



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 0 / 2 0 2 1

(Pleno)

San Cristóbal de La Laguna, a 25 de enero de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de resolución del procedimiento de interpretación del contrato suscrito con (...) para la prestación del servicio público de gestión del ciclo integral del agua en el municipio de Santa Cruz de Tenerife (EXP. 508/2020 CA)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por oficio de 18 de noviembre de 2020 del Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife (con entrada en el Consejo Consultivo el 20 de noviembre de 2020), es la Propuesta de Resolución por la que se interpreta (PR) el contrato suscrito con (...) para la gestión del servicio público del ciclo integral del agua en el municipio de Santa Cruz de Tenerife.

2. Dado que el contratista se opone a la interpretación que sostiene el órgano de contratación, la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Sr. Alcalde de Santa Cruz de Tenerife para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 190.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE. En relación con la intervención de este Consejo en el ámbito de la interpretación contractual, resulta de aplicación esta legislación, y no la vigente al suscribirse el contrato, ya que es la aplicable a las cuestiones

\* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

\* Votos Particulares: Sr. Belda Quintana; Sr. Suay Rincón; y Sra. de León Marrero.

procedimentales del expediente sometido a nuestra consulta, que fue iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017. No obstante, el parámetro de legalidad para el análisis de la cuestión de fondo sobre la que versa la controversia interpretativa será el 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 (TRLCAP) y 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 (RGLCAP). Esa última normativa de contratos resulta aplicable por mandato del apartado segundo de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, que dispone que los contratos administrativos adjudicados antes de su entrada en vigor se regirán por la normativa anterior, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción.

Esta regla acerca del régimen jurídico aplicable a la interpretación de los contratos es también la que postula el Consejo de Estado. Así, en su Dictamen n.º 238/2019, de 11 abril dejó dicho:

*«El ejercicio de la potestad de interpretación de los contratos debe sujetarse al correspondiente procedimiento. En el caso presente, resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por razón de la fecha de su iniciación, el 15 de noviembre de 2018; esto es, cuando esa norma estaba ya en vigor. El procedimiento de interpretación ni es propiamente un expediente de contratación ni forma parte del de extinción de los contratos y, en consecuencia, no le resulta de aplicación lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Es criterio general de nuestro ordenamiento que, en el caso de cambios legislativos atinentes a cuestiones de procedimientos, los nuevos resulten de aplicación a todos los que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor de las nuevas leyes, con independencia de que las cuestiones sustantivas o de fondo se sustancien con arreglo al derecho anterior. Esta regla general es extraíble también de la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre».*

3. Los arts. 190, 191 y 261 LCSP incluyen entre las prerrogativas de la Administración, además de modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta, la de interpretar los contratos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, a cuyos efectos habrá de instruirse un procedimiento en el que se dará audiencia al contratista y se recabará informe del servicio competente, se solicitará informe de la Asesoría Jurídica y de la Intervención y se formulará una propuesta de resolución motivada (art. 97 RGLCAP) y en caso de oposición del contratista, se habrá de solicitar el dictamen de este Consejo. Los acuerdos ponen fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.

## II

### 1. Los hechos más relevantes son los siguientes:

1.1. La Junta de Gobierno de la Ciudad de Santa Cruz de Tenerife, en sesión de fecha 29 de diciembre de 2005, acordó adjudicar el concurso para la selección de persona física o jurídica que se convirtiera en socio mayoritario, por la adquisición de acciones de la (...), la cual pasó a transformarse en empresa de economía mixta, al grupo (...) de acuerdo con las condiciones establecidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas y a la oferta económica y técnica presentada por la empresa.

En virtud de las referidas condiciones, (...) abonó al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, a la firma del contrato de adjudicación del citado concurso, firmado el 1 de marzo de 2006, la cantidad de 60.274.145,44 €. A su vez, (...) adquirió 212 acciones de (...), y en su condición de socio mayoritario pudo participar en la explotación del servicio público del ciclo integral del agua en el municipio de Santa Cruz de Tenerife.

Según se establece en la estipulación segunda de dicho contrato, esa cantidad constituye el precio del contrato, *«que se desglosa en los siguientes conceptos:*

*a) La cantidad de UN MILLÓN DOSCIENTAS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (1.274.145,44 €), que corresponde a la adquisición de las 212 acciones de (...) por su valor nominal.*

*b) La cantidad de CINCUENTA Y NUEVE MILLONES DE EUROS (59.000.000,00 €), que corresponden al Canon que se abona por la utilización de los bienes de dominio público afectos a la gestión de los servicios que se contratan».*

1.2. Desde el año 2011 por (...) se han presentado ante el Ayuntamiento diferentes solicitudes de compensación económica por distintos conceptos derivados de la gestión del servicio público adjudicado en el contrato, referidos fundamentalmente al reequilibrio económico de la concesión.

Dichas peticiones han dado lugar a la incoación de diversos expedientes administrativos y a la emisión de distintos informes y resoluciones, así como a la remisión de ingente información y documentación por parte (...) para la acreditación de sus alegaciones.

El procedimiento incoado para resolver tales pretensiones se encuentra en el trámite final, pendiente de su resolución.

1.3. En el marco de dicho procedimiento y para el análisis de las distintas solicitudes de compensación formuladas por (...), por el Ayuntamiento se contrató la colaboración de la entidad auditora (...), cuyo informe emitido al respecto con fecha febrero 2019, consta en el expediente.

1.4. Con ocasión del estudio de las diferentes peticiones de reequilibrio económico de la concesión, la entidad auditora (...) introdujo en su informe (apartado 2c. conclusión general derivada del análisis económico financiero) las conclusiones que se reproducen literalmente a continuación:

*«• Y aun no siendo parte del contenido de dichas solicitudes, la evolución del balance y patrimonio neto de la sociedad es consecuente a la evolución de los resultados de explotación antes citados. Por tanto, tampoco encontramos evidencia ninguna que nos permita confirmar la existencia de desequilibrio. No obstante, sí observamos que la mayor variación de las partidas de balance viene derivada de la contabilización del pasivo con sociedades del Grupo.*

*• En relación a lo señalado en el punto anterior, no hemos obtenido evidencia completa que nos permita confirmar la naturaleza y el efecto del pasivo con sociedades del Grupo que tiene reconocida la Sociedad; esto es, que el pago del contrato y los conceptos que lo conforman lo hayan sido por cuenta de (...), o que (...) haya asumido formalmente deuda de forma previa al acuerdo que adopta el Consejo en base al informe de auditoría. La evidencia que establezca que el pago del contrato y los conceptos que lo conforman lo hayan sido por cuenta de (...), o que (...) haya asumido formalmente deuda es un aspecto necesario para confirmar la naturaleza y el efecto del pasivo con sociedades del Grupo que tiene reconocida la Sociedad, y diferenciarla así de otras situaciones como la descrita por el GAG en la respuesta a la Consulta 6 del BOICAC 77, en la que se establece el tratamiento contable de la cesión de bienes de dominio público que suponga exclusivamente el derecho de uso sobre tales bienes, sin exigencia de contraprestación».*

Se refiere el INFORME (...), en este punto, a la relevancia que en la estructura financiera de (...) tiene un crédito reconocido por ésta a favor de (...), deuda que repercute lógicamente de forma negativa en la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa (...), así como en su resultado y tesorería.

1.5. Dicho reconocimiento de crédito trae causa del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de (...), celebrado el día 27 de junio de 2007, en el que se analizó el Informe de Auditoría sobre las Cuentas Anuales de la sociedad correspondientes al Ejercicio 2006 (punto Primero del Orden del Día).

En este informe de Auditoría se advierte a la sociedad que *«los derechos sobre activos cedidos en uso del capítulo del “inmovilizado inmaterial” y las deudas con empresas del grupo incluidas en el balance de situación, están en defecto por importe de 59.000.000,00 de euros»*.

Ello obedece, según los auditores, a que, *«De conformidad con la norma de valoración 5ª sobre el inmovilizado material incluida en la adaptación sectorial del Plan General de Contabilidad a las empresas del sector del abastecimiento y saneamiento de aguas, el derecho de uso de los bienes adscritos debe registrarse en el activo del balance de situación por la contraprestación efectuada por la empresa o por su valor venal, en el caso de que no se exigiera contraprestación alguna. Asimismo, el derecho de uso deberá amortizarse atendiendo a su depreciación durante el plazo de adscripción establecido en 25 años»*.

El Informe de Auditoría se refiere al pago de 59.000.000,00 de euros realizado por (...) al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en virtud del ya citado contrato de adjudicación de 1 de marzo de 2006, correspondiente al *«Canon que se abona por la utilización de los bienes de dominio público afectos a la gestión de los servicios que se contratan»*, y que forma parte del precio del contrato.

Con carácter previo a la adopción del Acuerdo de 2007, el Consejo de Administración dispuso de un dictamen jurídico emitido por (...), Catedrático de Derecho Administrativo, con fecha 22 de junio de 2007.

Como consecuencia de ello, como punto 3 del orden del día, y una vez analizado el informe de auditoría referido, el Consejo de Administración acuerda contabilizar el derecho de uso de los bienes de dominio público que ostenta (...) como inmovilizado inmaterial y, en contrapartida, *«contabilizar un crédito a favor de (...), que fue el que realizó el pago del mismo, por un importe de 59.000.000 de euros, cuya amortización se llevará a cabo anualmente, durante el período de duración del contrato, en veinticinco partes iguales»*. Y, a consecuencia de ello, se propone reformular las cuentas anuales del ejercicio 2006, lo que es acordado por unanimidad.

1.6. A lo largo del ejercicio 2018 se realizaron trabajos de supervisión del informe anual de prestación del servicio público correspondiente al ejercicio 2016, que debe presentar (...) en el primer semestre del año siguiente (2017), en virtud de la cláusula 9 del contrato suscrito para la prestación del servicio público.

Dicho trabajo de verificación contó también, para la revisión de la información económica financiera suministrada por (...), con la colaboración de la entidad auditora (...).

Como resultado de dicho trabajo de supervisión se emitió informe por el Área de Bienestar Comunitario y Servicios Públicos con fecha 6 de marzo de 2019 que, para lo que aquí importa, refería:

*«La sociedad presenta en el pasivo de su balance a 31 de diciembre de 2016 una deuda con empresas del grupo que asciende a 23,3 M€. Dicha deuda ha devengado unos gastos financieros en 2016 de 1,2 M€ y un pago en concepto de devolución de principal más intereses en el ejercicio de 8,3 M€.*

*Según queda acreditado en el trabajo de verificación realizado, no se ha encontrado soporte documental de la deuda como tal, entendida como un contrato o acuerdo de financiación entre prestamista, entidad que financia o concede un crédito y prestatario o entidad que asume la deuda.*

*Si bien en el proceso de verificación de la documentación remitida, por (...) se ha justificado la procedencia de dicha deuda bajo el concepto de devolución del canon abonado al Ayuntamiento por virtud del contrato suscrito con (...), así como en diversos documentos posteriores, una vez revisados los pliegos de cláusulas que rigieron la licitación, el contrato firmado con (...), la oferta que realizó en su momento dicha empresa para la adquisición de las acciones de (...) e incluso la documentación técnica que sirvió de base en la licitación no se ha encontrado evidencia alguna que establezca que el pago del precio del contrato y los conceptos que lo conforman lo hayan sido por cuenta de (...), o que (...) haya asumido deuda financiera alguna por el pago del contrato que realizó en su día el adjudicatario del mismo, más allá del reembolso nominal de las acciones.*

*En este sentido, se requiere informe de (...) por el que se justifique la procedencia de dicha deuda identificando el fundamento o razonamiento jurídico en el que la misma se sustenta».*

Cabe referir en este punto, que la existencia de la citada deuda con las empresas del Grupo (...) ha constado siempre perfectamente reflejada en la información económico-financiera remitida anteriormente y de forma puntual por (...) a la Corporación, desde la fecha de reformulación de las cuentas anuales (2007), sin que hasta la fecha conste ningún pronunciamiento desfavorable o disconforme por parte de la Corporación al respecto.

1.7. Con fecha 8 de abril de 2019, por (...) se contestó al requerimiento remitido adjuntando a su escrito el ya referido dictamen jurídico elaborado por el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna, (...), fechado el 22 de

junio de 2007, solicitado por (...) antes de adoptar el acuerdo en su Consejo de Administración, en el que se concluye que es conforme a derecho reconocer a favor de (...) un crédito por importe de 59 millones de euros, como canon abonado anticipadamente por el uso de los bienes municipales afectos al servicio público.

Éstas son las conclusiones del referido dictamen:

*«Primera: La cantidad abonada por (...) al Ayuntamiento de S/C con ocasión de la adjudicación del contrato para la selección de socio mayoritario para la empresa mixta (...) es un supuesto de canon demanial.*

*Segunda: El canon por uso de bienes de dominio público es uno de los conceptos que deben ser tenidos en cuenta para calcular la retribución del gestor y, en su caso, las tarifas a percibir por la prestación del servicio; ya sea como amortización, cuando se abona una vez, ya sea como gasto de explotación, cuando se paga año a año.*

*Tercera: El importe del canon demanial es una de las prestaciones obligatorias impuestas al adjudicatario por el contrato administrativo de gestión de servicio público para su aportación a la empresa mixta. No es un préstamo.*

*Cuarta: El abono del canon constituye un pago de deuda por tercero, del que deriva un derecho de crédito del pagador -el socio privado mayoritario- frente al deudor -(...)-. De otro modo, la cláusula que exonera a la empresa mixta sería inválida por la prohibición legal de condonación de deudas tributarias. La exoneración evita la duplicidad de pago.*

*Quinta: La contabilización en las cuentas de (...) del importe del canon demanial abonado por (...), así como la previsión de su amortización durante el periodo de vigencia de la empresa mixta, es conforme a Derecho».*

1.8. También en respuesta al requerimiento del Ayuntamiento (...) aporta dictamen jurídico sobre el canon que abonó al Ayuntamiento por la utilización de los bienes de dominio público afectos al contrato de gestión integral de los servicios de abastecimiento domiciliario de agua y saneamiento en Santa Cruz de Tenerife, firmado por (...) el 18 de diciembre de 2019.

El dictamen se pronuncia sobre los diferentes argumentos de la Administración en el Informe de la Dirección General de 12 de mayo de 2020:

*«I. Del PCAP para la selección de la persona física o jurídica que se convirtiese en socio mayoritario, por la adquisición de acciones de la empresa (...), y del Contrato formalizado entre el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y (...), entendemos que se distinguen una dualidad de contratos con dos objetos contractuales y sujetos diferentes; y ello sin perjuicio de que el referido Contrato fuese suscrito únicamente por (...):*

□ Por un lado, el contrato de compraventa de acciones cuyo contratista es (...)

□ Por otro, el contrato de gestión del servicio público en su modalidad de “concesión” del ciclo integral del agua cuyo concesionario es la empresa de economía mixta (...), transformada después de la venta de acciones a (...)

II. El canon abonado por (...), en cumplimiento del artículo 13 del PCAP, constituye un supuesto de “canon demanial” por el uso de la red municipal de saneamiento.

III. El “canon demanial” tiene naturaleza jurídica de tributo, y en concreto de tasa; atendiendo al concepto establecido en el propio PCAP (utilización del dominio público afecto al servicio) y, de conformidad con el artículo 24 del TRLHL, su importe vino determinado por la cantidad fijada por (...) en su oferta económica sobre la que resultó adjudicataria de la licitación pública que fue en su momento convocada.

IV. El sujeto pasivo del “canon demanial” y el verdadero obligado al pago es la sociedad de economía mixta (...) como titular de la concesión y del derecho de uso privativo de los bienes de dominio público, siendo dicha condición de sujeto pasivo indisponible por la Administración o por los particulares.

V. Sin perjuicio de lo anterior, el sujeto obligado frente al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife a desembolsar de forma anticipada el pago del denominado “canon demanial” es la empresa adjudicataria de la cualidad de socio privado, es decir (...); quien asumió por cuenta de la futura empresa mixta (...) dicha obligación de desembolso mediante el artículo 13 del PCAP.

VI. Así pues, el abono anticipado del “canon demanial” por parte de (...) ha de entenderse realizado como un pago por tercero del artículo 1158 del CC. Así debe interpretarse del conjunto del PCAP y se desprende del artículo 13 del PCAP, al exonerar a la empresa de economía mixta (...) (única obligada el pago) de su abono durante el periodo concesional.

En relación a los aspectos jurídicos relacionados con la necesaria devolución del importe del “canon demanial” abonado anticipadamente por (...) al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, concluimos que:

□ El “canon demanial” abonado anticipadamente por (...), no es precio del Contrato tal y como erróneamente se podría deducir de los documentos contractuales, sino es un coste de la gestión del servicio público. Es el importe en forma de ingreso o contraprestación económica que debería abonar la empresa de economía mixta (...) por la utilización de bienes de dominio público afectos al servicio.

□ Entendemos que el “canon demanial” anticipado por (...) no debe considerarse gratuito ni abonado a fondo perdido, sino que tiene carácter amortizable y debe ser reembolsado, - según lo estipulado entre (...) y la sociedad de economía mixta (...) por tratarse de una relación jurídico-privada-, en su totalidad por parte de la titular de la concesión y de la



*titular del derecho de uso privativo de los bienes de dominio público, esto es, la sociedad de economía mixta (...)*

*□ De no considerarse así, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife al haber obtenido la cantidad de 59.000.000,00€, en concepto de “canon demanial”, a través del 5,36% del capital social que representa en la empresa de economía (...) sin coste y a costa del socio privado (...), podría incurrir en un supuesto de enriquecimiento injusto y de fraude de ley.*

*□ Se desprende de los hechos y las actuaciones analizadas que la voluntad del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife era que el “canon demanial” fuese abonado de manera anticipada por el licitador adjudicatario de las acciones, en nombre de la empresa mixta (...); y que, a través de su representación y participación en las decisiones adoptadas en el seno de la empresa de economía mixta, el importe del “canon demanial” fuese devuelto a (...).”.*

*Así, después de todos estos años, podría advertirse una posible vulneración de la doctrina de los actos propios; además de “reinterpretar” unilateralmente el Contrato sin causa que lo justifique y, consecuentemente, vulnerar los principios de eficacia, seguridad jurídica, confianza legítima, y lealtad institucional recogidos en el artículo 3.1 de la LRJSP. Todo ello, debido al existir un reconocimiento implícito por parte de miembros del Ayuntamiento del tratamiento jurídico otorgado al “canon demanial” abonado anticipadamente en su momento y la forma en que éste ha venido devolviéndose a (...)».*

1.9. Analizada toda la documentación que sirvió de base para la preparación de la licitación del presente contrato, los pliegos que la rigen y el contrato formalizado, así como los diferentes informes y escritos remitidos por la entidad (...), con fecha 12 de mayo de 2020 se emite informe por la Dirección General de Bienestar Comunitario y Servicios Públicos, en el que se concluye lo siguiente:

*«VI. Conclusiones.*

*A la vista de las consideraciones expuestas en los cuatro apartados anteriores, el Pliego que rigió la licitación de referencia configuró el abono referido en concepto de “canon que se abona a la Corporación” como pago del precio por la adquisición de las 212 acciones de (...) que se ponían a la venta y la consecuente explotación del servicio público, a riesgo y ventura del licitador.*

*Esto es, una contraprestación pura y simple, no condicionada a ningún tipo de circunstancia posterior.*

*Como ha quedado acreditado en el presente informe, ningún documento de los que rigen el contrato suscrito con (...), permite entender que el pago del precio del contrato era susceptible de devolución automática por parte de (...) a (...).*

Además, como ha quedado acreditado, desde el punto de vista económico tal proceder desequilibra absolutamente la concesión en favor del contratista, ya que le otorga potencialmente una retribución absolutamente desproporcionada fuera de toda comparación con el mercado.

Por tanto, el reconocimiento por parte de (...) de una deuda en favor de (...) por importe de 59 millones de euros, en concepto de “devolución del canon anticipado”, fue una decisión tomada de forma unilateral por esta -debe matizarse en este punto que con la participación de los representantes municipales en la empresa-, sin sustento en el contrato formalizado con (...), ni en ninguno de los documentos contractuales de aplicación, ni en ninguno de los documentos que sirvieron de base a la licitación.

