restitución pero incumplidor de la relación contractual, de manera tal que el deudor de la restitución solo habrá de hacer efectiva la diferencia entre la cuantía a restituir y lo que le corresponda, en su caso, como acreedor de la indemnización.

Veamos cada uno de estos apartados

1. Restitución.

Por lo que se refiere a la restitución dado que el contrato de concesión de abastecimiento de agua y saneamiento es un contrato con prestaciones continuas, de tracto sucesivo o recurrentes, (incluso servicios irrestituibles), la jurisprudencia indica que, en estos supuestos, la resolución tiene efectos solo y únicamente profuturo, es decir, ex nunc o no retroactivos, debiendo por tanto respetarse los efectos ya producidos. Esto significa que la concesionaria no debe restituir las tarifas cobradas de los usuarios ni el Consorcio los cánones recibidos.

Como indica la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª) en Sentencia núm. 487/2023 de 15 diciembre, JUR 2024\122292:

“En materia de resolución contractual, como se desprende de los arts. 1120, 1123, 1295, 1303, 1307 y 1308, todos del Código Civil, en relación con el art. 1124 del mismo texto legal, la regla general es que la resolución de las obligaciones tiene efectos retroactivos o ex tunc, no ex nunc, esto es, se trata de reponer a las partes a la situación en que se hallarían si el contrato no se hubiera celebrado, lo que entraña la obligación de restituir lo que hayan recibido por razón del vínculo obligacional. No obstante, esta regla general encuentra su excepción en el caso de las relaciones contractuales duraderas, de duración indefinida o tracto continuo o sucesivo, en las que, por su propia naturaleza, las partes van ejecutando las prestaciones a que se obligan y que satisfacen el interés de la contraparte, agotándose y deviniendo irreversibles, por lo que la retroacción de prestaciones o eficacia restitutoria afecta únicamente a las prestaciones que no son contrapartida o contravalor de las recibidas mientras estuvo vigente el contrato La STS 763/2014, de 22 de abril, distingue los efectos indemnizatorios, liberatorios y restitutorios que puede desencadenar la resolución del contrato, e incide en la necesidad de atender a las circunstancias del caso concreto: "Respecto a la caracterización general que se deriva del alcance y contenido de la resolución contractual debe tenerse en cuenta lo declarado recientemente por esta Sala en la Sentencia de 30 de abril de 2013 (núm. 275/2013). En este sentido, conforme a la sentencia citada, deben señalarse las siguientes precisiones. En primer término, hay que destacar que la resolución contractual, como fenómeno jurídico complejo, puede desencadenar una pluralidad de efectos de distinta índole o naturaleza, tales como los deberes restitutorios, la liquidación de la relación contractual llevada a cabo o la posible indemnización de los daños y perjuicios producidos; sin olvidar, las consecuencias que pudieran derivarse de la propia liquidación del estado posesorio que, en su caso, haya comportado la ejecución del contrato. En segundo término, y, en estrecha relación con lo expuesto, también debe señalarse que esta pluralidad de efectos no se produce de un modo autónomo, sino que deben ponderarse y sistematizarse conforme el fundamento común que otorga tanto la naturaleza y alcance de la relación contractual llevada a cabo, como la aplicación técnica de estos efectos en el marco de la resolución operada.

La consecuencia práctica que se obtiene es que el planteamiento dialéctico entre la eficacia " ex tunc" o " ex nunc " de la resolución, principalmente orientado desde la eficacia restitutoria de la resolución, no resulta correcto respecto a la posible prevalencia de un criterio u otro en orden a un tratamiento global de los posibles efectos a considerar, que pueden presentar aplicaciones diferenciadas”.

No obstante, la resolución de la concesión sí tiene como consecuencia el deber por parte de la Administración de reintegrar o de restituir a la concesionaria las inversiones pactadas realizadas menos la amortización.

De este modo, y como consecuencia de la resolución contractual, la Administración se encuentra obligada a liquidar el contrato y, en concreto, se encuentra obligada a satisfacer

el equivalente pecuniario o restituir el importe de las inversiones pactadas realizadas por el concesionario dado que la restitución in natura, esto es, la devolución de la obra o la inversión, no es posible.

Es por este motivo y con este fin, que el artículo 271 del TRLCSP indica que:

“en los supuestos de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero”.

En idénticos términos el artículo 288 del TRLCSP que establece que:

“en los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión”.

Como se puede comprobar la restitución incluye únicamente el precio de las obras e instalaciones pactadas y no, por el contrario, de los cánones. En nuestro caso, por tanto, no cabe la restitución del canon inicial ni de los variables. Del mismo modo solo se deberán reintegrar las obras pactadas y realizadas y no aquellas que se han realizado fuera de lo pactado.

Del mismo modo es importante señalar que a la hora de cuantificar el importe de las inversiones y ejecución de obras e instalaciones es necesario detraer el beneficio industrial en el caso de la obra haya sido contratada por el CANAL a un tercero.

Esto es lo que indica el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección^{4ª}) en su Sentencia núm. 809/2021 de 8 junio, RJ 2021\3181, que tiene, precisamente, como objeto analizar (i) si, en los contratos de concesión de obra pública, en caso de resolución del contrato, el importe que debe satisfacer la Administración al concesionario por razón de las inversiones realizadas en la ejecución de las obras de construcción, debe incluir o no el beneficio industrial de la empresa constructora que repercute a la concesionaria en el coste de la obra concesionada. Pues bien, para la Sentencia se debe excluir el beneficio industrial.