A la misma conclusión llega el INFORME (...), referido en los antecedentes que, respecto de esta cuestión, señala (pág. 58):

“h.4. 1) No. hemos obtenido evidencia completa que nos permita confirmar la naturaleza y el efecto del pasivo con sociedades del Grupo que tiene reconocida la Sociedad. En concreto:

De la lectura del PLIEGO DE CLAÚSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES Y PRESCRIPCIONES TÉCNICAS QUE HAN DE REGIR EL CONCURSO PARA LA SELECCIÓN DE LA PERSONA FÍSICA O JURÍDICA, QUE SE CONVIERTA EN SOCIO MAYORITARIO, POR LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES , DE LA (...), LA CUAL PASARA A TRANSFORMARSE EN EMPRESA DE ECONOMÍA MIXTA, y de la lectura del Contrato posterior entre el Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y (...) de fecha 1 de marzo de 2006 no hemos obtenido evidencia que establezca que el pago del contrato y los conceptos que lo conforman lo hayan sido por cuenta de (...), o que (...) haya asumido formalmente deuda financiera alguna por el pago del contrato que realiza el adjudicatario del mismo, más allá del reembolso del nominal de las acciones (que trataremos en los siguientes apartados)”.

#### VII. Propuesta de actuaciones.

Desde un punto de vista técnico, hay una evidente contradicción entre la interpretación dada al contrato por (...) y la que se da por esta área gestora en el presente informe. Para remediar tal disparidad, la normativa contractual otorga a la Corporación la prerrogativa de la interpretación de los contratos, como se refería anteriormente, conforme al procedimiento legalmente establecido.

En este sentido, quien suscribe propone que, a pesar del tiempo transcurrido y al hecho de que miembros de esta Corporación participaran en la decisión que ahora se cuestiona y que hasta la fecha no se haya puesto objeción alguna por la Corporación, considerando la repercusión que la cuestión que se plantea tiene sobre el equilibrio económico de la concesión -de la que resta aún 11 años-, el perjuicio ocasionado y que se continua ocasionando al interés público y a los intereses de la propia (...), considerando las

consecuencias de la existencia de un pasivo en la compañía que esta Corporación podría tener la obligación de asumir a la finalización del contrato, se proceda a interpretar este en el sentido de considerar que el importe pagado por (...) a la firma del contrato constituye el precio pagado por esta por la adquisición de las 212 acciones de (...) y el subsiguiente derecho para la explotación del servicio público del ciclo integral del agua, sin que el contrato suscrito permita que la cantidad de 59 M€ abonada, deba ser devuelta de forma automática por (...) a lo largo de la vida de la concesión, todo ello sin perjuicio del derecho evidente del contratista a recuperar su inversión mediante las formas de retribución expresamente establecidas en el contrato.

Llevada a cabo tal interpretación por el órgano competente para ello, procedería dar las instrucciones precisas a (...) para que se opusiera en lo sucesivo al abono de cantidad alguna a (...) por este concepto.

Asimismo, procedería instar a los servicios jurídicos de la Corporación para que, a la luz de la normativa vigente en materia mercantil (el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 22 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) inste ante la jurisdicción competente la anulación del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de (...) de fecha 27 de junio de 2007, al estimarse contrario al orden público, con las consecuencias jurídicas y económicas que de tal consideración se deriven.

No obstante lo anterior, con carácter previo a la incoación de cualquier procedimiento que se pretenda llevar a cabo, dada la ausencia de reproches en este sentido por parte de los diferentes responsables municipales a lo largo de la vigencia del contrato y el tiempo transcurrido, considerando la complejidad técnica del asunto que se suscita y las consecuencias que la decisión que, en su caso, se adopte por el órgano competente, podrían tener en la gestión de un servicio básico y esencial para la ciudad como es el del ciclo integral de agua, se propone que por los órganos de gobierno que proceda se soliciten los informes facultativos internos que la ley permite solicitar, esto es:

a) Por una parte, a la Asesoría Jurídica de la Corporación, por virtud de lo establecido en el art. 14 del Reglamento del Servicio Jurídico. En este caso la petición de informe la puede formular el Concejal de Área.

b) Por otra parte, a la Intervención General de la Corporación, conforme a lo establecido en el art. 4. 1.h) del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, debiendo ser en este caso la Sra. Alcaldesa o un tercio de los concejales de la Corporación los que deban solicitar el referido informe».

1.10. A la vista del informe transcrito, por los órganos competentes fueron solicitados los informes referidos, los cuales fueron emitidos con fechas 24 de junio por la Asesoría Jurídica y 30 de junio por la Intervención General.

Básicamente, ambos informes prestan conformidad a las conclusiones emitidas y a la propuesta de actuación realizada por el Área de Bienestar Comunitario y Servicios Públicos, que se concretaba en proponer la incoación de un procedimiento de interpretación del contrato en el sentido de considerar que el importe pagado por (...) a la firma del contrato constituye el precio pagado por ésta por la adquisición de las 212 acciones de (...) y el subsiguiente derecho para la explotación del servicio público del ciclo integral del agua, sin que el contrato suscrito permita que la cantidad de 59 millones de euros abonada deba ser devuelta de forma automática por (...) a lo largo de la vida de la concesión, todo ello sin perjuicio del derecho evidente del contratista a recuperar su inversión mediante las formas de retribución expresamente establecidas en el contrato.

En particular, en el informe de la Intervención General de la Corporación se recoge:

*«(...), esta intervención se muestra conforme a lo argumentado por el Director General de Bienestar Comunitario y Servicios Públicos en las conclusiones de su Informe, toda vez que: “Ningún documento de soporte de la contratación de referencia permite deducir que el pago del precio del contrato abonado por (...), suponía el abono por cuenta de (...) del canon demanial de la misma».*

*Y, después continúa el Informe: «(...), debemos considerar que el obligado frente al Ayuntamiento al pago del precio del contrato de referencia debe considerarse a (...) habiendo sido dicha empresa la única obligada al pago de la garantía de la garantía definitiva constituida mediante Aval 5900168468-25354 por importe de DOS MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS (2.410.969,40 €), figurando en el mismo en calidad de avalada la mercantil (...) con CIF (...)».*

## 2. Principales actuaciones del expediente de interpretación del contrato.

2.1. Con fecha 2 de julio de 2020, por el Concejal del Área de Bienestar Comunitario y Servicios Públicos se dictó providencia instando la incoación del procedimiento de interpretación del contrato.

2.2. La Junta de Gobierno Local, en sesión de 3 de julio 2020, acuerda incoar procedimiento de interpretación del contrato, y adelanta una primera propuesta interpretativa inicial (en adelante PI). El acuerdo señala:

«PRIMERO. Incoar procedimiento de interpretación del contrato suscrito con (...) para la gestión del ciclo integral del agua, en el sentido de considerar que el importe pagado por (...) a la firma del contrato constituye el precio pagado por esta por la adquisición de las 212 acciones de (...) y el subsiguiente derecho para la explotación del servicio público del ciclo integral del agua, sin que el contrato suscrito permita que la cantidad de 59 M€ abonada, deba ser devuelta de forma automática por (...) a lo largo de la vida de la concesión, todo ello sin perjuicio del derecho evidente del contratista a recuperar su inversión mediante las formas de retribución expresamente establecidas en el contrato, esto es:

- Derecho a obtener el 5,5% sobre la cifra de negocios de (...), por la transferencia de Know How (artículo 8.2 del Pliego)

- Eventual reparto de dividendos derivados de los resultados positivos en la gestión de (...) [artículos 41 y 42 de los Estatutos Sociales de (...)].

- A la finalización del contrato, devolución del valor nominal de las acciones que se le adjudican (artículo 18.3 del Pliego).

SEGUNDO. Otorgar plazo de audiencia por 10 días hábiles a (...) y a (...) -al considerárseles interesados-, para que presenten las alegaciones que estimen por convenientes.

TERCERO. Requerir a (...) para que, de forma cautelar, suspenda cualquier abono a (...) que por el concepto de devolución de canon tuviera previsto realizar hasta que se resuelva el procedimiento de interpretación del contrato incoado.

CUARTO. Llevada a cabo la interpretación propuesta, procedería dar las instrucciones precisas a (...) para que se opusiera en lo sucesivo al abono de cantidad alguna a (...) por este concepto y proceda a reclamar las cantidades indebidamente abonadas a (...)

Asimismo, procedería instar a los servicios jurídicos de la Corporación para que, a la luz de la normativa vigente en materia mercantil (el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 22 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) inste ante la jurisdicción competente la anulación del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de (...) de fecha 27 de junio de 2007, al estimarse contrario al orden público en los términos expuestos en la normativa mercantil, con las consecuencias jurídicas y económicas que de tal consideración se deriven».

2.3. Conferido el preceptivo trámite de audiencia a los interesados, con fechas 29 y 30 de julio se presentan alegaciones por (...) y (...), respectivamente, ambos en relación con el antecitado Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 3 de julio 2020 (PI).

2.4. Analizadas las referidas alegaciones, se formula Propuesta de Resolución provisional con fecha 6 de agosto, y en el mismo día, se solicitó informe preceptivo de la Asesoría Jurídica.

2.5. Dicho Informe de Asesoría Jurídica fue emitido el 8 de septiembre, pero no constaba inicialmente en la documentación remitida. Por ello se emitió por este Consejo Dictamen de disconformidad, dado el carácter preceptivo de aquel informe.

Tampoco figuraba en la documentación inicial el Informe de la Intervención General de la Corporación, también como el anterior preceptivo, según dispone el art. 97 RGLCAP. Sin embargo, tal órgano de control e intervención consideró que en este caso no resultaba preceptiva la emisión de su informe.

2.6. En el Informe de la Asesoría Jurídica se incluyen las siguientes conclusiones:

*«Primera.- El adjudicatario del contrato para la selección de persona física o jurídica que se convirtió en socio mayoritario, por la adquisición de acciones de la (...) adquirió como resultado del mismo la propiedad, durante veinticinco años, de las 212 acciones de clase B (de la 13 a la 224) de la compañía, por el precio cierto de 1.274.145,44 Euros, convirtiéndose entonces en socio mayoritario de la misma.*

*Segundo.- De acuerdo con lo que figura en los documentos contractuales, adquiere también el adjudicatario por el mismo contrato, el derecho de uso privativo de los bienes de dominio público afectados a los servicios que debe prestar la empresa, esto es, los relacionados con el ciclo integral del agua, por los que abona en concepto de canon demanial, la cantidad de 59.000.000 de Euros. De admitirse la tesis del Servicio de que dicha cantidad fue abonada en concepto de precio por adquisición de las acciones, resultaría improcedente la contabilización como activo inmaterial amortizable dicha concesión demanial.*

*Tercero.- Sentado lo anterior, y rigiéndose el contrato para lo no previsto en el Pliego de Condiciones, entre otros por el Reglamento de Servicios de las Entidades Locales, parece claro que la cantidad abonada por dicho concepto, como coste de establecimiento que es, es recuperable por el adjudicatario.*

*Cuarto.- Se mantiene la discrepancia con el contratista sobre la forma en que debe implementarse la recuperación de dicha partida económica.*

*Quinto.- Por un criterio de prudencia, se aconseja mantener la suspensión por parte de (...), de los efectos derivados del acuerdo del Consejo de Administración de 27 de junio de 2007, hasta resolver las discrepancias de interpretación que se plantean sobre el tema.*

*Sexto.- Que habiendo discrepancias entre la interpretación del contrato que formula el Ayuntamiento y la que mantiene el contratista, se remita todo el expediente al Consejo Consultivo de Canarias para su dictamen preceptivo, conforme con lo que establece el*

artículo 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el RD Legislativo 2/2000, que es la norma que resulta aplicable al caso.

*Séptimo.- Que resuelta la controversia, se estudie por la Asesoría Jurídica la posibilidad de impugnar el acuerdo del Consejo de Administración de (...) de 27 de junio de 2007, en su caso».*

2.7. Con fecha 14 de septiembre, por la Junta de Gobierno Local se han desestimado los recursos de reposición interpuestos por (...) y (...) contra el acuerdo de incoación del procedimiento de interpretación del contrato.

Asimismo, en dicha sesión la Junta de Gobierno acordó la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento, desde la fecha de remisión del expediente al Consejo Consultivo de Canarias hasta la fecha de recepción del referido dictamen.

2.8. Instruido el procedimiento en el seno de la Corporación, se formula Propuesta de Acuerdo el 16 de septiembre de 2020, por el Concejal de Bienestar Comunitario y Servicios Públicos, junto al Director General de Bienestar Comunitario y Servicios Públicos y el Jefe de Servicio Administrativo de Gestión y Control de Servicios Públicos.

2.9. Remitido el expediente con la Propuesta de Acuerdo a este Consejo, solicitando nuestro dictamen, éste fue emitido con fecha de 30 de octubre de 2020 (n.º 440/2020), concluyendo la disconformidad a Derecho de la tramitación del procedimiento de interpretación por carecer de los informes preceptivos.

2.10. Por el Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife se ha solicitado de nuevo dictamen, con aportación del Informe de la Asesoría Jurídica y nueva Propuesta de Acuerdo (*«Propuesta de Resolución del procedimiento de interpretación del contrato en relación con la procedencia de la devolución del importe abonado por (...) como precio del contrato»*, en adelante PR). Por escrito de fecha 11 de noviembre de 2020, que también se ha remitido adjunto, la Interventora General de la Corporación manifiesta que no considera preceptiva la emisión en este caso de su informe, por lo que *«no se van a formular más observaciones que las ya tenidas en cuenta en Informe emitido el 30 de junio de 2020»*.

3. Finalmente, en cuanto al plazo para resolver en el presente procedimiento de interpretación, nada establece la normativa reguladora. No obstante, resulta que en ningún caso es de aplicación el instituto de la caducidad a los procedimientos de interpretación de los contratos, por lo que subsiste el deber de resolver y no hay óbice alguno para un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuyas recientes resoluciones (SSTS 1039/2020, de 20 de julio RC 428/2018 y 1041/2020, de 20 de julio RC 441/2018), ambas en su FJ 8º, señalan:

*«Coincide esta Sala con el dictamen del Consejo de Estado en que el procedimiento de interpretación de un amplio grupo de contratos de concesión no supone el ejercicio de potestades sancionadoras. Tampoco de intervención o de gravamen susceptible de producir efectos desfavorables, es decir los supuestos tipificados en el art. 44 LRJAPAC, Ley 30/1992, de 26 de noviembre (ahora art. 25 Ley 39/2015). No conviene olvidar que la actividad administrativa de intervención es la que somete las actividades de los ciudadanos o empresas a ordenación, planificación, limitación, control u orientación por su eventual lesividad para el interés general. Es la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local la que enumera en su art. 84 los medios de la intervención por las Entidades Locales de la actividad de los ciudadanos; ordenanzas, bandos, sometimiento a previa licencia y control preventivo, sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, ordenes individuales constitutivas de mandato. No tenemos en el ámbito de la Administración del Estado una Ley que enumere las restricciones con carácter general. Mas no cabe entender la concesión administrativa como una autorización. No estamos ante el ejercicio de una facultad o derecho preexistente que le corresponda a los particulares, sino que el acto de concesión es el que genera el derecho que el ciudadano o empresa no ostentaba. La concesión es y ha sido, en nuestro ordenamiento, una modalidad de los contratos del sector público. Así ha estado regulada en las Bases X y XI Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, el art. 66 del texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, Decreto 923/1965, art. 7 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, en el art. 7 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 Público, y actualmente en el art. 14 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Y como tal contrato puede ser interpretado sin que tal actuación pueda ser calificada de potestad interventora en el sentido de nuestro ordenamiento por lo que no entra en juego el plazo de la caducidad esgrimido».*

Por lo demás, la expuesta línea jurisprudencial estuvo precedida por doctrina del Consejo de Estado en idéntico sentido. Así, (Dictamen 877/2017, de 12 de abril de 2018): *«El procedimiento de interpretación no está sujeto por otra parte a la inexorable declaración de caducidad que previene el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no obstante superarse el plazo máximo de tramitación establecido -tres meses en aplicación del artículo 42.3 de la Ley 30/1992- Ello por cuanto no se trata de un procedimiento en el que se ejerzan por la Administración ni potestades sancionadoras ni de intervención».* En idéntico sentido el todavía más reciente Dictamen del Consejo de Estado n.º 238/2019, de 11 de abril, FJ II.5.



No cabe, así, pues, hacerse cuestión a este respecto.

### III

1. En el presente caso, corresponde a este Consejo Consultivo, en primer lugar, identificar el disenso entre la Administración y el contratista, para fijar el objeto de nuestra intervención hermenéutica. A continuación habremos de entrar propiamente en la labor de interpretación del contrato (pliegos y demás documentos que formalizaron el sistema convencional acordado), con análisis de los argumentos de (...) y (...) (alegaciones y documentación de apoyo), del informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento y de la propia Propuesta de Resolución de la Junta de Gobierno Local. A partir de ahí habremos de concluir con la interpretación que se nos solicita en esta consulta.

2. Este Consejo Consultivo ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la interpretación de los contratos de la Administración en un gran número de Dictámenes (3/1997, 150/2002, 60/2003, 242/2008, 220/2009, 3/2013, 55/2013, 285/2013, 412/2013, 357/2014, 265/2015, 215/2016, 507/2018, o 32/2019).

Tratándose de una intervención preceptiva, también otros Consejos Consultivos han tenido ocasión de aprobar un número importante de Dictámenes sobre la interpretación de los contratos administrativos. Por citar uno de los más recientes, entre otros muchos, procede reproducir aquí el n.º 833/2019, de 11 de diciembre del Consejo Consultivo de Andalucía:

*«Tratándose de la adopción de acuerdos que ponen fin a la vía administrativa y son inmediatamente ejecutivos, la propia Ley exige en el artículo 191 de la LCSP, tanto la preceptiva audiencia de los contratistas, como la intervención de este Consejo Consultivo en caso de oposición de los mismos. La consulta es concebida en estos casos como una garantía fundamental, hasta el punto de que la jurisprudencia ha venido señalando que la resolución sobre la cuestión de fondo, habiéndose omitido la solicitud de dictamen, constituye un vicio esencial determinante de nulidad, con retroacción de las actuaciones al momento en que debió emitirse el mismo. Es más, incluso habiéndose emitido dictamen sobre la interpretación del contrato, el Tribunal Supremo ha señalado que si la Administración modifica después el criterio inicialmente mantenido, habrá de proceder a requerir nuevo dictamen (se trata de un supuesto donde la interpretación del contrato realizada supone una importante modificación, de consecuencias económicas notables), sin que la falta de dicho dictamen pueda resultar suplida por una reinterpretación del dictamen solicitado en su día (STS de 6 de abril de 2006)».*

Por su parte, el Consejo Consultivo de Castilla y León, en sus Dictámenes 86/2011, de 26 de marzo, 352/2012, de 12 de julio, 761/2013, de 31 de octubre, y 107/2015, de 9 de abril, señala que la facultad de interpretar los contratos, prevista en los arts. 59.1 y 249 TRLCAP (hoy 190, 191 y 261 LCSP), «ha de ejercerse -como indican dichos preceptos- dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la propia Ley y en la legislación específica que resulte de aplicación.

*Desde el punto de vista sustantivo, la prerrogativa de interpretación no puede ser entendida de un modo absoluto que justifique un proceder no adecuado a una relación concertada (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1999). Así, es evidente que la interpretación del contrato no es una vía para su reformulación, ni puede encubrir modificaciones, sólo permitidas en los supuestos legalmente previstos y para las que se ha establecido una tramitación específica.*

*Ante la manifestación de un disenso sobre el significado de las cláusulas contractuales, es necesario indagar el sentido que ha de atribuírseles y contemplar, desde una perspectiva global, sistemática o integradora, el régimen jurídico del contrato, en el que, como punto de partida, no pueden presumirse las contradicciones o antinomias».*

3. Por su parte, en cuanto a la finalidad de la interpretación, su alcance y metodología, el Consejo de Estado ha formulado, entre otros, en su Dictamen 238/2019, de 11 abril, la siguiente doctrina:

*«(...) el proceso de interpretación está encaminado a determinar la voluntad de las partes, esto es, su intención común. No tiene por finalidad ni reconstruir ni complementar la citada voluntad. El hito inicial de toda interpretación está en el hecho de que el significado literal de los términos del contrato expresa la intención de las partes (Código Civil, artículo 1281, párrafo primero), sin que proceda “tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones” (Código de Comercio, artículo 57). Ese es el sentido del brocardo in claris no fit interpretatio. Solo en el caso de insuficiencia de la regla expuesta, resultan de aplicación las demás que previene el ordenamiento jurídico. Entran en juego cuando existe oscuridad. Hay oscuridad cuando la literalidad de las cláusulas, bien no permite determinar el supuesto de hecho al que resulta aplicable, bien es incomprensible en todo sentido, bien genera una situación en la que no se sabe en qué forma serán operativas, bien no contempla directamente una regulación precisa para un supuesto de hecho concreto. No la hay por el mero hecho de que la cláusula sea difícil de leer, que pueda contradecir a otras, que presente lagunas, que se oponga a reglas de derecho dispositivo o que no se ajuste a previsiones legales nuevas. Las reglas subsidiarias de interpretación de los contratos, contenidas en los artículos 1282 y siguientes del Código Civil, se han de aplicar conforme a los siguientes cánones hermenéuticos: el de totalidad, que obliga a hacer una interpretación*

*sistemática de las cláusulas en relación con las otras del propio contrato (Código Civil, artículo 1285); el de finalidad, que comporta que la interpretación debe ser la más adecuada para que el contrato produzca efectos (Código Civil, artículo 1284); el de equivalencia, que implica que la duda debe ser resuelta, en el caso de los contratos onerosos, en favor de la mayor reciprocidad de intereses (Código Civil, artículo 1289); y, finalmente, el de coherencia o interpretación normativa, que exige que la interpretación sea internamente homogénea».*

4. El Informe Propuesta de 18 de noviembre de 2020 (PR) plantea, como conclusión interpretativa del disenso con el contratista, *«resolver el procedimiento de interpretación del contrato suscrito con (...) para la gestión del ciclo integral del agua, en el sentido de considerar que el contrato no garantiza la recuperación total del precio pagado por esta de forma anticipada a la firma del contrato, todo ello sin perjuicio del derecho del contratista a recuperar su inversión mediante las formas de recuperación expresamente establecidas en el contrato, esto es:*

*- Derecho a obtener el 5,5% sobre la cifra de negocios de (...), por la transferencia de Know How (artículo 8.2 del Pliego).*

*- Eventual reparto de dividendos derivados de los resultados positivos en la gestión de (...) [artículos 41 y 42 de los Estatutos Sociales de (...)].*

*- A la finalización del contrato, devolución del valor nominal de las acciones que se le adjudicaron (artículo 18.3 del Pliego)».*

Ésta debe ser considerada, a los efectos de nuestro Dictamen, como la propuesta interpretativa del Ayuntamiento que se somete a consulta. Ahora bien, el informe-propuesta también incluye un punto segundo en el que se plantea:

*«SEGUNDO. Llevada a cabo la interpretación propuesta, procede dar las instrucciones precisas a (...) para que se opusiera en lo sucesivo al abono de cantidad alguna a (...) por este concepto. Asimismo, procede instar a los servicios jurídicos de la Corporación para que, a la luz de la normativa vigente en materia mercantil (el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 22 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) inste ante la jurisdicción competente la anulación del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de (...) de fecha 27 de junio de 2007, al estimarse contrario al orden público en los términos expuestos en la normativa mercantil, con las consecuencias jurídicas y económicas que de tal consideración se deriven».*

Pues bien, en relación con este punto segundo debemos precisar que por su contenido no constituye propiamente un pronunciamiento interpretativo, sino la decisión de emprender determinadas acciones jurídicas o administrativas a partir de la interpretación que se acuerde. De esta manera queda claro que tal apartado del

Informe Propuesta no constituye el objeto de nuestro Dictamen preceptivo, y sobre él no se pronunciará este Consejo.

5. La PR en el apartado I de sus «*Consideraciones*» reproduce los fundamentos jurídicos del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 3 de julio de 2020 en el que, al analizar el pliego de cláusulas administrativas particulares, de la documentación preparatoria de la licitación y de la oferta presentada por (...) extrae -entre otras- las siguientes conclusiones:

1) El tipo mínimo de licitación para la adquisición de las 212 acciones de (...) que se pusieron a la venta, venía conformado por la suma de dos componentes, esto es, el valor nominal de las acciones que se vendían y el canon que se abona a la Corporación.

2) El adjudicatario de la licitación, con el abono del precio del contrato (correspondiente al montante de la oferta económica de 60.274.145,44 euros), adquiriría las 212 acciones de la compañía que se ponían a la venta y, en consecuencia, el derecho a participar en la explotación de la concesión del servicio público del ciclo integral del agua en el municipio de Santa Cruz de Tenerife durante 25 años en su condición de socio mayoritario de (...).

3) La oferta presentada no podía estar condicionada a ninguna circunstancia, ni estar referenciada a ningún índice o factor o variante distinta a las establecidas en los pliegos.

4) El importe desembolsado como precio del contrato por el licitador exoneraba a (...) del pago al Ayuntamiento del canon por la utilización privativa que hace de los bienes de dominio público afectos a los servicios relacionados con el ciclo integral del agua que gestiona, al entenderse la Corporación resarcida de dicho canon con el pago de dicho precio.

5) La única prevención que establece el pliego sobre la devolución del importe abonado por (...), se refiere a la reversión al Ayuntamiento a la finalización del contrato de las acciones vendidas, en cuyo momento (...) deberá devolver a (...) el importe abonado correspondiente a dichas acciones, **«EXCLUSIVAMENTE POR SU VALOR NOMINAL»**, en términos literales del pliego.

6) El pliego determina la forma en la que el contratista, a su riesgo y ventura, podría recuperar su inversión a lo largo de la vida de la concesión, esto es, con el 5,5 % de la cifra de negocios y con el eventual reparto de dividendos de (...), además de la devolución del valor nominal de las acciones.

7) Ninguna otra determinación establece el pliego sobre la posibilidad de que el resto del precio del contrato fuera devuelto al futuro contratista, no consignándose, lógicamente, regulación alguna de cómo, en qué plazos y bajo qué condiciones debería procederse a tal devolución. Debe convenirse que tal circunstancia sería una condición esencial o nuclear de la licitación, a reflejar en el estudio económico que sirvió de referencia en la licitación, en la oferta y, lógicamente, en los pliegos que rigieron la misma.

8) La proposición económica presentada por (...), que conformaba el sobre número tres, se ajustó al modelo establecido en el Pliego. Así, en el citado escrito de la oferta, se dice:

*«2.- Que enterado del contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas que han de regir el Concurso Público para la selección del adquirente de doscientas doce (212) acciones de la (...), manifiesta su deseo de participar en dicho concurso y, a tal efecto, señala como importe de la oferta económica que realiza a la Corporación la cantidad de SESENTA MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (60.274.145,44 €).*

*3.- Que la cantidad ofrecida en el número anterior supone sobre el tipo mínimo de licitación de CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (50.274.145,44 €) una mejora, en su caso, de DIEZ MILLONES DE EUROS (10.000.000,00 €)».*

Además, en este caso dentro del sobre número dos, como era preceptivo, presentó una Memoria Económica-Financiera en el que se incluía, entre otros aspectos, los balances de situación y las cuentas de pérdidas y ganancias previsionales que abarcan los veinticinco años de duración del contrato.

En este documento se recoge el derecho de (...) a obtener el 5,5% sobre la cifra de negocios de (...) por la transferencia de «*know how*» (art. 8 PCAP) que, según (...), oscilarían entre los 1,7 M€ del año 2006 hasta los 5,0 M€ del último ejercicio considerado (2030); alcanzando un total aproximado de 80 M€ al final del contrato.

También se recoge en dicha Memoria el eventual reparto de dividendos derivados de los resultados positivos en la gestión de (...) que, según las previsiones de (...), podrían alcanzar 228 M€ a lo largo de toda la concesión.

Por último se recoge, tal y como establece el art. 18.3 PCAP, la devolución a (...) del valor nominal de las acciones, 1.274.145,44 euros, a la finalización del contrato.

Pretender, añade la PR, resarcirse mediante la devolución de la parte principal del precio (el llamado canon) abonado a la Corporación (59 millones de euros), además de no estar previsto en la licitación como ya se ha acreditado, casi triplicaría el importe de la inversión realizada sin considerar el eventual reparto de dividendos, lo que supondría una alteración del equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario hasta el punto de conllevar un enriquecimiento injusto en favor de la mercantil (...) que la Corporación no puede mantener, puesto que se desvirtuaría todo el proceso licitatorio llevado a cabo y se desnaturalizaría el propio contrato de gestión de servicio público formalizado, cuya nota característica y definitoria es la traslación del riesgo operacional al licitador, riesgo operacional que queda totalmente anulado al garantizarse con creces el contratista la completa recuperación de la inversión llevada a cabo.

9) La PR también sale al paso de la afirmación de (...) de que la pasividad de los representantes municipales en los órganos societarios de (...) constituye un consentimiento tácito por parte del Ayuntamiento al acuerdo del Consejo de Administración del año 2007. En relación a ello, en la PR se manifiesta que los representantes municipales en el Consejo de Administración de (...) actúan, no en su condición de órganos de gobierno municipales, sino como miembros del Ayuntamiento designados representantes en el Consejo de Administración. También se manifiesta que las cuentas anuales de la compañía eran remitidas en tiempo y forma al Ayuntamiento y que durante todo este tiempo ningún técnico, responsable u órgano municipal ha manifestado objeción alguna.

Pero también es cierto que no consta que ningún órgano, funcionario o representante municipal haya analizado la cuestión ahora controvertida y haya conformado, aprobado, avalado o ratificado la decisión adoptada por (...) en 2007.

## IV

1. La empresa concesionaria (...) y su socio mayoritario discrepan de esta interpretación del Ayuntamiento.

Consideran, en primer lugar, que el acuerdo del Consejo de Administración de (...) de 27 de junio de 2007 se ajustaba al PCAP, al resto de la documentación del contrato y a la normativa general de aplicación. Recordemos que aquel acuerdo decidió contabilizar el derecho de uso de los bienes adscritos al servicio como inmovilizado inmaterial, y reconocer a favor de (...) un crédito de 59 millones de euros que habría de ser devuelto por la empresa a su socio mayoritario anualmente a

lo largo de los 25 años de duración del contrato. Evidentemente, sostener el acuerdo del Consejo de Administración de 2007 supone discrepar de la interpretación que plantea el Ayuntamiento.

En segundo lugar, (...) y (...) se oponen a la interpretación del contrato que, alternativamente al acuerdo de 2007, plantea el Ayuntamiento a lo largo del expediente que dictaminamos, especialmente en la Propuesta inicial de 3 de julio de 2020.

(...) y (...) recogen su argumentación en diversos escritos dirigidos al Ayuntamiento desde 2019, y aportan varios dictámenes jurídicos en su apoyo. Corresponde fijar nuestro criterio interpretativo en relación con todos ellos; pero para facilitar una exposición sistemática, y también por su importancia formal en el procedimiento que se tramita, seguiremos el orden argumental de los escritos de alegaciones de 29 y 30 de julio de 2020, por otro lado idénticos.

2. Según (...) y (...), el Acuerdo de la Junta de Gobierno, de 3 de julio de 2020, incurrió en una extralimitación en la prerrogativa exorbitante de interpretación del contrato y en un manifiesto abuso de derecho.

2.1. Consideran, en primer lugar, que no procede en este caso iniciar un procedimiento de interpretación contractual, pues sólo cabe promoverlo y tramitarlo, como señala el art. 97 RGLCAP, para resolver incidencias que surjan entre las partes contratantes por la interpretación de lo convenido para evitar la interrupción en la ejecución de la obra o en la prestación del servicio público, no en relación como a su juicio ocurre aquí con acontecimientos futuros e indeterminados. Así señala:

*«Por tanto, es un hecho absolutamente indiscutible que únicamente procederá iniciar un expediente de interpretación del contrato para resolver incidencias que sean necesarias al objeto de evitar una interrupción en la ejecución de la obra o en la prestación del servicio. No cabe pues, utilizar esta prerrogativa para interpretar cuestión que a fecha actual son futuras, inciertas y eventuales (tal y como pretende hacer, y nos extenderemos, en este caso el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife)».*

No podemos aceptar esta objeción procedimental, que de admitirse impediría la tramitación del presente procedimiento de interpretación del contrato. El disenso proviene, precisamente, de la interpretación unilateral contenida en el acuerdo del Consejo de Administración de 2007, que sin solicitar la incoación del preceptivo procedimiento forzó una concreta interpretación del contrato y la comenzó a aplicar.

Más allá de su contrariedad a Derecho, ello ha generado un efecto económico financiero que sin duda viene afectando al equilibrio de la concesión, y a la postre a la prestación misma del servicio y al interés público. Se generó entonces una nueva y unilateral interpretación del contrato, con consecuencias económico-financieras medidas con precisión por el informe de (...) que figura en el expediente. Discrepando el Ayuntamiento de esta interpretación de parte, resulta no sólo posible sino obligado el inicio y tramitación de un procedimiento de interpretación.

2.2. También carece de fundamento, en opinión de este Consejo, el reproche, igualmente de carácter formal, acerca de la incompetencia del Ayuntamiento para interpretar la cuestión relativa al reconocimiento por la concesionaria de un crédito a favor de su socio mayoritario. Y citan los alegantes en apoyo de este argumento el número cuarto del Acuerdo de la Junta de Gobierno local de 3 de julio de 2020 (segundo de la PR de 18 de noviembre de 2020), que postula una acción de carácter jurídico mercantil para remover el acuerdo de 2007 y su aplicación. Así, en la página 38 del escrito de alegaciones la mercantil (...) afirma:

*«si bien el Ayuntamiento está iniciando un expediente de interpretación del Contrato, lo que verdaderamente pretende en realidad es “interpretar” o resolver unilateralmente una posible “controversia derivada del Acuerdo del Consejo de Administración de (...), de fecha 27 de junio de 2020 (sic); para lo cual esta Administración no tiene competencia alguna, tal y como acertadamente se reconoce en el “Acuerdo Cuarto” en el que se insta acudir a la jurisdicción mercantil».*

Es decir, el socio mayoritario de (...), y también ésta en sus alegaciones, entienden que la acción hermenéutica emprendida por la Administración municipal a través del procedimiento de interpretación no es la jurídicamente adecuada al esclarecimiento de la cuestión, pues ésta es de naturaleza mercantil, al tratarse de un pretendido conflicto entre la empresa y su socio mayoritario, de carácter intrasocietario, y por tanto su régimen jurídico estaría encuadrado en el marco del Derecho mercantil. Y por eso, acertadamente según opinión de los alegantes, el Ayuntamiento propuso seguir un procedimiento mercantil.

Con esta explicación, el escrito de alegaciones pretende confundir en un todo procedimental lo que en la actuación municipal está perfectamente deslindado y separado: dos actuaciones jurídicas distintas e independientes. Por un lado el procedimiento de interpretación contractual, que se activa precisamente a partir de la interpretación unilateral del contrato que (...) acometió por medio de un acuerdo de su Consejo de Administración. En segundo lugar, y a resultas de lo que finalmente



se acuerde en tal procedimiento de interpretación, el despliegue de acciones de naturaleza jurídico-mercantil. Es evidente que tales acciones se proponen para un momento posterior al procedimiento de interpretación, y que son cosa distinta de éste. Aclarada esta distinción, y frente a las conclusiones que alcanzan los alegantes, cumple analizar la procedencia en este caso del ejercicio por parte del Ayuntamiento de sus facultades interpretativas.

El acuerdo del Consejo de Administración de 27 de junio de 2007 pudo haber afectado a cuestiones puramente intrasocietarias, como por ejemplo una decisión sobre reparto de dividendos, que concierne a la relación de la sociedad con sus socios, pero muy difícilmente a la de ésta con el Ayuntamiento. Pero en este caso no fue así, pues el Consejo de Administración adoptó un acuerdo de reconocimiento de derechos del socio mayoritario en base a una interpretación del contrato administrativo. Efectivamente, tanto tal acuerdo societario de 2007 como el Informe de Auditoría en que se basa mencionan el PCAP para fundamentar tal decisión, formulando la tesis central del disenso que nos ocupa: que, atendiendo al contrato suscrito, el pago de los 59 millones por (...) fue un adelanto a favor de (...) y no el precio del mismo, por lo que aquélla ostenta el derecho a recuperar tal cantidad. El Consejo de Administración interpretó así el contrato.

La presente actividad hermenéutica no se aplica al análisis de algún tipo de relación, acuerdo o controversia entre (...) y (...), que no ha existido, sino a esclarecer el sentido y alcance de los preceptos convencionales alegados por (...) en su acuerdo social de 2007, lo que entonces constituyó el ejercicio de una interpretación unilateral. Y ello sí resulta relevante para el Ayuntamiento, que debe proceder a fijar la interpretación de tales preceptos, con carácter previo a cualquier otra intervención o iniciativa, resolviendo *«las dudas que ofrezca su cumplimiento»* (art. 190 LCSP). Además, en la cláusula décima del contrato suscrito entre el Ayuntamiento y (...) el 1 de marzo de 2006, se señala que *«las cuestiones litigiosas surgidas sobre la interpretación, modificación, resolución y efectos de este contrato, serán resueltas por el órgano de contratación (...)»*. Es por todo ello por lo que no puede aceptarse tampoco la afirmación de los alegantes de que la Administración carecía de competencia para incoar y tramitar el presente procedimiento, incurriendo en una *«extralimitación en la prerrogativa de interpretación del contrato»*.

Pero es más, el Ayuntamiento no sólo era competente en este caso para ejercer su prerrogativa interpretativa, sino que además tenía la obligación de hacerlo, atendiendo a una doble exigencia.

En primer lugar, la interpretación unilateral de la concesionaria, que en su día debió de haber solicitado al Ayuntamiento la incoación de un procedimiento al efecto, dejó a la vista un disenso de consecuencias económicas graves para la vida del contrato y para la prestación del servicio. El instrumento adecuado para esclarecer tal disenso es el procedimiento de interpretación contractual. Pero también procedía incoarlo para abordar, ya a través de las ulteriores iniciativas que se proponen, el restablecimiento de una situación que considera indebidamente alterada. Es el paso previo. Y es que el procedimiento de interpretación, de carácter contradictorio, es también una garantía para el contratista, que la Administración no puede eludir cuando pretende enfrentarse a él ulteriormente en base a determinada lectura de los documentos del contrato. Este procedimiento es calificable de contradictorio porque a través de la audiencia de los interesados permite enfrentar las argumentaciones de la contratista y las de la Administración, lo que constituye una garantía para aquélla. Preceptivamente cuenta, además, el procedimiento con el informe de la Asesoría Jurídica, con el de la Intervención General, así como con nuestro propio Dictamen, lo que contribuye a reforzar su fundamentación jurídica, y a proteger el interés público del contrato y los derechos del contratista. Acudió, pues, el Ayuntamiento a tramitar el procedimiento debido.

En segundo lugar, el procedimiento de interpretación supuso además una exigencia para el Ayuntamiento atendiendo a la protección del servicio público, cuya prestación constituye el objetivo último de este contrato. En lo que se refiere al presente procedimiento su objeto es el sistema jurídico aplicable al contrato administrativo de gestión de un servicio público, teniendo tal operación hermenéutica consecuencias directas sobre la prestación del servicio mismo, como antes se señaló. Su carácter administrativo es indudable. Pero es que, incluso, las relaciones entre los socios y la empresa, en el ámbito intrasocietario, también se ven afectadas por el interés público del contrato, y por la exigencia de asegurar la prestación del servicio, por lo que resultan relevantes en un procedimiento de interpretación administrativa. El Ayuntamiento tiene la obligación de velar por el interés público del contrato administrativo, especialmente en esta tipología y modalidad que afecta directamente a los usuarios, y para asegurar su estricto cumplimiento ostenta la competencia para exigirlo y, obviamente, para iniciar un

procedimiento de interpretación cuando además el contratista ha adelantado por la vía de hecho su propia y unilateral interpretación.

3. Consideran la concesionaria y su socio mayoritario que el «*canon demanial*» no es precio del contrato, como así lo estima la Administración, sino coste del servicio.