En sus palabras:

“La sentencia impugnada señala, en lo relativo a una de las cuestiones de interés casacional que determinaron la admisión del presente recurso de casación, relativa al beneficio fiscal, que << la demandante afirma la improcedencia de reducir la inversión reconocida en el porcentaje del 6 por ciento por el beneficio industrial que reclama la parte demandante; la administración considera que dicho beneficio industrial no puede considerarse como inversión de las contempladas en el art. 266.1 TRLCAP (RCL 2000, 1380, 2126) que menciona exclusivamente (i) inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, (ii)

ejecución de obras de construcción y (iii) adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la concesión (...) El coste que, para el concesionario supone realizar las obras, recae dentro de su potestad con arreglo al principio de riesgo y ventura, pero no cabe achacar a la administración concedente la cuantía que para el concesionario supone sufragar los contratos privados de construcción necesarios para la ejecución de las obras con terceros cuando éste no disponga de medios propios pues estamos ante un procedimiento de liquidación contractual derivado de una resolución anticipada del mismo y, por lo tanto, ha de estarse al concepto de inversión efectivamente realizada medida y comprobada (...) Esta sala aprecia que dicho porcentaje no constituye inversión propiamente dicha, cabe asimilarlo al lucro cesante, que, en el caso de las concesiones de obras públicas, solamente se incluye en el art. 266.3 TRLCAP, en el caso de que la causa resolutoria sea imputable a la administración, lo que no ha de suceder en el caso que nos ocupa en que la causa resolutoria es objetiva y no imputable a la administración concedente (...) procede confirmar la exclusión que señala la sentencia recurrida cuando pone en relación los supuestos que prevén los apartados 1 y 3 del artículo 266 del TRLCAP, referenciando el beneficio industrial con el lucro cesante, que no evidenciamos, como ya adelantamos, la confusión que se denuncia en esta casación.”>>

En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia núm. 545/2022 de 9 mayo, RJ 2022\2399 cuando indica que

“Por tanto, en la partida de la liquidación del contrato relativa a la cantidad que el Ayuntamiento debe abonar al contratista por el valor de las obras realizadas que aún no han sido amortizadas no procede incluir el incremento del 6% en concepto de beneficio industrial que pretende la parte recurrente”.

En cuanto al procedimiento para llevar a cabo la liquidación cabe indicar que se puede realizar en el mismo acto y procedimiento en la que se acuerda la resolución del contrato o posteriormente. No obstante, en la práctica administrativa, ha terminado por implantarse una forma de hacer en virtud de la cual el acto en el que se establece la resolución del contrato se convierte en presupuesto necesario de un segundo procedimiento destinado a liquidar el contrato y a cuantificar los daños causados a la Administración por la resolución.

Así lo indica el Real **Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 113 que regula la** determinación de daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista, y que indica que:

“En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

Del mismo modo, tal y como indica el propio artículo 271.1 TRLCSP, la liquidación de debe realizar en un plazo de seis meses

“La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

En cuanto al plazo máximo para resolver el procedimiento de liquidación para llevar a cabo la liquidación se entiende que el plazo es de tres meses, dado que no existe un plazo específico en el TRLCSP 2011.

Así lo indica el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) en la Sentencia núm. 325/2022 de 14 marzo, RJ 2022\1395, al indicar que:

“La Sala no comparte el razonamiento de la sentencia (JUR 2020, 73111) impugnada sobre la ausencia de efectos desfavorables del procedimiento de liquidación en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, pues se trata, como es apreciable en el caso examinado en este recurso, de un procedimiento iniciado de oficio, que implica el ejercicio de potestades administrativas dirigidas a la determinación de los daños y perjuicios ocasionados por la contratista a la Administración contratante, y que es susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen, como resulta literalmente de los artículos 113.4 del TRLCAP y 113 del RGLCAP, tales como la incautación de la garantía y singularmente el deber del contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

En cuanto al plazo máximo del procedimiento cuyo vencimiento sin dictar y notificar la resolución expresa determina el efecto de la caducidad, a falta de su regulación en el TRLCAP y RGLCAP, deberá acudirse nuevamente a la legislación supletoria, que establece un plazo de 3 meses para los procedimientos cuyas normas reguladoras no fijen plazo máximo.

En efecto, dispone el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, sobre la "obligación de resolver" , que:

"3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses."

Añade el mismo precepto, en los procedimientos iniciados de oficio dicho plazo se contará desde la fecha del acuerdo de incoación”.

2. Indemnización de daños y perjuicios.

Tal y como hemos indicado con anterioridad uno de los efectos de la resolución de los contratos por causas imputables a una de las partes es el derecho, del contratante perjudicado por el incumplimiento, al resarcimiento de los daños.

En Derecho español, la indemnización del interés contractual positivo es la regla general como indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual (arts. 1101 y 1124 CC), que permite colocar al acreedor en la posición en que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido perfectamente.

Pues bien el artículo 225.3 TRLCSP indica que:

«Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada».

Del mismo modo, tal y como señala el artículo 271 apartado 4 del TRLCP 2011:

“4. Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada”.

De conformidad con los referidos preceptos si la resolución del contrato no causa daños a la Administración o los que causa son de una cuantía inferior al importe de la garantía, el contratista no tendrá derecho a la devolución de la garantía, la cual se incauta siempre que la resolución del contrato lo sea por su culpa. Puede así afirmarse que, si no hay daños o los que hay son inferiores al importe de la garantía, ésta se comporta como una cláusula penal sustitutiva o compensatoria de los daños y perjuicios. Pero si hay daños y su cuantía excede el importe de la garantía definitiva, ésta no es más que un anticipo de la indemnización de modo que cumple una función liquidatoria parcial de los daños causados por el contratista a la Administración.