El acuerdo del Consejo de Administración de (...) de 27 de junio de 2007 decide contabilizar el derecho de uso de los bienes de dominio público como inmovilizado inmaterial, y en contrapartida reconocer un crédito a favor de (...).

De entrada debe advertirse que la documentación convencional del contrato no utiliza la expresión «*canon demanial*», sino la de «*canon por el uso de la red municipal de saneamiento*» (art. 13 PCAP) o por la utilización de los bienes adscritos al servicio. Es el dictamen del Profesor Villar de 22 de junio de 2007 quien por vez primera así lo califica, y con ese enunciado se recoge también en los sucesivos escritos tanto de (...) como de (...); «*el importe abonado por el socio privado mayoritario es un supuesto típico de canon demanial*». A partir de esta caracterización se considera al canon abonado por (...) como una tasa, citando en su apoyo el art. 80.7 del Reglamento de bienes de las Entidades Locales (RBEL), aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio. Y aquí quiebra el argumento, pues tal precepto se aplica a las concesiones de dominio público, pero no a las de servicio público.

Llegado a este punto, cumple ocuparse con cierto detenimiento de la calificación como canon demanial que formulan los alegantes, para aplicarlo al mencionado en el PCAP. En primer lugar, y aunque pudiera considerarse innecesario, debe aclararse que en el marco del contrato que se interpreta hay presente una única concesión, una concesión de servicio público. No existe, además, una concesión de dominio público; no hay dos concesiones superpuestas. El fundamento para que la concesionaria pueda utilizar los bienes de dominio público de la red hidráulica es únicamente la afectación de estos bienes al servicio público. Son bienes de dominio público porque están afectos a la prestación del servicio. No estamos por ello ante una «*utilización privativa*» del dominio público, propio de aquellos otros bienes demaniales que han sido separados del uso común para entregarlo en exclusiva a un particular que ostenta un título *ad hoc*. En ambos supuestos estamos ante bienes de dominio público, que podrían admitir el adjetivo común de *demaniales*, pero unos son de servicio público y otros de uso público *general*. Por extensión, las *concesiones* que legitiman para utilizar los primeros se denominan *de servicio público*, y las segundas

*de dominio público*. En ambas concesiones puede establecerse el pago de un canon, pero sólo se reserva el término de *canon demanial* para las de dominio público.

Así, el art. 93 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, de carácter básico, reserva el término de concesiones demaniales para las de dominio público.

La pretendida calificación como canon demanial no puede aceptarse, porque resulta inequívoco que lo que se licita y contrata se refiere a la prestación de un servicio público, el de abastecimiento de agua a una población. Se paga un precio a cambio de la adquisición de la condición de socio mayoritario en la empresa mixta, a la que se remunera con el pago de la tarifa (a los usuarios del servicio). Distinto por completo a cuando se licita la ocupación privativa de un bien demanial (por ejemplo, una instalación portuaria) y a cambio se paga un canon.

Indebidamente se aplica al canon abonado por (...) el art. 80.7 RBEL, lo que por extensión nos llevaría a ubicar la prestación del servicio (...) en la categoría de concesión de dominio público, que lo es de servicio público, y en consecuencia a calificar en este caso erróneamente el canon como una tasa. No es una tasa, y los documentos contractuales lo consideran claramente como precio.

Entrando en la cuestión controvertida destaca enseguida el art. 13 PCAP, que indica claramente que *«el importe global del canon se considera incluido en el precio del contrato»*, y la Estipulación segunda del documento de formalización del contrato establece que el precio del contrato se desglosa en dos conceptos, una cantidad equivalente al valor nominal de las acciones y el *«canon por la utilización de la red municipal de abastecimiento de aguas»*.

El significado literal de estos preceptos es clarísimo: el canon es parte, está integrado, en el precio. Se trataría de un único canon inicial, eximiendo el abono de cantidad alguna por tal concepto por el resto del periodo, y en ningún caso, reintegrable como se pretende. Como se ha señalado en el Fundamento III, punto 3 de este Dictamen, el Consejo de Estado (Dictamen 238/2019, de 11 abril) recuerda la aplicación a estos supuestos de lo preceptuado por el artículo 1281 del Código civil, así como por el art. 57 del Código de Comercio que indica que *«(...) Los contratos [de comercio] se ejecutarán y cumplirán (...) según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas»*.

Por lo demás, la jurisprudencia reiteradamente ha declarado que para la interpretación de los contratos hay que tener en cuenta en primer lugar el sentido literal y expreso de sus cláusulas, para deducir ante la posible imprecisión de ellas, cuál sea la intención de los contratantes, acomodada a la naturaleza y efectos deducibles de las relaciones contractuales en litigio, esto es, siendo de aplicación preferente el criterio previsto en el art. 1281 del Código Civil que dispone que «*Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas*», por lo que a la vista de la claridad de los términos del contrato, que por otra parte, fueron aceptados por la contratista al efectuar la licitación, llevan a desestimar la interpretación pretendida por esta».

La palmaria claridad de los textos convencionales nos lleva en este caso a considerar suficiente acudir a su mera literalidad, sin tener que aplicar otros criterios hermenéuticos alternativos ni complementarios.

En fin, de la documentación convencional se deduce con claridad que la cantidad abonada por (...) correspondiente al canon era parte del precio del contrato.

4. Según los escritos de alegaciones que analizamos, la Administración, con la interpretación contractual que pretende efectuar, omite el carácter amortizable y reembolsable del «*canon demanial*» anticipado por (...), y defiende la no «*gratuidad*» del pago.

El escrito de alegaciones parte de la afirmación de que existe la obligación de (...) de pagar un canon por la utilización de los bienes adscritos:

*«La obligación de pago de los 59.000.000,00€ exigidos en el PCAP en concepto de “canon demanial” por la utilización de la red municipal de saneamiento de aguas corresponde en exclusividad a la empresa de economía mixta (...). No obstante, quien finalmente tuvo que desembolsar el importe fue (...) y ello por cuanto que, de conformidad con el PCAP el Canon debía satisfacerse de forma anticipada al Ayuntamiento. Si bien, de no haber sido así, (...) en su condición de empresa de economía mixta y como concesionaria del servicio hubiese sido la obligada a abonar al Ayuntamiento el canon de forma anual o como mejor se hubiese convenido».*

No podemos compartir esta afirmación. El art. 8.1 PCAP enumera las obligaciones de (...), y no incluye la de abonar un canon, y el 13 del mismo PCAP la exonera de su abono. La Empresa mixta tiene «*derecho a utilizar los bienes de*

*dominio público necesarios para la prestación de los servicios cuya gestión se le encomienda»* [art. 9.2.c) PCAP]. Es un derecho incondicionado, que proviene directamente del PCAP (y del art. 128.3.3º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, en adelante RSCCLL); es un derecho, además, cuyo ejercicio por parte de (...) está exento del previo pago del correspondiente canon, por cuanto, como se ha expuesto, por un lado el art. 13 PCAP la exime de su abono, y por el otro el art. 19 PCAP y la estipulación 2ª del contrato establecen expresamente como obligación exclusiva de (...) el abono del indicado canon, al configurarlo como parte del precio que esta debía abonar.

Pero es más, ni en el PCAP ni en el documento administrativo de formalización del contrato, ni en la documentación preparatoria o de ejecución de la adjudicación se reconoce derecho alguno a obtener la devolución del pago efectuado por (...).

Efectivamente, si analizamos la documentación preparatoria del contrato puede comprobarse que el Ayuntamiento no pretendía que el pago inicial del adjudicatario fuera recuperable en los términos y forma que acordó el Consejo de Administración de (...) de 27 de junio de 2007. La *Memoria-Estudio para el cambio en el modo de gestión de los servicios públicos municipales relacionados con el ciclo integral del agua que actualmente presta (...)*, de 8 de julio de 2005, (folios 118 a 134 del expediente previo a la licitación), elaborada a partir de sendos informes preliminares, ninguna referencia contiene tampoco a que el importe abonado por el licitador debía ser devuelto, ni a la repercusión que la devolución ocasionaría en la gestión económica y financiera de (...), por lo que no puede interpretarse sino como que simplemente no se establecía la indicada condición. En este documento preliminar se señala que *«el valor actual de (...) podría alcanzar los 45.800.000 E, aproximadamente (...)*», y que *«partiendo de esa cantidad, se podrá fijar por la Corporación un tipo mínimo de licitación, el cual, con toda seguridad, será mejorado por el licitador adjudicatario del contrato (...)*».

También señala esta Memoria-Estudio que *«en cualquier caso, el valor implícito que se ha acumulado en (...) y que es el precio que ha de pagar el socio privado, es producto de su gestión financiera y de las expectativas futuras de gestión de este servicio (...)*»; tal operación consistirá, continúa la Memoria-Estudio, en *«la enajenación de un paquete mayoritario de acciones de (...) y del pago de su importe real en el momento de formalizar el contrato (...)*». Continúa razonando la tan citada Memoria-Estudio: *«Con el cambio de modo de gestión de este servicio, pasando de empresa enteramente municipal a mixta (y no siendo exclusivo de este método de externalización), se genera una fuente extraordinaria de*

*ingresos de importantes dimensiones, cuyo origen radica, no ya en el valor nominal de las acciones (6.010,12 euros cada una de ellas), sino en el canon inicial que abonará el adjudicatario, un canon inicial en el que se tiene en cuenta el valor real de (...) Asimismo, en la valoración de la empresa se ha tenido en cuenta que resultaba más aconsejable para los intereses municipales, así como para la propia empresa mixta, el incluir el incremento que supondría para la valoración de la empresa la capitalización resultante de abonar, con carácter anticipado, el canon establecido actualmente a favor de la Corporación por la utilización de la red municipal de saneamiento y eximiendo de su pago al Ayuntamiento durante el resto de años de duración del contrato».*

A la vista de este planteamiento del Ayuntamiento, que constituye el fundamento de la redacción de la cláusula 19 PCAP y la estipulación 2ª del contrato, en una interpretación literal del contrato (art. 1281 CC) ha de entenderse que el precio viene constituido por dos variables, por un lado el valor correspondiente a las acciones y por otro el correspondiente al canon, este último muy superior al otro porque se le ha repercutido el valor real de la empresa.

En cuanto a los documentos convencionales, el propio Pliego no formula reconocimiento alguno en ningún lugar de su articulado a la existencia del supuesto derecho que se pretende hacer valer de adverso. Entre las obligaciones del adjudicatario (art. 8, apartados 1 y 2 del PCAP) no figura la de adelantar el pago en nombre de la concesionaria, ni entre las obligaciones de (...) la de devolver a su socio mayoritario ese pago adelantado (9.1 PCAP); y es significativo por lo demás que su art. 13 a quien exonera de la aplicación del pago del «*canon*» es a (...) y no a (...), de modo que tampoco se contemplan en el Pliego lógicamente los plazos y condiciones bajo las cuales habría de hacer efectiva la supuesta devolución, tratándose esta última, en su caso, como no podría calificarse de otra forma, una condición esencial o nuclear de la licitación a reflejar en el estudio económico financiero.

Por su parte, en los Estatutos (art. 44) se prevé la creación de un fondo de reversión para cumplir con la obligación de amortizar el capital (devolución del valor nominal de las acciones al concluir el contrato), para cuya dotación se establece un pago a cuenta anual; sin embargo, ninguna dotación o reserva se establece para ese pretendido pago anual para devolver al adjudicatario el importe inicial abonado en la cuantía de 59 millones de euros.

Corroborar, en fin, todo ello la propia oferta presentada por (...), que, del mismo modo, silencia esta cuestión, cuando, de entender que el abono del precio del contrato le sería devuelto durante su vigencia, lo lógico sería que no hubiese faltado

alguna referencia al respecto en su oferta. Y tampoco en el Plan de Inversiones y Mejoras incluido en la oferta, como por lo demás no podía ser de otra forma, se configura el pago realizado por dicha empresa como una de las inversiones previstas en dicho Plan susceptible entonces de ser recuperada.

Por otra parte, si se aceptara la tesis de (...) de que el pago de los 59 millones de euros es un coste del servicio que tiene únicamente la naturaleza de canon demanial, tampoco esta conclusión nos llevaría a que su pago deba ser imputable a (...) y la aportación realizada por (...) al licitar considerarse un préstamo, porque es contrario a los arts. 7, 13, 18.3, 19 y 28 del pliego que señalan al adjudicatario como el sujeto obligado al pago.

(...), al licitar y al formalizar el contrato, aceptó dos condiciones, una el pago del canon en nombre propio como contraprestación para acceder a la prestación del servicio y por otro lado, que como consecuencia de dicho pago, (...) quedaba exonerada de pagar en adelante y durante el plazo de la concesión el canon al Ayuntamiento. Por tanto, el pago de (...) en ningún caso puede considerarse un pago por tercero del art. 1158 CC, toda vez que el canon anticipado formaba parte del precio y por lo tanto lo que estaba haciendo era satisfacer el precio del contrato.

No prevista documentalmente en lugar alguno la devolución del pago realizado por (...) no cumple sino deducir de ello que no cabe admitir el reconocimiento de un derecho cuya satisfacción vendría a comportar una completa alteración del equilibrio económico-financiero en favor del adjudicatario que a su vez desvirtuaría el proceso licitatorio entero llevado a efecto.

En ningún caso procede la devolución a (...) del importe correspondiente al canon. La cantidad abonada inicialmente por (...) en cumplimiento del contrato integraba el importe correspondiente al canon. Pero ya califiquemos el pago por (...) de los 59 millones de euros como adelanto del canon ya como parte del precio, lo que importa a los efectos del presente procedimiento de interpretación del contrato es determinar si -como entendió el Consejo de Administración de (...) en 2007- tal cantidad le debía ser reembolsada por la empresa mixta.

No hay pagos a lo largo de la vigencia del contrato que (...) tuviera que satisfacer, por lo que tampoco son susceptibles de adelanto a su cargo o por mediación de su socio mayoritario, como pretenden los alegantes.



Así pues, el momento *ordinario* del pago de los 59 millones es el momento del pago del precio, inmediatamente después de formalizarse el contrato; no hay adelanto en el pago.

Y es precisamente porque la empresa mixta estaría aliviada de ese pago periódico, y en consecuencia también su socio mayoritario cuando pasara a formar parte de aquélla, por lo que el PCAP transfiere al precio del contrato el equivalente al pago por la utilización de los bienes de dominio público adscritos al servicio. Al respecto, cabe tener en cuenta además que (...) entra a formar parte de la sociedad, y adquiere la condición de concesionaria a su través, sin tener que hacer frente a la ejecución de obras de infraestructura para la prestación del servicio, al disponer (...), y por tanto su socio mayoritario, del derecho de uso de los bienes de dominio público adscritos al servicio. Todo ello repercute en la cuantía del precio, cuyo pago permitió el acceso a la empresa del socio mayoritario.

Cuando (...) pagó los 59 millones, dentro del pago de los 60.274.145,44 euros que le correspondía abonar, lo hacía en su nombre, por la obligación que le imponía el PCAP de pagar el precio, no en nombre de (...) a cuenta del uso de los bienes adscritos, pues ni tal obligación de pago adelantado por tercero figura en el PCAP o en el contrato, ni (...) tenía que realizar abono alguno a la Corporación por tal concepto.

La adjudicación del contrato de venta de acciones, que ganó (...), le daba acceso a la empresa mixta y por tanto también indirectamente -como socio mayoritario- a la gestión del servicio público. Este derecho de acceso, y éste y otros beneficios, explican que la parte más abultada del precio se denominara por el PCAP *«canon por la utilización de los bienes de dominio público adscritos a la gestión de los servicios que se contratan»* [Estipulación segunda, b) del documento administrativo de formalización del contrato].

El escrito de alegaciones, a partir de la argumentación de que el pago por (...) de los 59 millones constituyeron un abono anticipado en nombre de (...), le lleva a considerar que la empresa mixta habría de devolver esa cantidad a su socio mayoritario:

*«Consecuentemente, se aprecia tal y como ya se apuntaba anteriormente que el pago que realizó (...) al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife es un pago por terceros previsto en el artículo 1158 del CC que tendría que haber sido realizado por la empresa de economía mixta (...) como titular de la concesión»*

(...)

«(...) en ningún caso ha de entenderse que esta aportación es ni mucho menos a fondo perdido o gratuito; de hecho, si fuera a fondo perdido tendría que haberse indicado expresamente en los Pliegos».

(...)

«(...) procede concluir que el coste económico de los 59.000.000,00 de euros del “canon demanial” lo ha de soportar la empresa de economía mixta (...) como titular de la concesión, por lo que, (...) tras efectuar el desembolso al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife tiene pleno derecho a obtener el reembolso, máxime cuando se trata de un pago efectuado por tercero en cumplimiento de una imposición prevista en el PCAP, y el propio artículo 1158 del CC prevé el derecho al reclamar el reembolso del pago».

Este Consejo Consultivo, al no compartir con los alegantes que el pago por (...) fuera un pago anticipado a nombre de (...), como se acaba de argumentar, tampoco suscribe obviamente la afirmación de que exista una obligación de reembolsar tal cantidad por parte de la empresa mixta.

La posibilidad de que el adjudicatario pudiera recuperar esos 59 millones no se refleja en la oferta del adjudicatario que sirvió de base a la adjudicación del contrato. En definitiva, el pliego de cláusulas Administrativas particulares y de prescripciones técnicas es claro, por lo que su interpretación no lleva en ningún caso a la conclusión defendida por el socio privado adjudicatario del contrato, ya se utilice el criterio de interpretación literal, ya se emplee el criterio histórico, sistemático o teleológico, pues en todos los casos la conclusión es la misma.

No obstante, el adjudicatario del contrato puede recuperar el coste de la inversión realizada a través de la retribución prevista en el pliego, esto es, el 5.5% de la cifra de negocios en concepto de know how, el reembolso de las 212 acciones por su valor nominal y los dividendos recogidos en los artículos 41 y 42 de los Estatutos Sociales, siempre bajo el principio de riesgo y ventura que soporta el adjudicatario en la proporción de su participación en el capital social.

5. (...) y (...) entienden que el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife con la interpretación contractual que pretende efectuar vulneraría el principio de libertad de pactos entre las partes. En sus escritos de alegaciones señalan:

«El “Acuerdo Cuarto” del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local señala que llevada a cabo la interpretación propuesta, procedería dar las instrucciones precisas a (...) para que se opusiera en lo sucesivo al abono de cantidad alguna a (...) por este concepto, procediendo a

*reclamar las cantidades indebidamente abonadas a (...), así como a instar a los servicios jurídicos de la Corporación para que, a la luz de la normativa vigente en materia mercantil (el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 22 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) inste ante la jurisdicción competente la anulación del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de (...) de fecha 27 de junio de 2007, al estimarse contrario al orden público».*

Este Consejo Consultivo considera que tal *«acuerdo cuarto»*, que se corresponde con el apartado conclusivo segundo de la PR que se somete a consulta, no versa sobre la interpretación del contrato, sino sobre actuaciones que el Ayuntamiento habría de emprender una vez ésta fuera acordada. En consecuencia, como se explicó más atrás, este Órgano consultivo, al no resultar preceptiva su intervención, ha de abstenerse de formular juicio jurídico al respecto.

6. Finalmente, en sus escritos de alegaciones (...) y (...) sostienen que el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife con la interpretación contractual que pretende efectuar estaría incurriendo en una vulneración del principio de actos propios por existir un reconocimiento por parte del mismo durante todos estos años en relación a la procedencia de devolver el *«canon demanial»* por la sociedad de economía mixta (...) a (...); y la forma en que se realizaba. Y a partir de esta afirmación consideran que:

*«La teoría de los actos propios (“venire contra factum proprium non valet”) parte de la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma, determinando la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables en el comportamiento ajeno».*

Para (...) y (...) la adopción de la interpretación que plantea la Administración supondría por parte de ésta, aparte venir contra actos propios, *«vulnerar los principios de eficacia, confianza institucional legítima y seguridad jurídica»*.

En cuanto a la aplicación de la doctrina de los actos propios en el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas, la jurisprudencia contencioso-administrativa (inspirada a su vez en la civil) coincide en señalar que dicha doctrina precisa, para deducir de ella las consecuencias que se pretenden, que la voluntad expresada ha de ir encaminada a la creación, modificación o extinción de un derecho y ha de tratarse asimismo de una actuación concluyente e indubitada con una significación inequívoca.

Es evidente que, por parte de la Administración contratante, lejos está de poder constatarse una voluntad expresada en los indicados términos y encaminada hacia el citado fin. Y es a ella, en cuanto tal -esto es, en su condición de uno de los dos polos de la relación bilateral que le liga con la entidad contratista-, a la que en su caso habría que imputar dicha voluntad. Pretender otorgar a la pasividad de sus representantes, en el seno de un órgano de dicha entidad, un valor y deducir de ello unas consecuencias como las que se pretenden constituye un notorio exceso.

Resulta evidente que el Ayuntamiento, a largo de todo este periodo de trece años, más de la mitad de la duración del contrato, ha sido conocedor de la aplicación del acuerdo del Consejo de Administración de (...) de junio de 2007. El propio Informe-Propuesta sometido a dictamen así lo reconoce:

*«Cabe referir en este punto, que la existencia de la citada deuda con las empresas del Grupo (...) ha conestado siempre perfectamente reflejada en la información económico-financiera remitida anteriormente y de forma puntual por (...) a esta Corporación, desde la fecha de reformulación de las cuentas anuales (2007), sin que hasta la fecha le conste a quien suscribe ningún pronunciamiento desfavorable o disconforme por parte de esta Corporación al respecto».*

Ahora bien, de aceptarse la afirmación de los alegantes supondría que en este caso el Ayuntamiento no debería iniciar el procedimiento de interpretación que se tramita, o que de iniciarse habría de avenirse a asumir la tesis hermenéutica de la empresa mixta y de su socio mayoritario.

En el escrito de alegaciones se indica que *«la doctrina de los actos propios impide a la Administración cambiar unilateral y arbitrariamente de criterio, frustrando, con ello, las expectativas legítimas previamente creadas en los ciudadanos de buena fe».*

No ha habido tal cambio de criterio, pues el Ayuntamiento no ha acordado acto o resolución algunos reconociendo la validez jurídica del Acuerdo del Consejo de Administración de 2007 ni la de los actos societarios de aplicación del mismo. Si la PR fuera aprobada dando acogida a la tesis hermenéutica que plantea, el Ayuntamiento no estaría contradiciendo actos anteriores, no estaría viniendo contra sus propios actos.

Procede recordar en este momento que el Acuerdo de 27 de junio de 2007 se adoptó por el Consejo de Administración de (...) como consecuencia del Informe de Auditoría sobre las Cuentas Anuales de 2006, y teniendo a la vista el Dictamen Jurídico emitido por el Catedrático de Derecho Administrativo, (...) el 22 de junio de 2007.

El citado Informe de Auditoría advertía que «*“los Derechos sobre activos cedidos en uso” del capítulo “inmovilizado inmaterial” y las deudas con empresas del grupo incluidas en el balance de situación, están en defecto por importe de 59 M€*». Todo ello porque «*de conformidad con la norma de valoración 5ª sobre el inmovilizado material incluida en la adaptación sectorial del Plan General de Contabilidad a las empresas del sector del abastecimiento y saneamiento de agua, el derecho de uso de los bienes adscritos deben registrarse en el activo del balance de situación por la contraprestación efectuada por la empresa o por su valor venal, en el caso de que no se exigiera contraprestación alguna*».

Es este informe de Auditoría el que provoca la reformulación de las Cuentas Anuales de la sociedad.

A partir de ese momento las Cuentas Anuales de todos los ejercicios posteriores que se remiten al Ayuntamiento van acompañados de su correspondiente Informe de Auditoría favorable, sin reparo o advertencia alguna. Y, por lo tanto, con una razonable apariencia de conformidad con las normas mercantil y contable que le son de aplicación.

Incluso, y como bien recuerdan en sus alegaciones las entidades (...) y (...), en el Acuerdo de inicio del procedimiento de intervención de la concesión de la gestión del ciclo del agua, de fecha 17 de junio de 2014, se hace referencia a la devolución de la ciudad deuda de (...) con (...) por la devolución del Canon.

Es otra entidad auditora externa, (...), la que, con motivo de los informes «*Resumen Anual de Actividades de la Empresa (...) del Ejercicio 2016*» (Octubre de 2018), e «*Informe de Análisis de los argumentos esgrimidos en los Anexos 1 a 11 de la solicitud de reequilibrio económico de servicio público presentada por (...) al Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife*» (febrero de 2019), advierte al Ayuntamiento de no haber encontrado evidencia completa que permita confirmar la naturaleza y efecto de la deuda con (...).

Ahora son estos informes, también de una entidad auditora externa, los que provocan el inicio del presente expediente de interpretación de contrato.

No hubo cambio de criterio por el Ayuntamiento; pero es que incluso si así fuera, si la interpretación que pretendiera aprobarse fuera a contradecir actos administrativos adoptados con anterioridad, tal circunstancia no podría enervar la tramitación del procedimiento de interpretación, cuando el mismo se considerase necesario para reaccionar frente a una interpretación unilateral de la concesionaria que se calificara como contrario al marco jurídico convencional, y susceptible de

generar daños en la prestación del servicio público o en el equilibrio económico-financiero de la concesión. La defensa de la legalidad, y del interés público del contrato y del servicio obligarían a la Administración a reaccionar como ahora lo ha hecho el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife. Y si se constatará o sospechara que algunos de sus actos administrativos anteriores resultaran contrarios a Derecho, la Corporación dispondría de varias vías para revisar tales actos. Pero lo que no podría hacer, ni siquiera en este supuesto extremo, es inhibirse de reaccionar frente a una interpretación del contrato contraria a Derecho y susceptible de dañar la prestación del servicio. Téngase en cuenta, además, que se reacciona frente a una interpretación, la del acuerdo societario de 2007, adoptado unilateralmente y sin seguir el procedimiento establecido para interpretar los contratos administrativos.

En efecto, no consta en el expediente que el socio privado mayoritario planteara una modificación del régimen económico de la concesión al órgano de contratación, acompañado con un estudio económico como exige el pliego.

Por lo demás, la facultad de interpretar el contrato la podrá ejercer la Administración en cualquier momento. Como textualmente recoge en su Memoria del año 2019 el Consejo de Estado, llegado el caso, *«la potestad de interpretación subsiste aun después de haberse extinguido el contrato. Dicha pervivencia lo es a los efectos del procedimiento de su liquidación. El Consejo de Estado ha afirmado que dicha potestad pervive también como efecto reflejo de la situación contractual preexistente, señalando que así lo reconoce expresamente el artículo 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre»*. Con mayor razón, así, pues, mientras se encuentra el contrato en plena vigencia.

## V

Procede ocuparnos en este Fundamento de analizar y valorar los informes preceptivos emitidos tanto por la Asesoría Jurídica como por la Intervención General del Ayuntamiento, respecto al Informe Propuesta Área de Bienestar Comunitario y Servicios Públicos, sometido a dictamen como PR.

1. El preceptivo Informe de la Asesoría Jurídica municipal fue emitido con fecha de 8 de septiembre de 2020, fijando posición en relación con la Propuesta de Resolución provisional de fecha 6 de agosto anterior. Consta de seis apartados de antecedentes, seis de consideraciones jurídicas y siete conclusiones. Dada su importancia este Dictamen ha de pronunciarse acerca de los argumentos que

desarrolla y de las conclusiones que alcanza en relación a la interpretación del contrato.

1.1. La primera cuestión sobre la que hemos de pronunciarnos es la relativa al diseño general y composición del sistema convencional del contrato.

El informe de Asesoría considera que en este caso existe un único contrato, contra la opinión manifestada por (...) en sus alegaciones de que nos encontramos ante dos contratos, que se han llevado a cabo a través de un único procedimiento de licitación. Debemos coincidir en esta consideración con el órgano asesor municipal, a la vista de la documentación convencional y del procedimiento tramitado para su aprobación. Estamos ante un contrato de gestión de servicios públicos, dirigido a establecer la modalidad de gestión indirecta a través de una sociedad de economía mixta, incluyendo el concurso para la selección del socio privado. Se ha procedido a una única licitación que tiene un doble objeto: la selección del socio privado para formar la entidad mixta y, además, la adjudicación del contrato a esa entidad participada por socio privado y público. Eso es lo que se desprende de la lectura del PCAP y del documento de formalización del contrato.

Este único contrato persigue obtener como efecto jurídico (art. 1.3 PCAP) el de seleccionar a la persona física o jurídica que habrá de adquirir 212 acciones de (...), *«la cual pasará a convertirse en empresa de economía mixta, y el adjudicatario del contrato en su socio mayoritario»*. Perfeccionado el contrato el adjudicatario del mismo pasa a ser socio mayoritario de (...), y ésta adquiere la condición de concesionaria del servicio público de abastecimiento de aguas. Y es que en esta modalidad de gestión indirecta del servicio la sociedad de economía mixta constituida a tal fin *«figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos»* (art. 182 RGLCAP). Es decir, (...) es la concesionaria, mientras (...) sólo ostenta la condición de socio mayoritario de ella.

Por lo demás, el informe de Asesoría sostiene que existe una *«obligación»* (no explica si del socio privado o de la empresa mixta), agregada o subordinada a la principal, *«de adquirir el título habilitante de la utilización privativa de los bienes de dominio público afectos a los servicios que se prestan»*, pues sin tal *«derecho de uso de los bienes de dominio público»* adscritos *«no se puede prestar el servicio»*. No precisa la Asesoría Jurídica a quién reconoce esta titularidad; pero cabe suponer que a (...) en su cualidad de concesionaria, pues así se determina por la normativa

vigente. Efectivamente, este derecho de uso lo ostenta la concesionaria (art. 128.3.3º RSCCLL), y en toda concesión habrá de precisarse en su clausulado qué obras e instalaciones se atribuyen a la concesionaria para su utilización («*su goce*») en la prestación del servicio (art. 115, 3ª RSCCLL). Este derecho de uso de los bienes adscritos al servicio los adquirió (...) como concesionaria.

Tal utilización de los bienes demaniales adscritos al servicio puede generar la obligación de abonar un canon por parte de la concesionaria a la Corporación, si así lo establecen los pliegos (art. 115. 8 RSCCLL, «*en su caso*»); pero en este caso (...) quedó exonerada de hacerlo, al considerarse «*incluido el importe global de dicho canon en el precio del contrato*» (art. 13 PCAP).

También carece de fundamento, a la vista de la literalidad del texto del citado art. 13, negar -como hace el informe de Asesoría- aquella exoneración. Así, el órgano asesor considera que:

*«No se trata por tanto de una exoneración en sentido estricto, se trata del canon que la (...) pública venía satisfaciendo al Ayuntamiento por la red municipal de saneamiento y deja de abonar por cuanto se considera incluido en el canon demanial (sic) que abona el adjudicatario»* (pág. 9). En el Fundamento anterior ya tratamos la afirmación de la Asesoría de que debía entenderse establecido un «*canon demanial*», propio de una concesión de dominio público aquí inexistente. ¿En base a qué documento convencional cabe identificar la obligación de abonar un canon demanial; y qué concesión de dominio público ha sido otorgada a (...) o al adjudicatario, y en qué precepto del PCAP o del documento de formalización del contrato, para deducir la existencia de una obligación de aquella o de éste de abonar un canon demanial?

Ya en la respuesta a las alegaciones de (...) y de (...) nos ocupamos de esta calificación como canon demanial de aquel al que aluden los documentos convencionales. La institución de la concesión de dominio público es algo diferente de una concesión de servicios públicos, y desde luego no está presente en el marco jurídico de ésta. Como indica la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de mayo de 1999 (rec. n.º 326/1996, FJ 4º): «*Sobre la base precedente deben decaer los alegatos de la actora referentes al desplazamiento patrimonial de bienes o derechos públicos o al uso privativo o aprovechamiento especial de un bien o servicio público como requisitos esenciales de la concesión administrativa. En efecto, tales elementos devienen esenciales en un tipo de concesión administrativa -la concesión demanial - pero con tal modo de razonar olvida la recurrente que además, y junto a aquellas concesiones administrativas que están fundadas en base sustancialmente diferente*



*ya que lo determinante en tal caso de la concesión no es el dominio público (y el de uso privativo o aprovechamiento especial inherente al mismo) sino el concepto mismo de servicio público y el modo de gestión indirecta del mismo. Por lo tanto, y como según los referidos preceptos, el abastecimiento domiciliario de agua potable nunca sería una concesión demanial, sino una concesión de servicio público es por lo que, en definitiva, debe decaer el primero de los motivos de recurso».* El derecho de la concesionaria a usar los bienes de dominio público adscritos al servicio no deriva de una concesión demanial, sino de la concesión de servicios públicos misma.

El informe de la Asesoría Jurídica insiste en la interpretación de que existe una concesión demanial derivada del contrato (págs. 7 y 8):

*«No hace falta insistir en que, como consecuencia del presente contrato, el adjudicatario se obliga a abonar a la Corporación en concepto de “canon demanial” y no por ninguna otra causa, la cantidad señalada de cincuenta y nueve millones de euros, (...) que fueron aportados por el adjudicatario en concepto de canon demanial por el uso privativo de los bienes de dominio público».*

Tal interpretación carece de fundamento. No se menciona una concesión demanial en ninguno de los documentos del contrato. No resulta, por otro lado, posible atribuir el uso de aquellos bienes al titular de una concesión demanial cuando el derecho de uso de los mismos viene reglamentariamente reconocido a la concesionaria del servicio (art. 128.3.3º RSCCLL). Esta forzada interpretación de la Asesoría Jurídica no tiene en cuenta que el uso de los bienes adscritos al servicio está inevitablemente unido a la prestación del mismo, y resulta indisponible para otro negocio jurídico alternativo o complementario.

El abono de 59 millones de euros por parte de (...) no fue para acceder a una concesión de dominio público, que como acaba de explicarse no forma parte del contrato, no existió. En este punto, pues, no se considera asumible la interpretación de la Asesoría Jurídica, que discrepa de la del Acuerdo de incoación de la Junta de Gobierno Local de 3 de julio de 2020.

1.2. También manifiesta su disconformidad la Asesoría con la propuesta interpretativa inicial de la Junta de Gobierno Local acerca de la calificación como parte del precio de aquel pago por (...) de 59 millones de euros.

Ya nos hemos ocupado de esta cuestión más arriba, al analizar las alegaciones de (...) y de (...) en idéntico sentido. En la documentación convencional [cláusula 19.4

PCAP, estipulación segunda, b) del documento administrativo de formalización y estipulación segunda de la Escritura notarial] se califica literalmente de precio del contrato, o mejor de parte de él, la cantidad de 59 millones de euros. Propiamente el precio es una cantidad global de 60.274.145,44 euros («*cantidad global y alzada*», se indica en la Escritura otorgada ante Notario); su subsiguiente desglose en el clausulado citado se explica por la necesidad de fijar el valor nominal de las acciones, a devolver al adjudicatario al concluir el contrato, y de cuantificar el valor de lo exonerado a (...) por la utilización de los bienes adscritos (59 millones de euros).

Como señalamos en el Fundamento anterior, la adjudicación del contrato que ganó (...) le daba acceso a la empresa mixta y por tanto también a participar indirectamente, en su condición de socio mayoritario, en la gestión del servicio público. Este derecho de acceso, y éste y otros beneficios, explican que la parte más abultada del precio se denominara por los documentos citados «*canon por la utilización de los bienes de dominio público adscritos a la gestión de los servicios que se contratan*». El precio incluyó aquellos 59 millones de euros, y no sólo el valor nominal de las acciones, porque abonado el mismo el adjudicatario iba a beneficiarse, al acceder a la condición de socio mayoritario, de la exoneración reconocida a (...) para los siguientes veinte y cinco años.

No podemos, en consecuencia, asumir la interpretación de la Asesoría Jurídica de que la cantidad de 59 millones pagada por (...) no era una parte del precio del contrato, sino un canon demanial por la utilización de los bienes adscritos al servicio. Este Consejo Consultivo ha de manifestar por ello su discrepancia respecto de la conclusión segunda del Informe de la Asesoría Jurídica.

1.3. También el informe de Asesoría Jurídica discrepa de la PR provisional de 6 de agosto, cuando ésta afirma que:

«(...) *desvirtuaría todo el proceso licitatorio llevado a cabo y se desnaturalizaría el propio contrato de gestión de servicio público formalizado, cuya nota característica y definitoria es la traslación del riesgo operacional al licitador, riesgo operacional que queda totalmente anulado al garantizarse con creces el contratista la completa recuperación de la inversión llevada a cabo*» (página 25).

Recuerda con razón el informe asesor que el concepto de «*riesgo operacional*» lo introduce una legislación, la de 2017, no aplicable al contrato que se interpreta, pues constituyó una novedad introducida por ésta. Y es que con ser cierto que dicha denominación como tal sólo recientemente ha sido incorporada a nuestra normativa

contractual (LCSP 2017), a resultas por lo demás de las Directivas europeas más recientes, también todavía lo es más que el reconocimiento del principio de riesgo y ventura es por el contrario una regla tradicional y de sólido raigambre en materia de contratación pública; a decir verdad, la existencia de un componente aleatorio es consustancial a todo contrato, porque sólo así se justifica la percepción de beneficios («*venturas*») en la medida en que efectivamente se asume un riesgo. No cabe en consecuencia exacerbar el ámbito de aplicación del derecho al equilibrio económico financiero del contrato, igualmente reconocido; pero que en modo alguno autoriza a su amparo a la reconfiguración del equilibrio inicial del contrato y a la transformación de los contratos administrativos en una especie de seguros a todo riesgo

1.4. Finalmente, hemos de ocuparnos de la interpretación de la Asesoría Jurídica en relación a la recuperación por (...) -a lo largo de la vida del contrato o al finalizar éste- de los 59 millones de euros que abonó inicialmente.

Entiende la Asesoría que *«si concluimos que los 59 millones aportados por el adjudicatario en concepto de canon demanial por el uso privativo de los bienes de dominio público habríamos de admitir, por las razones expuestas, que dicho concepto, en cuanto forma parte de los gastos de establecimiento del servicio (artículos 126.2 y 129.3 del RS), es recuperable por el adjudicatario»*.

A continuación, también afirma:

*«Otra cosa si la formula implementada para su recuperación es o no la fórmula que debe emplearse en el presente caso»*.

Y, por ello, fija así el objeto de la interpretación:

*«Es cierto, y aquí puede surgir la discrepancia que habrá que resolver por vía de interpretación del contrato teniendo en cuenta que ninguna previsión al respecto se establece en el pliego de condiciones, ninguna tampoco en la oferta del licitador, y ninguna por último en el contrato, siendo la cuestión fundamental si la recuperación de la inversión, teniendo en cuenta el principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato debe estar garantizada vía amortización anual o quedar al albur del resultado económico de la empresa para su recuperación vía dividendos»*.

Y más adelante descarta la fórmula de la recuperación a través del reparto de dividendos:

«(...) el reparto de dividendos (...) no puede considerarse ni desde el punto de vista contable, ni de su naturaleza jurídica, como una forma de recuperación de activos» (pág. 10).

A partir de la anterior afirmación, las razones que alega la Asesoría parten de considerar que el pago de 59 millones por (...) resulta calificable como coste de establecimiento del servicio, y que el adjudicatario que lo abonó tiene derecho a su recuperación según establecen los arts. 126.2 y 129.3 RSCCLL. El art. 114 RSCCLL dispone que la concesión podrá comprender la construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuvieran afectas, o el mero ejercicio del servicio público, cuando no requiera obras o instalaciones permanentes o estuvieran ya establecidas. Aparte de gastos administrativos y otros menores, aquellos otros atinentes a la construcción de obras e instalaciones permanentes afectas al servicio son los que el RSCCLL califica de costes de establecimiento. Los *«costes de establecimiento del servicio»* parece que sólo pueden estar referidos a la implementación de medios materiales (obras o instalaciones) necesarios para poner en marcha el servicio y que no existieran al suscribirse el contrato. Es por eso por lo que no siempre tales costes se generan (*«coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho»*, según 126.2). Y ese es el caso del contrato que interpretamos, pues las obras e instalaciones afectas al servicio ya existían antes de suscribirse aquél, por lo que ningún coste de establecimiento se generó. Pero, además, es que estos dos artículos no resultan aplicables para fundar un presunto derecho del adjudicatario a una eventual recuperación de tales costes, pues sólo reconocen tal derecho a la concesionaria del servicio. Y ha quedado claro que (...) no es la concesionaria, sino (...). Además, este derecho de recuperación se reconoce por el RSCCLL frente a la Administración que ha concedido el servicio, y aquí pretende hacerse valer por parte del socio mayoritario frente a la sociedad de economía mixta a la que pertenece.