Así lo reconoce el Dictamen 447/2012, de 8 de octubre del Consejo Consultivo de Canarias cuando indica que:

«A este respecto procede señalar, como ya mantuvimos en nuestro anterior Dictamen 232/2012, que no puede confundirse sin más la eventual ausencia de daños y perjuicios, a los efectos correspondientes tras la resolución y la fase de liquidación del contrato, con la incautación de la fianza al existir culpa del contratista, que procede por esta sola razón (art. 208.3 LCSP) y que es lo que aquí acontece, teniendo en cuenta la causa de resolución alegada»

En nuestro caso la garantía asciende a la cantidad de 8 millones de euros de acuerdo con la cláusula 6 del contrato, en virtud de la cual:

SEXTA: GARANTÍAS.- Como garantía del cumplimiento de sus obligaciones contractuales y en concepto de Garantía Definitiva, Canal de Isabel II Gestión S.A. presenta carta de pago por importe de **SEIS MILLONES DE EUROS (6.000.000,00€)** y en concepto de Garantía Complementaria **DOS MILLONES DE EUROS (2.000.000,00€)**, cuyo comprobante se incorpora como anejo del presente contrato y que será devuelta una vez transcurrido el período de garantía y previos los oportunos trámites reglamentarios, siempre y cuando el contrato se haya ejecutado en los términos y condiciones previstos en el mismo.

En cualquier caso, el concesionario debe indemnizar el interés contractual positivo que es la regla general en la determinación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual (arts. 1101 y 1124 CC), y que permite colocar al acreedor en la posición en que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido perfectamente. El importe de la indemnización será idealmente aquél que restaure a la parte contractual perjudicada en la situación de utilidad o bienestar en la que se hallaría si el contrato se hubiera cumplido perfectamente. **En este sentido el concesionario deberá indemnizar al Consorcio de las pérdidas o mayores gastos para la Administración durante el período previsto de la concesión en que se incurra como consecuencia de esa resolución (y que podrán analizarse y determinarse en función del plan económico y de ingresos ofertado por el concesionario). Igualmente, dado el retraso en el cumplimiento de las inversiones debe indemnizar la amortización de la misma que se debió producir y no se produjo como consecuencia del retraso y consecuente incumplimiento. En definitiva, Canal debe indemnizar al Consorcio con una indemnización que la coloque en la misma situación que tendría si la concesionaria hubiera cumplido el contrato.**

Así lo señala el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) en la Sentencia núm. 545/2022 de 9 mayo, RJ 2022\2399, que tiene por objetivo contestar a la cuestión de interés casacional consistente Determinar cuál es alcance que ha de atribuirse a la expresión legal "daños y perjuicios", en el sentido de si, resuelto el contrato por causa imputable al concesionario, su responsabilidad se mantiene vigente por el tiempo que restare de vigencia de la concesión, si la Administración decidiera continuar con la explotación de la infraestructura; si resultan indemnizables las pérdidas meramente posibles o probables derivadas de la futura explotación de la infraestructura por la Administración, o por un tercero, distinto del contratista al que se le imputa la resolución del contrato, y si puede tener la condición legal de "daño y perjuicio" la depreciación por el uso que la Administración hace de las instalaciones y bienes que le revierten a causa de la resolución, sin infringir con ello la obligación legal de abonar al contratista el importe de esas mismas inversiones por la parte no amortizada. Según la Sentencia:

Así, en lo que se refiere a la indemnización por daños y perjuicios que estamos examinando el acuerdo del Ayuntamiento expone, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) Evidentemente, no se trata de dejar de aplicar el artículo 266.1 TRLCAP en cuanto al abono al concesionario de las obras pendientes de

amortizar, pues la Directiva 23/2014 no puede dar lugar a una interpretación contra legem que desplace la normativa aplicable. Pero sí debe articularse con lo dispuesto en su apartado 4 para los supuestos de resolución por causa imputable al concesionario, de manera que la indemnización de daños y perjuicios que deba afrontar el concesionario sea efectiva y ajustada a las características de los contratos de concesión de obra pública.

Lo dispuesto en el apartado 3 del tan citado artículo 266 TRLCAP permite igualmente reafirmar esta tesis. En él se regulan los efectos de la resolución para los casos en que es imputable a la Administración, esto es, en caso de rescate de la concesión, de supresión de la explotación por razones de interés público y de imposibilidad de explotación como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración. Pues bien, en esos casos, la Administración indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen. **Y para determinar la cuantía de la indemnización se tendrán en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, atendiendo a los resultados de explotación en el último quinquenio cuando resulte posible, siempre sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 266.1.**

¿Acaso no estamos en un supuesto simétrico, esto es, en el mismo caso?. Si la Administración debe indemnizar al concesionario los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir cuando la concesión se resuelve por una declaración unilateral del órgano contratante por la que da por terminada la concesión, que es como se define legalmente el rescate en el artículo 264.g), qué debe ocurrir en el caso de que la resolución se produzca ya no por decisión unilateral de la Administración sino por renuncia unilateral del concesionario? Lógicamente de modo paralelo y análogo, deberá indemnizar el concesionario que renuncia las pérdidas o mayores gastos (y aquí encaja lo dispuesto en el artículo 113 RGLCAP (RCL 2001, 2594) con toda coherencia) para la Administración durante el período previsto de la concesión, en que se incurra como consecuencia de esa resolución.