Tampoco resulta a nuestro juicio admisible dar acogida a un pretendido derecho de recuperación de los 59 millones por parte de (...) al abrigo del principio del equilibrio económico de la concesión. La finalidad del mantenimiento de tal equilibrio es la de asegurar la suficiencia financiera de la prestación del servicio, su cobertura económica, generando obligaciones de compensación por parte de la Administración y en beneficio de la concesionaria cuando determinadas circunstancias sobrevenidas amenacen aquel equilibrio. Por eso tal principio sólo puede ser alegado en el seno de la relación Administración-concesionaria; pero para

nada ha de ser aplicado a fundamentar un derecho del socio mayoritario, y adjudicatario, frente a la propia sociedad de la que forma parte.

El informe de Asesoría admite que el PCAP no reconoce este derecho de recuperación a favor de (...), pero ello *«no significa que expresamente lo prohíba»*, por lo que entiende que hay una laguna (pág. 12). Y a partir de ahí, para rellenarla hermenéuticamente, aplica su interpretación de la existencia de una concesión demanial, y de un canon demanial abonado por (...) como coste de establecimiento. Sólo deja abierta la determinación de la *«fórmula implementada para su recuperación»* (pág. 13), si la aplicada por el Consejo de Administración de (...) en 2007, o alguna otra.

Es de la opinión de este Consejo, como se ha explicado, que no existe una concesión demanial, que no ostenta (...) derecho alguno a recuperar los 59 millones que abonó en concepto de precio, y que en consecuencia huelga buscar una fórmula para una recuperación a la que no tiene derecho. Procede, por todo ello, manifestar nuestra discrepancia respecto de la conclusión tercera del informe de la Asesoría Jurídica.

2. Por su parte, la Intervención General, en su Informe de 11 de noviembre de 2020, se remite a lo ya manifestado en su informe anterior de 30 de junio, al considerar que no resulta preceptiva una nueva fiscalización del expediente.

En dicho Informe de 30 de junio, en su Consideración Jurídica Segunda, la Interventora General manifestaba: *«(...), esta intervención se muestra conforme a lo argumentado por el Director General de Bienestar Comunitario y Servicios Públicos en las conclusiones de su Informe, toda vez que: “Ningún documento de soporte de la contratación de referencia permite deducir que el pago del precio del contrato abonado por (...), suponía el abono por cuenta de (...) del canon demanial de la misma”»*.

Y, en la misma Consideración, más adelante continúa: *«Visto lo acreditado por el Área de Bienestar Comunitario y Servicios Públicos en su Informe y tendiendo a las previsiones contenidas en el Pliego de cláusulas administrativas particulares y del contrato suscrito, reseñadas ut supra, debemos considerar que el obligado frente al Ayuntamiento al pago del precio del contrato de referencia debe considerarse a (...), habiendo sido dicha empresa la única obligada al pago de la garantía definitiva constituida mediante Aval 5900168468-25354 por importe de DOS MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS (2.410.969,40 €), figurando en el mismo en calidad de avalada la mercantil (...) con CIF (...)»*.

Con este informe, la Intervención General respalda de forma inequívoca la Propuesta sometida a su consideración.

## VI

1. En el Fundamento IV de este Dictamen hemos fijado nuestra posición respecto a la interpretación que postulan (...) y (...) a través de sendos escritos de alegaciones, y en el inmediatamente anterior nos hemos referido al informe de la Asesoría Jurídica y al de la Intervención General. Procede a continuación analizar la PR definitiva, de 18 de noviembre de 2020, y formular nuestro juicio hermenéutico al respecto.

Por adelantado ha de indicarse que al criticar los argumentos y conclusiones hermenéuticas de las alegaciones, y también las del informe de la Asesoría Jurídica, ha de entenderse implícitamente definida por parte de este Consejo la respuesta interpretativa objeto de la consulta. No obstante, antes de concluir procede analizar la PR definitiva, y formular la valoración jurídica de la misma.

2. La PR definitiva desestima las alegaciones planteadas por (...) y por (...), y al respecto concluye interpretando el contrato en el sentido de que:

A. *«El importe abonado por (...) constituye el precio abonado por ésta por la adquisición, durante 25 años, de 212 acciones de la empresa (...), con el consiguiente derecho a gestionar la misma y el servicio público del ciclo integral del agua que llevaba implícito».*

B. *«En ningún caso, dicho importe puede tener la consideración de canon demanial por la utilización de los bienes de dominio público afectos al servicio público».*

C. *«La idea de que el pago del precio del contrato, concebido por (...) como canon demanial, se hacía “por cuenta de (...)” resulta ser una interpretación de parte realizada con carácter posterior al inicio del contrato, que no tiene sustento en ninguna cláusula del pliego que rige la contratación».*

D. *«El Pliego (cláusula 13) exonera a (...) de abonar a la Corporación canon alguno por la utilización de los bienes de dominio público afectos al servicio público».*

Pues bien, este Consejo no puede sino coincidir con la PR en la desestimación de la interpretación realizada por la empresa y por su socio mayoritario. Y al respecto

asumimos plenamente las anteriores conclusiones de la PR definitiva, tal como hemos argumentado a lo largo del Fundamento IV de este Dictamen.

3. Por otra parte, al dar respuesta al informe de la Asesoría Jurídica la PR definitiva *«se reitera en los argumentos y razonamientos utilizados para formular sus conclusiones iniciales»* (PR inicial, incluida en el Acuerdo de incoación de 3 de julio de 2020), cuyas conclusiones omitimos, pero que coinciden con las alcanzadas en la respuesta a las alegaciones, y que acaban de ser transcritas. Ha de ser, también aquí, favorable el juicio del Consejo Consultivo a tales argumentaciones y conclusiones, en los términos y con las precisiones que más arriba hemos expuesto.

No obstante, la PR definitiva *«constata que la Asesoría Jurídica, si bien, como se ha dicho, discrepa con esta Área gestora (ha de entenderse, con la PR) respecto de los argumentos utilizados, coincide con ésta en apreciar una diferencia de criterio entre esta Administración y el contratista respecto de la fórmula de recuperación de la inversión implementada, cuestión nuclear del asunto que nos atañe»*.

Pues bien, en relación con el antecitado texto de la PR, procede que nos pronunciemos acerca de tales discrepancia y coincidencia. Puesto que la PR definitiva considera que los 59 millones abonados por (...) constituyeron sólo el precio del contrato, y no una cuota demanial por la utilización de los bienes adscritos, la discrepancia respecto del informe de Asesoría no es meramente en *los argumentos utilizados*, sino sobre todo en las conclusiones alcanzadas.

Y en cuanto a la coincidencia con la Asesoría Jurídica, que la PR proclama, acerca de la *«diferencia de criterio entre esta Administración y el contratista respecto de la fórmula de recuperación de la inversión implementada»*, debemos advertir que a lo largo de toda la fundamentación de la PR no se discrepa de los alegantes sólo en la fórmula de recuperación, sino sobre todo en la existencia o no de un derecho de (...) a obtenerla, que la PR descarta y el informe de la Asesoría defiende. Y es que una cosa es que *«la inversión realizada por el licitador sea recuperable a lo largo de la vida del contrato»* (PR), principio general de todas las sociedades de capital a favor de los accionistas y también propio de los contratos de gestión de servicios públicos, y otra que (...) tenga derecho frente a (...) a recuperar los 59 millones por constituir una cuota demanial que abonó como coste de establecimiento del servicio, o al abrigo del principio del equilibrio económico de la concesión, como plantea la Asesoría Jurídica.

4. A partir de los argumentos y consideraciones expuestos la PR alcanza la siguiente conclusión (la única sobre la que ha de pronunciarse este Consejo):

*«PRIMERO. Resolver el procedimiento de interpretación del contrato suscrito con (...) para la gestión del ciclo integral del agua, en el sentido de considerar que el contrato no garantiza la recuperación total del precio pagado por esta de forma anticipada a la firma del contrato, todo ello sin perjuicio del derecho del contratista a recuperar su inversión mediante las formas de recuperación expresamente establecidas en el contrato, esto es:*

*- Derecho a obtener el 5,5% sobre la cifra de negocios de (...), por la transferencia de Know How (artículo 8.2 del Pliego)*

*- Eventual reparto de dividendos derivados de los resultados positivos en la gestión de (...) [artículos 41 y 42 de los Estatutos Sociales de (...)].*

*- A la finalización del contrato, devolución del valor nominal de las acciones que se le adjudicaron (artículo 18.3 del Pliego)».*

Este Consejo considera ajustada a Derecho la anterior conclusión, al interpretar el contrato en el sentido de considerar que:

A. El importe abonado por (...) constituye el precio del contrato para la adquisición de 212 acciones de la empresa (...), con el consiguiente derecho a participar como accionista en la gestión del servicio público del ciclo integral del agua que llevaba implícito.

B. La adjudicataria (...) no ostenta un derecho frente a (...) a recuperar la cantidad de 59 millones de euros abonada al Ayuntamiento como parte del precio; pero sí a obtener de la Corporación municipal, al finalizar el contrato, la devolución del importe correspondiente al valor nominal de las acciones.

C. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares reconoce el derecho de (...) a obtener el 5,5% sobre la cifra de negocios de (...), por la transferencia de Know How.

D. Como accionista (...) tiene derecho al eventual reparto de dividendos derivados de los resultados positivos en la gestión de (...) [arts. 41 y 42 de los Estatutos Sociales de (...)].

5. Finalmente, ya como observaciones de forma, debemos señalar:

- La PR se estructura casi exclusivamente como una respuesta a los escritos de alegaciones de (...) y de (...), ofreciendo una interpretación alternativa que es la que se defiende. Tal estructura formal se estima por este Consejo insuficiente. El



procedimiento de interpretación que ha incoado de oficio la Administración municipal obliga a que ésta formule su propuesta en positivo, no sólo como respuesta a las alegaciones de la empresa mixta y el socio mayoritario, y la argumente explícitamente. Es cierto que a lo largo de la Propuesta puede identificarse la interpretación contractual que se postula, y que se argumenta a su favor suficientemente; pero el Consejo Consultivo entiende que debe formularse explícitamente y con una sistemática unitaria que permita su exposición ordenada.

-- Finalmente, y como una observación de carácter general, es éste el lugar para señalar que en la redacción de la Propuesta que finalmente se someta a aprobación de la Junta de Gobierno Local deberá evitarse la forma propia de un informe individual, para formular los razonamientos, expresiones y juicios como los de un órgano colegiado. La PR que se somete a nuestro dictamen figura como Informe-Propuesta, y acaso por ello algunos de sus párrafos figuran en primera persona del singular, como expresión del autor individual del informe. Así, a modo de ejemplo, uno de los tantos párrafos que incurren en esta anomalía:

*«(...) la existencia de esta deuda a favor del grupo (...) fue conocida por quien suscribe con ocasión de los trabajos realizados de supervisión».*

Tal modo de formular los juicios, argumentos y conclusiones de la PR debe ser corregido.

## C O N C L U S I Ó N

El Acuerdo Primero de la Propuesta de Resolución de fecha 18 de noviembre de 2020 se considera conforme a Derecho.

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. ALFREDO BELDA QUINTANA SOBRE EL DICTAMEN 20/2021 DEL PLENO, RELATIVO A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO SUSCRITO CON (...) PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE GESTIÓN DEL CICLO INTEGRAL DEL AGUA EN EL MUNICIPIO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE (EXP. 508/2020 CA).

1. En aplicación de lo dispuesto en el art. 17.2 de la Ley del Consejo Consultivo (LCCC), habiéndolo anunciado en la sesión de aprobación del Proyecto de Dictamen correspondiente y en base a lo entonces expuesto por quien suscribe al respecto (art. 54.2 del Reglamento de organización y funcionamiento, ROFCC), presento el presente Voto Particular en el que manifiesto razonadamente mi discrepancia del parecer mayoritario plasmado en dicho Dictamen en el asunto de referencia.

Tal discrepancia, se basa en los motivos que expongo seguidamente.

2. Considero, y en esto coincido con otros miembros de este Consejo también discrepantes de la decisión mayoritaria, que, en este caso se ha producido un exceso a la hora de ejercer la prerrogativa de interpretación de la Administración, que está prevista en la legislación contractual (citándose en el Dictamen, Fundamento I.3, los arts. 190, 191 y 261 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público -LCSP-, cuando la referencia al art. 261 LCSP, a mi parecer, resulta errónea, pues se refiere a los contratos de concesión de obras, distintos, por tanto, al contrato que hemos dictaminado). En todo caso, los arts. 190 y 191 LCSP, en cuanto a las cuestiones procedimentales, y el art. 59 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 (TRLCAP), en cuanto a las cuestiones sustantivas o de fondo, como bien apunta el Fundamento I.2 del Dictamen, son los que resultarían aplicables en este caso.

Sin embargo, como acabo de adelantar, el ejercicio de la prerrogativa interpretativa de los contratos, en este momento, se ha excedido, por cuanto la misma no está referida a una controversia que se ha originado con ocasión de la ejecución del contrato o del cumplimiento del servicio de gestión del ciclo integral del agua en el municipio, que lleva implícito.

En este sentido, el apartado Segundo de la Propuesta de Resolución que se dictamina -aunque en el Dictamen se aclara que al no tratarse de una propuesta interpretativa no se dictamina sobre esta parte (Fundamento III.4)- tiene como finalidad última instar ante *"la jurisdicción competente la anulación del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de (...) de fecha 27 de junio de 2007, al*

*estimarse contrario al orden público en los términos expuestos en la normativa mercantil, con las consecuencias jurídicas y económicas que de tal consideración se deriven*". Como la finalidad de todo el expediente tramitado es la impugnación de un acuerdo societario de la empresa mixta de la que el Ayuntamiento forma parte, y para el ejercicio de dichas acciones judiciales pretendidas no es necesario el ejercicio de una prerrogativa administrativa atribuida a la Administración por la legislación de contratos, de ello se deduce que estamos claramente en el ámbito mercantil, en el de impugnación de acuerdos societarios, por lo que esa es la vía que tiene el Ayuntamiento para dirimir su oposición a este acuerdo, sin que sea necesario, insisto, el ejercicio de esta prerrogativa interpretativa que tiene carácter exorbitante. Por tanto, se ha producido un exceso en el ejercicio de esta prerrogativa interpretativa sobre un asunto que debe limitarse a la impugnación de un acuerdo societario ante la jurisdicción mercantil, sin que sea requisito previo y necesario acudir a la interpretación del contrato administrativo, pues, en este momento, del contenido del expediente no se deduce que exista una controversia sobre la ejecución del contrato ni sobre la gestión del ciclo integral del agua en el municipio por parte del adjudicatario, achacable a alguna cláusula del contrato o del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rigió la licitación.

El adjudicatario se presentó a licitación junto a otros licitadores y, en virtud de su oferta, le fue adjudicado el contrato, haciéndose con el control mayoritario de la empresa mixta que gestiona dicho servicio público en el municipio, pagando las cantidades que había ofertado.

Es más, la cantidad que abonó de 59.000.000 de euros en concepto de canon anticipado por la utilización del dominio público municipal durante 25 años, la recibió el Ayuntamiento y, en ningún momento, se ha planteado que éste deba devolver dicha cantidad, por lo que tampoco afecta al interés público municipal.

3. En todo caso, discrepo fundamentalmente de la conclusión del Dictamen, que considera que el Acuerdo Primero de la Propuesta de Resolución resulta ajustado a Derecho. Ello es así considerado en la medida que para la opinión mayoritaria "(...) A. *El importe abonado por (...) constituye el precio del contrato para la adquisición de 212 acciones de la empresa (...), con el consiguiente derecho a participar como accionista en la gestión del servicio público del ciclo integral del agua que llevaba implícito*" (Fundamento VI.4).

Por tanto, discrepo del Dictamen en que el canon anticipado pagado por (...) por importe de 59.000.000 de euros forme parte del precio del contrato para la adquisición de 212 acciones de la empresa (...), acudiendo para ello al art. 1281 de Código Civil, tal y como se cita en el Fundamento IV.3 (páginas 52 y 53 del dictamen original) y Fundamento IV.4 (página 57 del dictamen original), en el sentido de interpretar literalmente los términos del contrato y del PCAP. También el Dictamen reitera esta cuestión cuando da respuesta al criterio interpretativo del Informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, de 8 de septiembre de 2020, en el Fundamento V.1.2.

Por el contrario, coincido con la Consideración Segunda del Informe preceptivo de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, de 8 de septiembre de 2020, que aborda este asunto en los siguientes términos:

«(...) El Informe del Servicio Administrativo de Gestión y Control de Servicios Públicos, parte de una interpretación del Pliego de Condiciones y del Contrato que difícilmente se puede compartir, señalando al efecto dicho Informe que

*“...más allá de la consideración teórica de los que es o pudo haber sido importe abonado por (...) a la firma del contrato, lo cierto es que esta parte ha podido acreditar cual fue el verdadero sentido del contrato suscrito en su día y que ambas partes han de sujetarse al contrato firmado que, como viene siendo doctrina jurisprudencial asentada, constituye la ley entre estas.*

*Por profundizar en la discrepancia, dos son los puntos concretos en los que se difiere del razonamiento expuesto por los interesados:*

*a) Esta Corporación sostiene que el importe abonado por (...) constituye el precio abonado por esta por la adquisición, durante 25 años, de 212 acciones de la empresa (...), con el consiguiente derecho a gestionar la misma y el servicio público del ciclo integral del agua que llevaba implícito.*

*Pese a la desafortunada redacción del texto finalmente formalizado por las partes, en ningún caso, dicho importe puede tener la consideración de canon demanial por la utilización de los bienes de dominio público afectos al servicio público.” (página 54)*

lo que se compadece mal con la literalidad de los documentos contractuales que, siendo perfectamente claros en este punto deben interpretarse conforme al sentido literal de sus palabras (1281 del CCivil). Así,

a) El PCAP, al fijar el tipo de licitación establece con claridad, en su cláusula 19.4, que

*“...para la adquisición de las DOSCIENTAS DOCE ACCIONES (212) se fija como tipo mínimo de las ofertas económicas que realicen los concursantes la cantidad de CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CENTIMOS (50.274.145, 44 €), impuestos excluidos, correspondiendo de esta cantidad UN MILLON DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO EUROS CON CUARENTA Y CUATRO*

CENTIMOS (1.274.145, 44 €) a la suma de los valores nominales de las DOSCIENTAS DOCE ACCIONES (212) de clase B transmitidas y la cantidad de CUARENTA Y NUEVE MILLONES DE EUROS (49.000.000 , 00 €) al Canon que se abona a la Corporación Municipal.”

b) El documento administrativo en el que se formaliza el contrato conforme a lo que en el aquel comento establecía norma contractual aplicable, esto es, el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (artículo 54), suscrito por ambas partes el 1 de marzo de 2006, establecía en su estipulación SEGUNDA, que

*“El precio del contrato asciende a la cantidad total de SESENTA MILLONES DE EUROS (60.274.145,44 €), que se desglosa en los siguientes conceptos:*

*a) La cantidad de UN MILLON DOSCIENTAS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (1.274.145,44), que corresponde a la adquisición de las 212 acciones de (...) por su valor nominal.*

*b) La cantidad de CINCUENTA Y NUEVE MILLONES DE EUROS (59.000.000), que corresponde al Canon que se abona por la utilización de los bienes de dominio público afectos a la gestión de los servicios que se contratan.”*

c) Finalmente, en la escritura pública otorgada ante Notario el mismo día 1 de marzo de 2006, se reitera en su estipulación SEGUNDA,

*“PRECIO. - El precio de la presente transmisión asciende a la cantidad global yalzada de SESENTA MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO euros Y CUARENTA Y CUATRO céntimos (60.274.145 , 44 €); correspondiendo:-----*

*a) La cantidad de UN MILLÓN DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO euros y CUARENTA Y CUATRO céntimos (1.274.145,44 €), a la adquisición de las 212 acciones de (...) por su valor nominal.-----*

*b) La cantidad de CINCUENTA Y NUEVE MILLONES DE EUROS (59.000.000), que corresponde al Canon que se abona por la utilización de los bienes de dominio público afectos a la gestión de los servicios que se contratan.-----*

A la vista de la claridad de dichos documentos ni puede colegirse una supuesta voluntad distinta de las partes contratantes, que en ningún caso queda acreditada, ni puede sostenerse razonablemente la interpretación del Servicio en el sentido de que con el precio total del contrato se adquieren únicamente, por un periodo de veinticinco años, las 212 acciones que constituirán la participación social del adjudicatario en la empresa. Si esta interpretación fuera la correcta, sería muy fácil asumir la conclusión de que los 59 millones de euros en que excede el precio pagado del valor nominal de las acciones son una mejora ofrecida por el contratista sin contraprestación alguna.(...)»

Es decir, que partiendo del mismo precepto del Código Civil (art. 1281) sobre la interpretación de los contratos, se llega a conclusiones diametralmente opuestas en

el Dictamen mayoritario, al criterio sostenido por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, criterio este último que, por mi parte, y a la vista de los textos del PCAP y contrato reproducidos, comparto plenamente.

Continúa el Informe de la Asesoría Jurídica abordando en esta Consideración Segunda el análisis de la naturaleza del contrato, que también comparto, diciendo lo siguiente:

«(...) No cabe duda de que nos encontramos ante un contrato por el que se selecciona el socio privado para la constitución de una sociedad de economía mixta mediante la enajenación de acciones de una sociedad hasta entonces totalmente pública. Es decir, estamos ante un contrato societario. De hecho, así lo proclama el propio Pliego de Condiciones, que tiene por objeto:

*“PLIEGO DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES Y PRESCRIPCIONES, TÉCNICAS QUE HAN DE REGIR EL CONCURSO PARA LA SELECCIÓN DE LA PERSONA FÍSICA O JURÍDICA QUE SE CONVIERTA EN SOCIO MAYORITARIO, POR LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES, DE LA EMPRESA (...), LA CUAL PASARÁ A TRANSFORMARSE EN EMPRESA DE ECONOMÍA MIXTA”*

Pero siendo así, eso no es todo. También es cierto que la sociedad mixta se constituye tendrá por objeto *“la prestación de los servicios públicos municipales relacionados con el ciclo integral del agua”* (cláusula 1.4 del Pliego) y que incluyen, entre otros, la captación, desalación, tratamiento, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, depuración y reutilización de aguas residuales.

En este sentido, la obligación principal del contrato, que existe por sí y tiene fin propio, consiste en la adquisición, por su valor nominal como queda claro en los documentos contractuales, de las 212 acciones de clase B que convertirán al adjudicatario en socio de la empresa.

Pero no es la única obligación. Agregada y subordinada a ella, implica también la de adquirir el título habilitante de la utilización privativa de los bienes de dominio público afectos a los servicios que se prestan, verbigracia, la concesión demanial; obligación accesoria y subordinada a la principal, pues aquella sin ésta no tendría ningún sentido. No se puede prestar el servicio sin el derecho de uso de los bienes de dominio público que le dan soporte, y por la que se paga -volvemos a remitirnos a los documentos contractuales- un canon concesional.»

Además, y atinente a esta cuestión sobre si el pago del canon anticipado por parte del adjudicatario forma parte del precio por la adquisición de las 212 acciones de (...), nos encontramos con el art. 13 del PCAP, que exonera del abono del canon por la utilización de la red municipal de saneamiento de aguas a la empresa mixta durante la vigencia del contrato.

Sobre este particular, dice el Informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, lo siguiente, en su Consideración Cuarta:

«Otra de las cuestiones sobre las que insiste el Informe del Servicio, y que esta Asesoría Jurídica no puede compartir, es la relativa a que

*“Resulta meridianamente claro que el Pliego (cláusula 13) exonera a (...) de abonar a la Corporación canon alguno por la utilización de los bienes de dominio público afectos al servicio público, porque el Ayuntamiento, se dice expresamente en los antecedentes, ya se considera suficientemente resarcido con el importe que el futuro licitador pagaría por la adquisición de las acciones que se pusieron a la venta.” (página 55)*

El artículo 13 no se refiere al canon demanial a que hemos venido aludiendo en el presente informe, sino al “canon por la utilización de la red municipal de saneamiento” (sic) que el Ayuntamiento de Santa Cruz tenía establecido y que, a partir de la firma del contrato se considerará incluido en el precio del contrato, por cuanto el ámbito objetivo de la concesión se extiende a todos los bienes de dominio público afectados a la gestión de los servicios que comprenden el objeto social de la empresa (instalaciones de captación, desalación, tratamiento, distribución y saneamiento y depuración).

Por si hay alguna duda, transcribimos literalmente la cláusula 13 del Pliego de Condiciones:

*“El Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife tiene establecido actualmente a su favor un canon por la utilización de la red municipal de saneamiento de aguas. El importe global de dicho canon se considera incluido en el precio del presente contrato, de tal manera que la empresa mixta queda exonerada de su abono a la corporación Municipal durante la vigencia de éste.”*

No se trata por tanto de una exoneración en sentido estricto, se trata del canon que la (...) pública venía satisfaciendo al Ayuntamiento por la red municipal de saneamiento y deja de abonar por cuanto se considera incluido en el canon demanial que abona el adjudicatario, que es muy distinto. Lo que no tendría sentido es pagar dos veces por el mismo concepto.»

En mi opinión, independientemente de que se considere un canon por el uso privativo del dominio público o un canon por la concesión del servicio público, el canon anticipado pagado por (...) por la utilización de la red municipal de saneamiento de aguas constituye la capitalización de ese canon al que había tenido que hacer frente (...) hasta entonces y que, durante la vigencia del contrato (25 años) se le exonera, por la sencilla razón de que lo ha de pagar el adjudicatario anticipadamente. Por eso coincido con el Informe de la Asesoría Jurídica de que no se trata de una exoneración en sentido estricto, pues dicho importe, al considerarse incluido en el canon anticipado que abona el adjudicatario, ya ha sido pagado y no

tendría sentido pagar dos veces por el mismo concepto si se le continuara exigiendo este canon a (...).

Como la propia palabra lo dice un pago anticipado supone el pago antes de tiempo de algo que, tarde o temprano, habría de pagarse.

Dicho de otra manera, el canon anticipado es lo que permite al Ayuntamiento aumentar el valor de la sociedad, pues, además de vender las 212 acciones de (...) por su valor nominal, consigue ingresar ese canon anticipadamente, como uno de los criterios de adjudicación, de tal manera que, si no se hubiera exigido este canon anticipadamente, la empresa mixta habría tenido que seguir pagándolo año tras año como coste de explotación. Por este motivo, este coste de explotación que habría de contabilizarse año tras año, durante los 25 años del contrato, se convierte en parte de la inversión o coste de establecimiento de la nueva empresa que pasa a controlar mayoritariamente (...), resultando, por tanto, amortizable. Por esta naturaleza de inversión de naturaleza inmaterial, se ha de contabilizar en el inmovilizado inmaterial o intangible.

Precisamente, porque el Ayuntamiento en 2005 necesitaba financiación para hacer frente a determinados proyectos, tal y como consta en la "Memoria-Estudio para el cambio en el modo de gestión de los servicios públicos municipales relacionados con el ciclo integral del agua que actualmente presta (...)", de 8 de julio de 2005, que obra en el expediente, es por lo que se capitaliza anticipadamente este canon, lo que se viene a recoger en la citada Memoria con estas palabras en su página 13:

*«(...) Con el cambio de modo de gestión de este servicio, pasando de empresa enteramente municipal a mixta (y no siendo exclusivo de este método de externalización), se genera una fuente extraordinaria de ingresos de importantes dimensiones, cuyo origen radica, no ya en el valor nominal de las acciones enajenadas (6.010, 12 € cada una de ellas), sino en el canon inicial que abonará el adjudicatario, un canon inicial en el que se tiene en cuenta el valor real de (...). Asimismo, en la valoración de la empresa se ha tenido en cuenta que resultaba más aconsejable para los intereses municipales, así como para la propia empresa mixta, el incluir el incremento que supondría para valoración de la empresa la capitalización resultante de abonar, con carácter anticipado, el canon establecido actualmente a favor de la Corporación por la utilización de la red municipal de saneamiento y eximiéndola de su pago al Ayuntamiento durante el resto de años de duración del contrato (...).».*

En definitiva, el canon anticipado es el valor del coste de la concesión durante esos 25 años que dura el contrato.



Por esta razón, porque forma parte de la inversión inicial efectuada por el adjudicatario, no forma parte del precio, consiguiéndose el equilibrio financiero inicial del contrato con ese pago anticipado del canon y, como compensación, se le exonera del pago de este durante 25 años a la concesionaria.

Sobre el pago del canon anticipado por la gestión de los servicios municipales de abastecimiento de agua y alcantarillado, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, rec. 6253/2020, en su Sentencia de 10 de octubre de 2007 -si bien para deslindar este canon del concepto de tasa-, de la siguiente forma:

«QUINTO.-

*(...) El Pliego entre los derechos del Ayuntamiento contemplaba en el art. 9. a) el de "recibir del concesionario el Canon anticipado", derecho que recogía también el apartado segundo del artículo siguiente del Pliego cuando expresaba que "en sus ofertas, indicarán el Canon anticipado de concesión "liquidable de una sola vez- que si les fuera adjudicado el Servicio, se comprometen a ingresar en las Arcas municipales en el momento de la firma del contrato". Conviene detenerse en esta cuestión previa que sin duda posee trascendencia, ya que, con seguridad, contribuyó a que la Corporación considerase como proposición más ventajosa la ofertada por la adjudicataria, cuyo canon anticipado de concesión era sustancialmente más elevado que el ofrecido por la otra empresa que también concurrió al concurso. No cabe duda que ese canon, que el pliego obligaba a satisfacer por adelantado en el momento de la firma del contrato, constituía para la adjudicataria uno de los costes que había de asumir dentro de los que había de afrontar durante la prestación de los servicios concedidos (...)*».

Por su parte, citando esta misma sentencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, en su Sentencia nº 951/2009, de 24 de junio, afirma rotundamente lo siguiente:

«CUARTO.-

*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, es el resultado de deducir a las tasas percibidas los costes del servicio y el beneficio industrial.

Expuestos los anteriores conceptos, y a la vista del marco jurídico de la contratación pública, no existe óbice legal para que las Administraciones no puedan exigir o incorporar al concurso como mérito esencial el abono anticipado del canon concesional, permitiendo con ello que el concesionario adelante el canon anual de los 25 años de plazo de la concesión, de manera que la actora capitaliza al Ayuntamiento con un préstamo que debe estar afecto al servicio de abastecimiento de agua, resarciéndose de este anticipo mediante el cobro de las tarifas del servicio, una parte de las cuales, el canon, ya ha abonado anticipadamente. Para el concesionario no es un problema que no pueda preverse mediante su consideración de un coste financiero del servicio, que se recupera a lo largo del plazo concesional mediante amortizaciones periódicas.

(...)

De todo ello se deduce que no estamos ante un pago aplazado del precio del contrato proscrito por el artículo 14.2 del RDL 2/2000, de 16 de junio, pues el canon no es el precio del contrato ni se prevé su pago aplazado, más bien al contrario, se abona de una vez de forma anticipada al Ayuntamiento demandado. Por el contrario, el concesionario percibe periódicamente el precio del contrato a través de las tarifas del agua que pagan los usuarios, de las que detrae el beneficio industrial, los costes del servicio y la amortización del canon anticipado (...)».

Así pues, de la jurisprudencia citada y del Informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento, junto a la literalidad del contrato y del PCAP, no se puede llegar a otra conclusión distinta de que el abono del canon anticipado por parte del adjudicatario no forma parte del precio del contrato en este caso, así como, por la similitud de esta última sentencia con el presente caso, que este pago anticipado del canon puede amortizarse periódicamente a lo largo del periodo concesional.

3. Ahora bien, en efecto, nada se dice en el contrato, en el PCAP, ni en los documentos preparatorios de la licitación sobre la recuperación por el adjudicatario

de los costes de establecimiento, ni el mecanismo mediante el cual se podría articular. Al respecto, el propio PCAP en su art. 2.2 cita que, en lo no previsto en el mismo, el contrato se rige, entre otras normas citadas, por el RCSL, que es la norma que atribuye al concesionario el derecho a recuperar el coste de establecimiento en los arts. 126.2 y 129.3.

Pero, por otra parte, el art. 7 PCAP dispone que “en el cumplimiento de las obligaciones que el presente Pliego impone a la sociedad de economía mixta, el socio privado, por su condición de socio mayoritario y responsable de la gestión de los servicios encomendados o que se puedan encomendar a la empresa mixta, quedará subrogado en la posición que corresponde a aquélla frente al Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife”. Es decir, el adjudicatario, en este caso (...), queda subrogado en la posición de concesionario en el cumplimiento de las obligaciones que el PCAP impone a (...), pero no en cuanto a sus derechos.

En consecuencia, la conclusión a la que se puede llegar, como acertadamente indica el Dictamen en su Fundamento V.1.4, es que los arts. 126.2 y 129.3 RSCL sólo reconocen este derecho al concesionario del servicio, en este caso (...), y no a (...), que, a estos efectos, es socio mayoritario y adjudicatario, pero no concesionario.

Por tanto, (...) no tiene derecho a la recuperación de los costes de establecimiento por vías distintas a las que se establece en el propio contrato y PCAP [valor nominal de las acciones, 5,5% sobre la cifra de negocios de (...) por transferencia de Know How, y reparto de dividendos derivados de los resultados positivos de la gestión de (...)].

Estos son, en esencia, los motivos que me han llevado a disenso en relación con el Dictamen mayoritario.

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. JOSÉ SUAY RINCÓN SOBRE EL DICTAMEN 20/2021 DEL PLENO, RELATIVO A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO SUSCRITO CON (...), PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE GESTIÓN DEL CICLO INTEGRAL DEL AGUA EN EL MUNICIPIO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE (EXP. 508/2020 CA).

## I

El Pliego de Cláusulas Particulares y Prescripciones Técnicas califica el contrato cuya interpretación se recaba y determina la emisión del presente dictamen como un “*contrato administrativo de gestión de servicios públicos*” (art. 2.1) y, en su consecuencia, sujeta sus determinaciones a lo dispuesto por la normativa sobre contratación pública a la sazón vigente (TRLCAP 2000).

Una vez realizado el preceptivo concurso conforme al citado Pliego y resuelta la licitación a favor de la entidad adjudicataria, la cláusula décima de contrato, con base en su consideración como contrato administrativo, reconoce, a su vez, a la Administración contratante el ejercicio de las facultades (potestades) de interpretación, modificación y resolución unilateral, según se hace constar en el documento contractual formalizado al efecto.

Que la Administración tenga atribuida las indicadas facultades, lo que a la postre no es sino traducción misma de la normativa vigente que resulta de aplicación en los términos que no tardarán en poderse constatar, no quiere decir, sin embargo, que su ejercicio esté legitimado en todo caso y circunstancia, porque la Administración está compelida a observar las exigencias que pudieran resultar de lo establecido por el ordenamiento jurídico. La potestad de interpretación unilateral de los contratos administrativos ha de ejercerse dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados por la Ley (por todos, cabe citar nuestro Dictamen 242/2008, de 16 de junio).

Pues bien, esto es lo que justamente cumple determinar en el supuesto sometido ahora a nuestra consideración. No se trata, por tanto, de un problema de competencia, puesto que la Corporación municipal indudablemente la tiene para el ejercicio de la prerrogativa de interpretación unilateral de los contratos (administrativos) que pueda suscribir en el desarrollo de su actividad, sino de determinar si se han observado en el supuesto que nos ocupa las condiciones a que se subordina su legítimo ejercicio.

## II

Entre las prerrogativas de las que goza la Administración en relación con los contratos administrativos que suscribe, sin la menor duda, una de ellas es la potestad de interpretación unilateral, como ya ha podido indicarse.

Ya desde la LCE de 1965 (art. 16) encontró dicha potestad la cobertura legal requerida, al consagrarse entonces *“la facultad (de la Administración) de interpretar los contratos en que intervenga y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento”*, junto a una segunda potestad a la sazón asimismo establecida a renglón seguido (*“igualmente”*), la de modificación unilateral del contrato (por medio del comúnmente conocido como ejercicio del *“ius variandi”*). De ahí pasó a la normativa legal que vino a suceder a dicha Ley, la LCAP 1995 (art. 60.1); y, con posterioridad a ella, a la LCSP, tanto a la primera (2007: art. 194) como a la segunda (2017: art. 190) de las leyes aprobadas bajo la misma denominación. Entre las prerrogativas administrativas, y sin solución de continuidad, así, pues, toda la legislación ha venido contemplando explícitamente *“la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos”*, que es como se recoge la indicada prerrogativa, sin cambios significativos en su redacción, por todos los textos legales que de modo sucesivo han venido dándole la cobertura que le era exigible.

Dicha legislación en sentido coincidente ha venido también a concretar después, en relación con los contratos administrativos, que la Administración asimismo puede *“resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento”*. Subsiste la polémica acerca de si se trata de la misma potestad (de interpretación unilateral; y, por tanto, esta referencia no sería sino una mera precisión de aquélla). O si se trata de una potestad distinta; y si, por tanto, no le es de aplicación a la potestad de interpretación unilateral lo dispuesto después, estrictamente para la resolución de incidencias, por el Reglamento General de Contratación aprobado por Real Decreto 1098/2001 (art. 97). Asunto de cierta trascendencia, porque, diferentes una y otra potestad, solo el ejercicio de la potestad de interpretación unilateral de los contratos administrativos quedaría sujeto entonces al trámite que justamente ahora nos ocupa, la evacuación del presente dictamen.

Cabría entender que la normativa legal inicial (LCE) se inclina a favor de la primera de las hipótesis a tenor de su dicción literal, en la medida en que parece contemplar su art. 16 no más que dos potestades administrativas, la de interpretación y la de modificación unilateral de los contratos administrativos

(dentro del avance hacia la “sustantivación” de esta institución que dicha normativa vino a impulsar). Pero no lo ha venido a entender así el Consejo de Estado, cuya doctrina las tiene por distintas y deslinda, por tanto, el respectivo procedimiento al que está sujeto el ejercicio de una y otra potestad.

Se trata, en cualquier caso, de una tarea no exenta de notables dificultades técnicas, puesto que es muy fina la línea divisoria sobre la que se funda la presunta diferencia para distinguirlas: ateniéndose así a la doctrina del Consejo de Estado, en la resolución de incidencias, la controversia suscitada en el curso de la ejecución del contrato se localizaría en sus elementos fácticos, mientras que la interpretación requeriría la existencia de una duda de carácter jurídico (Dictamen 820/2018). A nadie se le escapan las dificultades en separar los hechos y el Derecho. Ahora bien, al margen de toda esta polémica, lo que me parece claro es que, aun teniéndolas por distintas, dada su afinidad, pueden servir ambas potestades de canon hermenéutico para delimitar su respectivo alcance. Y, así las cosas, no puede dejar de indicarse que el precepto reglamentario antes citado (art. 97) contrae su ámbito de aplicación a las incidencias que “(...) surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato (...)”.

Pues bien, a mi modo de ver, esta previsión, en cualquier caso, es de aplicación también como presupuesto para el ejercicio de la potestad de interpretación unilateral del contrato, tanto si el art. 97 establece el procedimiento para el ejercicio de dicha potestad (no habría cuestión en este caso) como si no fuera así y lo haga para el de una potestad que ha de tenerse por distinta.

Y dicho presupuesto es lo que, en mi opinión, está ausente o no termina de concurrir del todo en el supuesto sometido a nuestra consideración.

El ejercicio de la potestad de interpretación unilateral, como recuerda este dictamen, y como también viene sosteniendo el Consejo de Estado, pervive durante todo el curso de la ejecución del contrato y aun después de haberse extinguido éste, como efecto reflejo de la situación contractual preexistente (incluso, con motivo de su liquidación, como expresa en su Dictamen 238/2019), y puede por tanto ejercitarse en cualquier momento a lo largo de su vigencia. Ahora bien, se supedita a la concurrencia de la circunstancia antes indicada, esto es, la existencia de una divergencia interpretativa entre “la Administración y el contratista”.