Siendo que el Ayuntamiento debe mantener abierto y en condiciones de uso el aparcamiento, al tratarse de una infraestructura de uso público que funcionalmente aparece adscrita al edificio del Ayuntamiento, dando por tanto servicio a los usuarios de toda índole de las dependencias municipales y público en general, tal y como acordó el Pleno de 25 de junio de 2014, al determinar la gestión directa del aparcamiento por el propio Ayuntamiento.

Desde estas premisas, se ha procedido a recopilar los datos resultantes de la explotación existente desde que se recepciona el aparcamiento, entendiéndose que cumplen con el requisito de estar "suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales", puesto que se trata de datos reales de la explotación del aparcamiento asumida por el Ayuntamiento. No son por tanto meras hipótesis ni datos infundados.

Por lo tanto, respecto de los mayores gastos en que incurre la Administración por razón de la explotación de la que se hace cargo, puede afirmarse que son

perjuicios que se producen al Ayuntamiento por efecto de la resolución y, por tanto, reclamables al concesionario. Y si al Ayuntamiento no los exigiera, no se cumpliría con la finalidad resarcitoria de los daños al interés público que prevé la ley para los supuestos de resolución imputable al concesionario.

En definitiva, debe tenerse en cuenta que la finalidad pretendida por el artículo 266.1 TRLCAP no es más que evitar el enriquecimiento injusto de la Administración si como consecuencia de la resolución anticipada recibe un activo pendiente de amortizar. Ahora bien, si junto al activo se recibe un pasivo, pues la explotación del apaleamiento no es susceptible de generar ingresos para su amortización, y no solo, puesto que tampoco permite cubrir los gastos de explotación y hace incurrir en pérdidas o mayores gastos al Ayuntamiento, carece de sentido, conforme a la interpretación tanto de la normativa nacional como de la comunitaria en la que se inspira, abonar al concesionario una cantidad que le garantice la compensación de su inversión sin reclamarle los perjuicios ocasionados [...] > >.

(...)

Por su parte, la sentencia del Juzgado nº 3 de Alicante de 5 de septiembre de 2017 abunda en consideraciones sobre la procedencia de la reparación o indemnización de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento y valora los elementos de prueba disponibles para su cuantificación. Así, el F.J 9º de la sentencia del Juzgado expone lo siguiente:

<< (...) NOVENO.- Procede ahora entrar a valorar la existencia de daños y perjuicios causados al Ayuntamiento y la conformidad o no a Derecho de los criterios utilizados por el Ayuntamiento de San Vicente del Raspeig para la cuantificación de los mismos.

La parte actora sigue una línea argumental en la que niega pura y simplemente la existencia de daños al Ayuntamiento. Sin embargo, tales daños existen, y han sido ocasionados por la renuncia unilateral del recurrente a continuar la explotación del aparcamiento porque el negocio no le era rentable.

*No existe en el Derecho positivo español un precepto que defina el concepto de "daño". No obstante, contamos con la regulación específica de las partidas que integran el contenido resarcitorio del daño, a cuyo fin responde el artículo 1.106 del Código Civil (LEG 1889, 27) estatal de 1889 (Real Decreto de 24 de julio de 1889) cuando señala que: **"la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor"**. En consecuencia, el daño comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, distinguiéndose estos 2 conceptos en que el daño emergente es consecuencia directa y actual (valor de la pérdida) del acontecimiento que produce la lesión patrimonial, en tanto que el lucro cesante se genera con posterioridad a daño emergente, siendo consecencial y futuro (la ganancia que haya dejado de obtener).*

*Ambos aspectos fueron valorados por el Ayuntamiento en los Informes económicos y jurídicos que sirven de motivación al acto administrativo impugnado, teniendo en cuenta que la renuncia unilateral del contratista obligó al Ayuntamiento a tener que asumir los riesgos de explotación que por contrato correspondían al concesionario renunciante; y que igualmente el Ayuntamiento vio frustrada su expectativa, también pactada en el contrato, de encontrarse al término de la concesión con un aparcamiento operativo por cuya construcción no tendría que pagar nada, ya que el pago se compensaba con la presión del derecho explotar la obra durante un número considerable de años. **Sin embargo, el Ayuntamiento tuvo que pagar la obra no amortizada y asumir los riesgos de explotación.** Los informes municipales acreditan tanto la realidad como la efectividad del daño causado por la extinción anticipada de la concesión (...)*

Es certera la existencia de esos daños desde un punto de vista económico. Como detalla el informe de la Intervención Municipal de 5 junio 2015, folios 136 a 139 del expediente administrativo:

"... Es el cálculo que debería realizar cualquier nuevo posible concesionario/gestor del servicio para conocer la rentabilidad de su inversión en la explotación de dicho negocio y la vía de su recuperación a través de precios y/o subvenciones en su caso".

"Dado que se trata de un servicio público/negocio que con los datos actuales no es rentable (...) la única posibilidad de que una empresa "de mercado" pueda arriesgarse a gestionarlo es alcanzando una rentabilidad estimada razonable y si a través únicamente de precios no es posible la misma, se precisaría de una aportación presupuestaria por parte de la Administración que gestiona el servicio de forma indirecta por la cuantía estimada para alcanzar dicha rentabilidad.

En fin, a modo de recapitulación y para no incurrir en reiteraciones innecesarias, la procedencia de la indemnización de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento parte de la premisa de que nos encontramos en un caso de resolución del contrato por causa imputable al concesionario; encontrando tal indemnización respaldo normativo directo en el artículo 266.4 Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto- legislativo 2/2000 de 16 de junio [(...)] "4. Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar al órgano de contratación de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan el importe de la garantía incautada"]. Y en cuanto a las concretas partidas indemnizables y su cuantificación, debe estarse a los datos y pruebas que ya fueron tomados en consideración por el Ayuntamiento, cuya valoración por el Juzgado, ratificada luego en la sentencia que resolvió el recurso de apelación, no puede ser revisada ahora en casación".

3. Continuidad del servicio.

Como vimos el primero de los efectos de la resolución es desvincular a las partes de la relación obligatoria en la que se encontraban inmersas. No obstante, cabe que la

Administración imponga al contratista la continuación de servicio hasta tanto no lo preste un nuevo adjudicatario.

En efecto, el ámbito de la normativa estatal el artículo 128.1.1a del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955 (en adelante, RSCL), establece entre las obligaciones de las empresas que gestionen indirectamente servicios de competencia de las corporaciones locales mediante concesión la de “prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionaren una subversión en la economía de la concesión, y sin más interrupciones que las que se habrían producido en el supuesto de gestión directa municipal o provincial”. Varias juntas consultivas han considerado que de esta previsión se desprende la posibilidad de imponer a las empresas concesionarias la continuidad de la prestación del servicio antes de que esta obligación se previera expresamente en la LCSP

Por una parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares ha considerado en el Informe 1/2016, de 19 de abril, recordando que “la posibilidad de ordenar la continuidad de un servicio público estaba prevista en el artículo 59 del Reglamento de contratación de las corporaciones locales, aprobado por el Decreto de 9 de enero de 1953 –ya derogado–, que preveía que los contratos referentes a servicios o suministros que tengan por objeto necesidades permanentes, en determinadas circunstancias, se podían prorrogar obligatoriamente por el contratista, durante un máximo de seis meses, hasta que un nuevo contratista se hiciera cargo del servicio o la corporación interesada empezara a prestar de manera directa”, que “una cosa similar prevé el apartado 1.1 del artículo 128 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, (...) que viene a decir que cuando finalice la concesión puede imponerse al concesionario que continúe prestando el servicio por el tiempo necesario hasta que se resuelva la situación”.

Por otra parte, la JCCPE afirma en el Informe 31/2017, de 9 de mayo, ya mencionado, que la posibilidad de ordenar al concesionario la continuación de la prestación con posterioridad a la finalización del contrato “resulta asimismo de lo establecido en el artículo 128.1.1ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (...). Tal posibilidad deriva directamente de las necesidades de interés público que el servicio supone y de los posibles perjuicios que su desaparición podría ocasionar”. Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias afirma en el Informe 4/2016, de 7 de junio que la entidad contratante “podría adoptar un acuerdo de continuidad del servicio por el plazo que considerase oportuno hasta la adjudicación del servicio o hasta la formalización de un nuevo contrato” y que “este acuerdo excede de la contratación pública y se otorga con base en la legislación de régimen local (...)” –si bien no se refiere al mencionado artículo 128 del RSCL.

En definitiva, si bien las leyes de contratos anteriores a la LCSP no preveían específicamente la posibilidad de adoptar una orden de continuidad, con anterioridad a su entrada en vigor también era posible que los órganos de contratación justificaran la continuidad en la prestación de un servicio público más allá de la fecha de finalización del contrato y por el periodo de tiempo necesario hasta la formalización del nuevo contrato. Por tanto, se puede ya responder a la pregunta relativa a la posibilidad de acordar la continuación de la prestación del servicio de un contrato de concesión sometido a la normativa anterior a la LCSP en sentido afirmativo.

NOVENA.- SOBRE LA POSIBLE INTERVENCIÓN DEL SERVICIO COMO MEDIDA CAUTELAR DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN.

II.- Sobre la posible intervención del contrato.

Como primera idea debemos manifestar que la intervención del contrato de concesión se puede adoptar en supuestos de incumplimiento y perturbación grave del servicio como medida alternativa y sustitutiva de la resolución contractual, tal y como se refleja en el artículo 285 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público³ -norma vigente y aplicable al contrato de concesión del servicio de abastecimiento de Lanzarote- y que señala que:

“Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquélla desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado”.

Del mismo modo, nada impide que la intervención del servicio se adopte como medida cautelar durante la tramitación del procedimiento de resolución contractual para garantizar la normalidad en la prestación del servicio en los términos previstos en el contrato ante incumplimientos del concesionario y que abocaban a la resolución del contrato con la necesidad de evitarlas en el futuro hasta la efectiva resolución del contrato.

En concreto, el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (anterior artículo 72 de la Ley 30/1992⁴), que regula las medidas provisionales en los procedimientos administrativos, indica que:

“1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes

³ En igual sentido se expresa el artículo 186 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por remisión al artículo 166 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y que era idéntico al artículo 285 del TRLCSP 2011. El artículo 186 del Reglamento indica que: “Cuando se acuerde la intervención del servicio, de conformidad con el artículo 166 de la Ley, corresponderá al órgano de contratación que hubiese adjudicado el contrato el nombramiento del funcionario o funcionarios que hayan de desempeñar las funciones interventoras y a cuyas decisiones deberá someterse el contratista durante el período de intervención”.

⁴ Dicho artículo 72.1 señalaba que: “1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello”.

para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

2. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar de forma motivada las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

3. De acuerdo con lo previsto en los dos apartados anteriores, podrán acordarse las siguientes medidas provisionales, en los términos previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:

a) Suspensión temporal de actividades.

b) Prestación de fianzas.

*c) **Retirada o intervención de bienes productivos** o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por estas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable.*

d) Embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos.

e) El depósito, retención o inmovilización de cosa mueble.

f) La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda.

g) Consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen.

h) La retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones Públicas.

*i) **Aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución.***

4. No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

5. Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

En todo caso, se extinguirán cuando surta efectos la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente”.

Precisamente, el PCAP que rige el contrato, de concesión de los servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y reutilización de las Islas de Lanzarote y la Graciosa estable ambas alternativas, esto es, como medida sustitutiva a la resolución y como medida provisional o cautelar a adoptar durante la tramitación del procedimiento de resolución.

En efecto, la cláusula 32 del PCAP indica los supuestos en los que la intervención se puede adoptar:

La intervención del servicio será procedente en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el servicio sea perturbado gravemente por causas fortuitas o de fuerza mayor que el Concesionario no pueda superar con sus propios medios.
- b) En caso de incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del Concesionario que ocasionen una perturbación grave del servicio o que causen lesiones a los intereses de los usuarios o del Consorcio.
- c) La desobediencia por parte del Concesionario de las disposiciones de la Corporación relativas a la conservación de instalaciones que ponga en peligro la prestación del servicio o la seguridad de los usuarios.
- d) La resistencia del Concesionario a efectuar las reformas preceptivas ordenadas por la Corporación, siempre que previamente se haya establecido la forma en que dicha ejecución no afecte al equilibrio económico de la concesión.
- e) Las infracciones del Concesionario que causen lesiones a la seguridad, la salubridad o los intereses legítimos de los usuarios del servicio.
- f) Como medida cautelar y de forma facultativa cuando se inicie un procedimiento de resolución contractual.

En el mismo sentido se expresa la cláusula 31 del PCAP cuando indica que:

“El incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones en relación con los servicios contratados que origine una perturbación grave de los mismos y no reparable por otros medios, facultara al Consorcio, si no decidiese la resolución del contrato, o bien si decidiese la resolución, como medida cautelar, para acordar la intervención de la concesión hasta que aquella desaparezca, de conformidad con lo dispuesto en el art. 285 del

TRLCSP. En todo caso el contratista deberá abonar al Consorcio los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado.

Si el concesionario incurriese en infracción muy grave que pusiera en peligro la buena prestación del servicio público objeto de la concesión incluida la desobediencia a ordenes de modificación, el Consorcio podrá declarar la intervención de la concesión con el fin de asegurarla provisionalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, asimismo el órgano de contratación podrá asumir temporalmente la ejecución directa del servicio en los casos en que el concesionario no lo prestara o no lo pudiera prestar por circunstancias imputables al mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127.1 tercera del Reglamento de Servicios antes citados.

El acuerdo del Consorcio deberá ser notificado al concesionario y si este, dentro del plazo que le hubiera fijado, no corrigiera la deficiencia se ejecutará la resolución del contrato.

En virtud de la intervención de la concesión, el órgano de contratación se encargara directamente de la explotación del servicio utilizando para ello el mismo personal y material de concesionario que pueda alterar las condiciones de su prestación. Con este fin el órgano de contratación designará a uno o varios interventores que sustituirán plena o parcialmente al personal directivo de la empresa concesionaria.

La explotación del servicio se efectuara por cuenta y riesgo del concesionario a quien se entregara al finalizar la intervención, el saldo activo que resultara después de satisfechos todos los gastos, incluso los honorarios de los interventores y, deducir, en su caso, la cuantía de las penalidades impuestas.

La intervención de la concesión tendrá carácter temporal con la duración que determine el órgano de contratación sin que pueda exceder de dos años ni de la tercera parte del plazo que restare para el término de la concesión.

El órgano de contratación podrá acordar de oficio o a petición del concesionario el cese de la intervención cuando resulte acreditada la desaparición de las causas que lo motivaron y el concesionario justificase estar en condiciones de proseguir la normal explotación del servicio público, salvo que se trate de una intervención como medida cautelar mientras se tramita el procedimiento de resolución contractual.

Transcurrido el plazo fijado para la intervención sin que el concesionario haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones el órgano de contratación resolverá el contrato de la concesión, manteniendo la intervención hasta que asuma la gestión del servicio un nuevo concesionario”.

La posibilidad de que se adopte la intervención como medida provisional o cautelar en supuestos de inicio de un procedimiento de resolución ha sido validada por la Jurisprudencia. Así se desprende, entre muchas otras, por la Sentencia 63/2016 de 4 febrero de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Santa Cruz de Tenerife,

Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Rec. 65/2015, JUR\2016\93582, cuando señala que:

“FUNDAMENTOS JURIDICOS

1 La resolución recurrida, de 18 de marzo de 2013, acuerda medidas cautelares al incoarse el procedimiento de resolución de contrato por incumplimiento grave de obligaciones en la gestión privada del servicio público de atención a personas dependientes con discapacidad y necesidad de tercera persona (dependencia severa y gran dependencia) en determinados centros de residencia sociosanitaria de la titularidad del Cabildo Insular de La Palma entre los cuales se halla el Centro de Atención a la Discapacidad de Triana.

Las medidas cautelares adoptadas en virtud del artículo 72 de la Ley de Procedimiento Común han consistido en a) la intervención del contrato durante la tramitación del expediente administrativo de conformidad con el artículo 186 del Reglamento de Contratos de 2001 y b) el cese de la Dirección y del Psicólogo del centro cuyas funciones serán desempeñadas por el personal designado por el Cabildo.

(...)

No puede prosperar porque la resolución recurrida se basa en el artículo 72 de la Ley de Procedimiento Común en relación con los artículos 166 de la Ley de Contratos de 2000 en relación con el 186 de su Reglamento por los que "si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiera la resolución del contrato, podrá acordarse la intervención del mismo hasta que aquella desaparezca". La intervención del contrato habilita a la Administración para nombrar al personal que haya de desempeñar las funciones interventoras y a cuyas decisiones deberá someterse el contratista durante el periodo de intervención.

Conforme a estos preceptos legales la Administración puede elegir entre la intervención del contrato o su resolución pero nada impide en esta segunda opción que durante la tramitación del procedimiento resolutorio se adopte como medida cautelar la intervención del contrato para garantizar la normalidad en la prestación del servicio en los términos previstos en el contrato ante deficiencias del concesionario que no eran susceptibles de corrección al haberse producido en el pasado y que abocaban a la resolución del contrato con la necesidad de evitarlas en el futuro hasta la efectiva resolución del contrato. Así que no se trataba de una intervención transitoria y provisional del servicio durante el tiempo en que excepcionalmente no pueda ser prestado con las debidas garantías por el concesionario por causas que le son imputables.

La Administración se ha limitado a una intervención parcial del contrato haciendo uso de la potestad de dirección, supervisión y control del servicio estando facultada según las cláusulas 19 y 29 del contrato a controlar con su propio personal técnico la gestión del servicio practicando visitas de

inspección y dando órdenes e instrucciones.(...) . De manera que la intervención del contrato se redujo al mínimo imprescindible en cuanto al tiempo y a la intensidad de la intervención de conformidad con los fines previstos en dichos preceptos legales y en el contrato pactado que habilitan la potestad administrativa de intervenir el contrato de manera proporcionada durante la trámite del expediente resolutorio habiéndose mantenido al concesionario en la gestión del servicio salvo en los aspectos intervenidos compatibilizándose la eficacia de la resolución del expediente principal con los derechos del concesionario al que no se causaba perjuicio de difícil o imposible reparación”.

A la vista de lo expuesto consideramos posible la intervención del servicio, como medida cautelar o provisional, tanto al inicio del procedimiento como en cualquier momento posterior al mismo y durante la tramitación del procedimiento de resolución en aras del servicio y con el fin de paliar o evitar la grave perturbación que se está produciendo.

Consideramos que a habrá que valorar la posible medida e intensidad de la intervención (que puede ser más intensa, como por ejemplo, la sustitución de la dirección en la toma de decisiones de la prestación del servicio, o menos intensa como la supervisión o visto bueno por un interventor de las medidas económicas y técnicas que se tomen por la actual dirección de la concesionaria) a la vista de la evolución de la prestación del servicio durante la tramitación de la misma.

En virtud de lo expuesto podemos alcanzar las siguientes

CONCLUSIONES.

Primera.-Una de las razones por las cuales el Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote sacó a licitación el contrato de concesión de los servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y reutilización de las Islas de Lanzarote y la Graciosa, era con la finalidad de llevar a cabo acciones tendentes a reducir el volumen de agua producida y no facturada, de modo tal que las pérdidas no superasen el 30%. En la actualidad las pérdidas superan el 55%.

Segunda.- Se ha producido el incumplimiento de la obligación esencial recogida en la cláusula 29 del PCAP que establece: “*El cumplimiento de las inversiones comprometidas a realizar por el adjudicatario. La falta de realización de dichas inversiones, la falta de realización en las cuantías ofertadas o el retraso en su realización, conforme a lo dispuesto en los presentes pliegos y en la oferta del adjudicatario, será incumplimiento de esta obligación esencial*”.

En concreto se ha producido una falta de ejecución de inversiones previstas en la oferta de la adjudicataria de la concesión y que tenían como objetivo minorar las pérdidas en la red y el agua no facturada (inversiones en redes y contadores), se ha producido la modificación o alteración unilateral de las inversiones ofertadas, se han llevado a cabo e inversiones no contempladas y se ha producido el incumplimiento del plazo de 5 años en

la ejecución de las inversiones acordadas, incumplimientos de una obligación esencial que habilita a la resolución por incumplimiento del contrato.

Sin duda alguna estos incumplimientos han ayudado a que no se haya alcanzado el objetivo de reducir las las pérdidas en la red y el agua no facturada y con ello minorarlas del 50% al 30%.

Tercera.- Se ha producido el incumplimiento de la obligación esencial del apartado b) de la cláusula 29 del contrato que exige el cumplimiento del Plan de Explotación de los Servicios y del Plan de Organización y Gestión del Servicio ofertado por el adjudicatario del contrato.

Así se han incumplido, al menos, los siguientes puntos del Plan de explotación: El punto a.2.2. del Plan de explotación relativo Gestión del mantenimiento; El punto a.2.3. del Plan de explotación relativo Control y seguimiento de la red de transporte; El punto c. del Plan de explotación relativo Plan de mejora del balance hidráulico del sistema de agua potable y en concreto; El punto c.3.4 del Plan de explotación relativo a la Fragmentación mediante sectorización de los sistemas de suministro de agua potable y reutilización; El punto c.3.6. del Plan de explotación relativo a Plan de control permanente de fugas; El punto c.3.7. del Plan de explotación relativo al Plan de Reducción de consumos no controlados; El punto i. del Plan de explotación relativo Plan de innovación y herramientas de gestión

La finalidad del plan de explotación era llevar a cabo acciones tendentes a reducir el volumen de agua no registrada que se corresponde con la suma de las pérdidas reales.

Es por este motivo que el PPT en su cláusula 16, apartado 7, relativo a las fugas, señalaba que el agua producida y no facturada no podría superar el 30%.

Los incumplimientos del Plan de Explotación han tenido como consecuencia inmediata que no se haya alcanzado el objetivo de reducir las pérdidas en la red y el agua no facturada y con ello minorarlas del 50% al 30%.

Cuarta.- Se ha incumplido el apartado a) de la cláusula 29 del PCAP que regula la obligación esencial consistente en: *a) El pago de los cánones en los plazos establecidos en los presentes pliegos. La falta de pago de dichos cánones, el pago parcial o el retraso en el pago dará lugar al incumplimiento de esta obligación esencial.*

En concreto se ha incumplido el pago del CANON C que viene determinado como un porcentaje del 6% de las ayudas de estado obtenidas, esto es, de ingresos obtenidos en concepto de subvenciones de capital y a la explotación o de bonificaciones y exenciones propias de la Comunidad Autónoma de Canarias o cualquier otra Administración, donaciones, contratos de ininterrumpibilidad y cualquier otro ingreso de naturaleza similar se abonará en la primera quincena del mes siguiente al trimestre objeto de pago a cuenta.

Un análisis de las Cuentas Anuales de la entidad CANAL ISABEL II SA en el Registro Mercantil desde el año 2013 al año 2022 pone de manifiesto como se han aplicado DEDUCCIONES FISCALES en Canarias por la actividad realizada en la concesión sin haber abonado el 6% del CANON que asciende aproximadamente a 833.000 euros de principal.

Del mismo modo la concesionaria ha incumplido la obligación de suministrar la información requerida para la liquidación del referido CANON C, al no entregar la información solicitada y que permite determinar con precisión exacta la cantidad de CANON C que no ha sido satisfecha y que se ha ocultado al Consorcio.

Quinta.- La falta de ejecución de inversiones previstas en la oferta de la adjudicataria de la concesión, el incumplimiento del plazo en la ejecución de las inversiones acordadas y el incumplimiento del Plan de explotación de servicio ha tenido como consecuencia el incumplimiento la cláusula 16 apartado 7 del PPT que imponía que el agua producida y no facturada no podría superar el 30%.

Dado que las pérdidas superan el 50% del agua producida, se está generando una perturbación grave del servicio. Las pérdidas en las redes están dando lugar a la imposibilidad de suministrar y abastecer a los distintos municipios de manera regular siendo los cortes de suministro continuos y diarios.

La regularidad en la prestación del servicio es la obligación principal del contrato y su incumplimiento está tipificado como infracción muy grave al provocar perturbaciones reiteradas en el servicio y la prestación de manera regular y continuada lo que habilita, de conformidad con lo establecido en las letras g) y h) de la cláusula 47 del PCAP a la resolución del contrato

Sexta.- Se ha producido un incumplimiento de la obligación de no subcontratar prestaciones principales del contrato, en concreto la explotación y mantenimiento del saneamiento, lo que da lugar a la comisión de una infracción muy grave que habilita a la resolución del contrato.

Séptima.- Como consecuencia de la resolución contractual, la Administración se encuentra obligada a liquidar el contrato y, en concreto, se encuentra obligada a satisfacer el equivalente pecuniario o restituir el importe de las inversiones pactadas realizadas, detrayendo la amortización.

La restitución incluye únicamente el precio de las obras e instalaciones pactadas y no, por el contrario, de los cánones. En nuestro caso, por tanto, no cabe la restitución del canon inicial ni de los variables. Del mismo modo a la hora de cuantificar el importe de las inversiones y ejecución de obras e instalaciones es necesario detraer el beneficio industrial en el caso de la obra haya sido contratada por el CANAL a un tercero.

Octava.- Si la resolución del contrato no causa daños a la Administración o los que causa son de una cuantía inferior al importe de la garantía, el contratista no tendrá derecho a la devolución de la garantía, la cual se incauta siempre que la resolución del contrato lo sea por su culpa. Puede así afirmarse que, si no hay daños o los que hay son inferiores al importe de la garantía, ésta se comporta como una cláusula penal sustitutiva o compensatoria de los daños y perjuicios. Pero si hay daños y su cuantía excede el importe de la garantía definitiva, ésta no es más que un anticipo de la indemnización de modo que cumple una función liquidatoria parcial de los daños causados por el contratista a la Administración.

Novena.- El concesionario debe indemnizar el interés contractual positivo que es la regla general en la determinación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual y que permite colocar al acreedor en la posición en que se

encontraría si el contrato se hubiera cumplido perfectamente. El importe de la indemnización será idealmente aquél que restaure a la parte contractual perjudicada en la situación de utilidad o bienestar en la que se hallaría si el contrato se hubiera cumplido perfectamente.

Décima.- Cabe que la Administración imponga al contratista la continuación de servicio hasta tanto no lo preste un nuevo adjudicatario.

Undécima.- A la vista de lo expuesto consideramos posible la intervención del servicio, como medida cautelar o provisional, tanto al inicio del procedimiento como en cualquier momento posterior al mismo y durante la tramitación del procedimiento de resolución en aras del servicio y con el fin de paliar o evitar la grave perturbación que se está produciendo.

Este es mi informe que doy y firmo en Madrid en fecha 7 de abril de 2025