### III

La prerrogativa de interpretación unilateral de un contrato, aun cuando sólidamente reconocida y arraigada como está en nuestro ordenamiento jurídico, no deja de ser al fin y al cabo eso, esto es, una prerrogativa de los Poderes Públicos de carácter exorbitante; o, si se prefiere, y dicho de otra forma, lo que también se ha calificado como la atribución a dichos Poderes Públicos de un “*poder en más*”.

En el supuesto que nos ocupa, el ejercicio de dicha prerrogativa no sólo se concreta en la atribución a la Administración de la facultad de fijar el sentido y alcance de las cláusulas de los contratos administrativos que suscribe, sino también en la de imponer la necesidad de atenerse, en el curso de su ejecución, a la interpretación unilateral patrocinada por ella en principio y a salvo de lo que resulte eventualmente de su eventual fiscalización ulterior en sede jurisdiccional, en tanto que son inmediatamente ejecutivas las resoluciones adoptadas en el ejercicio de esta prerrogativa.

El equilibrio al que todo Derecho propende demanda, sin embargo, el reconocimiento también de “*poderes en menos*”, o, en otros términos, si se prefiere, y al igual que antes, el diseño de un adecuado cuadro de garantías a favor de las personas que se relacionan con la Administración por medio del establecimiento del correspondiente vínculo contractual.

Y por todas esas garantías, se requiere así, primero y ante todo, que, frente al ejercicio de cualesquiera de las prerrogativas administrativas reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, dichas prerrogativas estén suficientemente justificadas en el interés general y resulten proporcionadas a dicho interés.

Aun cuando no creo que realmente haya cuestión en torno a estas consideraciones que acabamos de efectuar en este apartado, me ha parecido conveniente recordarlas en este trance, porque el planteamiento defendido en este voto quedaría seguramente huérfano del soporte argumental que precisa sin esa referencia explícita a lo que, a mi juicio, constituye la premisa sobre la que se sustenta y que justifica la procedencia de delimitar los límites al ejercicio de las prerrogativas administrativas en el sentido adelantado en el apartado precedente.

### IV

Delimitados así los límites al ejercicio de la potestad de interpretación unilateral, y explicado también su fundamento último, me parece que, sin prejuzgar

la consistencia de las razones sobre las que se asienta el pronunciamiento que se formula en el dictamen, no corresponde ahora entrar en el análisis de la cuestión de fondo en los términos que se plantea.

Me parece, en efecto, que en el momento actual no existe en realidad una contienda interpretativa entre la Administración contratante y la entidad adjudicataria del contrato a propósito del respectivo alcance de las obligaciones cuyo cumplimiento les incumbe, en el curso de la ejecución del contrato que nos ocupa.

El punto de fricción se sitúa, sin duda, en torno a la existencia de una supuesta deuda que una sociedad tiene contraída con otra. Concretamente, la entidad adjudicataria del contrato, en el acto mismo de su formalización (cláusula tercera), desembolsó el importe correspondiente al pago de un canon que le venía exigido de acuerdo con el contrato (cláusula segunda); y de lo que se trataría ahora es de determinar es si dicha entidad tiene o no derecho a exigir la devolución de dicho canon a la sociedad de economía mixta constituida para la gestión indirecta del servicio público concernido, esto es, a otra entidad. Estima el Ayuntamiento, a la vista de la PR sometida ahora a nuestra consideración, que no le cabe a la entidad adjudicataria del contrato reclamar a la sociedad de economía mixta la devolución del canon pagado por aquélla.

Pero, así expuesta, la realidad es que la cuestión atiene a la delimitación del marco de las respectivas obligaciones existentes entre una y otra entidad. Si la sociedad de economía mixta tiene obligación de devolver el canon adelantado por la entidad adjudicataria y ésta, por tanto, tiene derecho a exigir su devolución; o si no es así, y si, por tanto, es la entidad adjudicataria la que en cambio tiene la obligación de pechar con el canon pagado por ella y soportar sus consecuencias sin derecho a exigir su devolución.

En la actualidad, y en el marco del presente expediente, así las cosas, no cabe constatar la concurrencia de circunstancia alguna que haya incidido en el curso normal de la ejecución del contrato, ni sobre las obligaciones contraídas con la Administración contratante y cuyo cumplimiento pesa, sea sobre la entidad adjudicataria del contrato, o sea incluso sobre la sociedad de economía mixta: en la medida que aquélla es su socio mayoritario, sus obligaciones también se concretan en el Pliego (art. 9).

No cabe vaticinar lo que pueda suceder en el futuro, porque son impredecibles los vaivenes que puedan sucederse en el curso de la ejecución del contrato. Distinta sería la cuestión, en efecto, si fueran los propios derechos de la Corporación



municipal los que pudieran llegar a verse desatendidos hipotéticamente por la discrepancia por parte de alguna de las dos sociedades antes mencionadas en torno al alcance de las obligaciones contraídas con ella que les corresponden. Y no cabe descartar que pudiera ello llegar a suceder a cuyo efecto cabría acudir al ejercicio de la potestad de interpretación unilateral, exento como está su ejercicio de cualquier género de exigencia de carácter temporal, mientras éste en curso la ejecución del contrato (hasta su extinción).

Pero no es el caso ahora. En la actualidad, como vengo indicando, no atisbo a vislumbrar obligación alguna contraída con el Ayuntamiento de Santa Cruz con motivo del contrato que, por parte de alguna de dichas sociedades que acaban de citarse, hubiera quedado desatendida. Es más, en realidad, lo cierto es que tampoco se invoca controversia alguna en torno a tales obligaciones por la Administración, ni se aportan indicaciones en torno a cuál podría ser esa obligación para con ella sobre cuyo alcance existe una duda interpretativa para cuyo esclarecimiento resulte preceptiva la intervención de este Organismo.

Lo más que cabe indicar, así las cosas, es que la entidad adjudicataria ha satisfecho la contraprestación pecuniaria a que estaba obligada al tiempo de formalizarse el contrato y que, por tanto, como la Corporación municipal ha visto satisfecho su derecho a percibir la cantidad adeudada, carece del derecho de exigir el pago del canon durante el tiempo convenido de prestación del servicio, ni a dicha entidad, en tanto que se tiene dicha cantidad como parte del precio, ni tampoco a la sociedad de economía mixta, que queda asimismo expresamente exonerada del pago del canon durante la vigencia del contrato.

Más allá de lo que acaba de indicarse, por tanto, la cuestión nuclear suscitada con ocasión de esta consulta queda fuera del ámbito de la prerrogativa de interpretación unilateral. En la medida en que se trata de una cuestión entre empresas y ajena a la Administración contratante, no se perciben desavenencias reales con la Administración contratante en el curso de la ejecución del contrato como para invocar el ejercicio de la potestad de interpretación unilateral del contrato con el alcance que se pretende. Dicha prerrogativa alcanza a las relaciones del Ayuntamiento con la entidad adjudicataria del contrato, e incluso a las de aquél con la sociedad de economía mixta; pero no a las relaciones entre estas dos sociedades. La cuestión trasciende, por tanto, del ámbito al que se extiende la indicada prerrogativa.

## V

Este es el sentido con el que formulo mi voto discrepante, en la sede del Consejo Consultivo, a 27 de enero de 2021.

VOTO PARTICULAR QUE EMITE LA EXCMA. SRA. CONSEJERA DOÑA CRISTINA DE LEÓN MARRERO SOBRE EL DICTAMEN 20/2021 DEL PLENO, RELATIVO A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO SUSCRITO CON (...) PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE GESTIÓN DEL CICLO INTEGRAL DEL AGUA EN EL MUNICIPIO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE (EXP. 508/2020 CA).

Al amparo de lo previsto en el art. 17.2 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, y tal y como expresé en las deliberaciones de este dictamen, emito voto particular a fin de motivar las razones que han dado lugar a mi discrepancia del parecer mayoritario.

## I

El objeto de la discrepancia consiste en determinar si resulta conforme a derecho la utilización del procedimiento de interpretación previsto en el artículo 59 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio (ley de aplicación al presente caso) al supuesto que nos ocupa.

Pero antes de desarrollar la fundamentación jurídica de apoyo a mi criterio, y a los fines de su defensa, conviene completar la exposición de hechos contenida en el Dictamen:

1. Se parte de la adjudicación por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife del concurso para la selección de socio mayoritario por la adquisición de acciones de la empresa (...), pasando la empresa a convertirse en empresa de economía mixta denominada (...). Dicha adjudicación recayó en el grupo (...).

2. El contrato se firmó el 1 de marzo de 2006 y a su firma, (...) abonó al Ayuntamiento la cantidad de 60.274.145,44 €, cantidad que se desglosa en los siguientes conceptos:

- La cantidad de 1.274.145,44 € que corresponde a la adquisición de las 212 acciones de (...) por su valor nominal.

- La cantidad de 59.000.000 € que corresponde al canon que se abona por la utilización de bienes de dominio público afectos a la gestión de los servicios.

3. En el informe de auditoría a la formulación de cuentas anuales de (...) del ejercicio 2006 (esto es, el primer ejercicio de la nueva sociedad), se elevó reparo consistente en no haber contabilizado en las cuentas de la empresa el reconocimiento de un crédito a favor de (...) por importe de 59.000.000 de euros, abonados como canon anticipado por el uso de los bienes municipales de dominio público.

Consta dicho informe entre la documentación aportada por (...) en fase de alegaciones al procedimiento de interpretación. En dicha documentación figura, en primer lugar un documento de fecha 27/06/2007 denominado "Cierre de cuentas anuales ejercicio 2006" en el que se hace constar:

**REFLEJO EN BALANCE:**

1. *Estudiado el asunto en profundidad por los Servicios Jurídicos (S.J) y de Intervención (S.I.) del Ayuntamiento, y vistas consultas al ICAC, resulta indubitado que el Derecho de Uso de los bienes afectos al Servicio de Abastecimiento y Saneamiento debe aflorarse en el Balance.*

**ACTIVO:**

2. *El valor (59 Mill. de €) de la adquisición de ese Derecho de Uso, tampoco cabe duda alguna que figurará en el Activo Inmaterial y se amortizará anualmente por la veinticincoava parte de su valor.*

**PASIVO:**

Vía A:

3. *Su contrapartida en el pasivo, según el S.I., procedería incluirlo como ingresos a distribuir en varios ejercicios. Dado que anualmente supondría un ingreso extraordinario igual a la cantidad amortizada del Activo Inmaterial (la veinticincoava parte del total de 59 Mill. €) este derecho de Uso produce, para sus propios efectos, un resultado nulo.*

*Esta forma de proceder presenta los inconvenientes siguientes:*

- l) *Deja opacas la cuentas que deberían visualizar cómo se retorna la cantidad abonada por el Derecho de Uso.*

*Esto no es viable desde la óptica del Derecho Administrativo para el Servicio de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas que, desde el punto de vista económico-financiero, se basa en Precio Regulado y Tasa, respectivamente.*

*No debe olvidarse que el Ayuntamiento debe mantener el equilibrio económico-financiero de la explotación, para lo que el operador viene obligado a presentar las cuentas de ingresos y de gastos al Ayuntamiento y, en el caso de las correspondientes al Abastecimiento*

de Agua, también a la Comisión de Precios del Gobierno Autónomo correspondiente.

No se trata de un contrato de obras, sino de un contrato de servicios de Precio Regulado y de Tasa de Servicio, respectivamente.

II Al no figurar en la estructura de costes tarifarios para el Servicio de Agua ni en los de obtención de la Tasa para el Servicio de Saneamiento una cuantitativamente importante partida de la citada estructura de costes, se genera un resultado que viene incrementado en dicha partida.

La recuperación de esta partida vía resultados, genera los problemas siguientes:

- a) Un resultado de entre 3,5 y 4 veces mayor que el que venía produciéndose antes del inicio del cambio de gestión, produciría una cierta contestación social con rechazo de cualquier solicitud de incremento tarifario y/o de la Tasa, teniendo, además, el impacto fiscal correspondiente. (Téngase muy en cuenta que desaparecen desde 1 de enero de 2006, los Cánones de Derecho de Uso por Agua Potable y por Saneamiento que ascendían a 1.033.870 € en la cuenta de resultados de (...)).
- b) Este resultado contendría, de una manera opaca, la cantidad destinada al retorno de la cantidad satisfecha por el Derecho de Uso, lo que implica que el Socio Público se beneficiaría en un 5% de esa cantidad, lo que en los veinticinco años supondrían 2.950.000 € no contemplados ni por el Pliego de Condiciones ni por el Contrato.

III La visión del S.I., expuesta en el primer párrafo de este epígrafe 3, entendemos que tan sólo podría tener en cuenta el Pliego de Condiciones pero no el conjunto Pliego de Condiciones más contrato. Ambos documentos conforman la Ley entre las Partes.

VIA B:

4. Su contrapartida en el Pasivo, entendemos que, de acuerdo con el Conjunto Pliego de Condiciones más contrato, procede que figure como deuda de la Empresa que disfruta del Derecho de Uso con quien ha satisfecho, por su cuenta, el citado Derecho. Esta es, entendemos, una realidad insoslayable, que, además, evita totalmente los graves inconvenientes expuestos en los anteriores epígrafes 3 I) y II).
5. El riesgo y ventura inherente a la actividad del operador, absolutamente compatible con el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la explotación, por parte del Ayuntamiento, debe de provenir del establecimiento

*de un rango mínimo de resultados anuales a alcanzar por el operador por bajo del cual no liberaría su crédito en la Empresa Mixta.*

- 6. De esta forma, de acuerdo con lo expuesto en los anteriores puntos 4 y 5, se cumpliría con el Conjunto Pliego de Condiciones más contrato desapareciendo las posibles contradicciones que pudieran existir entre ambos.*
- 7. La amortización anual de la deuda de (...) con el operador privado y accionista suyo, en ningún caso producirá impacto tarifario alguno. La Tarifa, por tanto, evolucionará siempre de acuerdo con el Artículo 12 del Pliego de Condiciones.*
- 8. El S.J. ve posible, bajo la correspondiente estructura jurídica, la fórmula contemplada por el conjunto de los epígrafes 4, 5, 6 y 7 del Pliego de Condiciones.*

4. También en el dossier aportado por (...) figura el documento denominado:

*"Informe contemplado bajo la óptica de la Vía-B única posible que entiende el Auditor.*

*Mantiene el Canon como deuda de (...) a (...) y bloquea su correspondiente cantidad anual que impide a (...) afluirla como Beneficio".*

En dicho informe, en su apartado 4, se señala:

*"De acuerdo con lo establecido en el art. 5.2 del Pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas que rigieron el concurso del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife para la selección de el Grupo (...) como accionista mayoritario de (...), la citada Corporación Municipal otorga a (...) el derecho exclusivo de uso de las instalaciones, bienes y equipos existentes afectos a los servicios, cualesquiera que sea la naturaleza de los mismos. El canon por el derecho de uso fue abonado de manera anticipada por la sociedad (...) por importe de 59.000.000 euros, de acuerdo a lo establecido en el contrato suscrito el 1 de marzo de 2006 entre la citada sociedad y el Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife. De conformidad con la norma de valoración 5ª sobre el inmovilizado inmaterial incluida en la adaptación sectorial del Plan General de Contabilidad a las empresas del sector de abastecimiento y saneamiento de aguas, el derecho de uso de los bienes adscritos debe registrarse en el activo del balance de situación por la contraprestación efectuada por la empresa o por su valor venal, en el caso de que no se exigiera contraprestación alguna. Asimismo, el derecho de uso deberá amortizarse atendiendo a su depreciación durante el plazo de adscripción, establecido en 25 años. Por tanto en nuestra opinión, los "Derechos sobre activos cedidos en uso" del capítulo del "inmovilizado material" y las deudas con empresas del grupo incluidas en el pasivo del balance de situación, están en defecto por importe de 59.000.000 de euros".*

Se acompaña también al informe, la Consulta al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas del Ministerio de Economía y Hacienda (ICAC) (consulta n.º 5 del BOICAC) que se pronuncia en el sentido expuesto.

5. En el Consejo de Administración de 12 de junio de 2007, se puso de manifiesto el reparo del informe de auditoría a las cuentas anuales de (...) del ejercicio de 2006, por no contabilizar el derecho de uso exclusivo de los bienes de dominio público afectos a los servicios públicos que tiene encomendados (...). El consejero municipal manifestó que elevaría esta cuestión a la Asesoría Jurídica e Intervención Municipal para su valoración posponiendo cualquier decisión al respecto (se extrae esta información del dossier presentado por (...), ya que no consta en la documentación aportada el acta de 12.06.07), acordándose por unanimidad posponer ese punto del orden del día para un Consejo posterior.

Se advierte que, a tenor de lo establecido en el art. 27.1 de los estatutos de (...), *“El Consejo de Administración será nombrado por la junta general y estará compuesto por un número de miembros que no será inferior a cinco (5), ni superior a nueve (9). No obstante (como especialidad establecida al amparo de lo prevenido en el art. 104.2 del T.R. de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por RDL. 781/1986) un tercio de los miembros del Consejo de Administración será designado por la Junta General a propuesta del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife”*.

6. El 27 de junio de 2007 el Consejo de Administración de (...) toma el siguiente acuerdo (consta el acta en el expediente):

*3. Nueva formulación de las Cuentas Anuales, Informe de Gestión y Aplicación del resultado correspondientes al ejercicio 2006.*

*Toma la palabra el Sr. Presidente y expone que en el apartado 2.- del artículo 5 del Pliego de Condiciones del concurso para la selección de la persona física o jurídica para convertirse en socio mayoritario, por la adquisición de acciones de la (...), se establece que para la realización de las actividades que constituyen su objeto, el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, debe otorgar a (...), por el periodo de duración del contrato, el derecho exclusivo de uso de las instalaciones, bienes y equipos existentes afectos a los servicios, cualesquiera que sea la naturaleza de los mismos.*

*Por ello y una vez analizado el informe de Auditoría y en consonancia con el mismo, procede contabilizar en la cuenta de “inmovilizado material” el derecho exclusivo de uso de los bienes de dominio público afectos a la gestión de los servicios de captación, desalación, tratamiento, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, depuración y reutilización de aguas residuales por un importe de 59.000.000 € y en contrapartida, contabilizar un crédito a favor de*

*(...), que fue el que realizó el pago del mismo, por un importe de 59.000.000 €, cuya amortización se llevará a cabo anualmente, durante el período de duración del contrato en veinticinco partes iguales.*

*Así mismo y como consecuencia de la contabilización del derecho exclusivo de uso de las instalaciones, bienes y equipos existentes afectos a los servicios, el Sr. Presidente propone a los miembros del Consejo de Administración que procedan a formular nuevamente las Cuentas Anuales que comprenden el Informe de Gestión, el Balance de Situación, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias y la Memoria, correspondientes al ejercicio social del año 2006, para su posterior aprobación, en su caso por la Junta General Ordinaria de la Sociedad.*

*Igualmente, se propone elevar a la Junta General de Accionistas, la propuesta de aplicar el resultado del ejercicio 2.006, que asciende a la cifra de UN MILLON TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS EUROS (1.032.259, 03 €), a dividendos.*

*Sometidas a votación dichas propuestas se acuerda por unanimidad de todos los Consejeros dejar sin efecto la formulación de cuentas realizada en la sesión del Consejo de fecha 28 de febrero de 2007 y proceder a una nueva formulación de las cuentas en los términos expuestos.*

7. En el procedimiento de intervención de la empresa llevado a cabo por la Corporación Municipal, concretamente en el Acuerdo de inicio de dicho procedimiento, de 17 de junio de 2014 se hace constar *“no debe perderse de vista que en el año 2006 se recibió de una sola vez un canon de casi 60 millones de euros. Con independencia de que dicho canon se ha ido devolviendo a razón de casi 2 millones anuales, el hecho es que de resolver en este momento, se adeudaría a la empresa todavía un importe de más de cuarenta y cinco millones”*.

Esta misma manifestación consta en los informes técnicos municipales de los Servicios Públicos y de la Asesoría Jurídica de fecha 25 de septiembre y 3 de octubre de 2014 respectivamente.

Estos hechos, expuestos por los recurrentes, se corroboran en el procedimiento de la sentencia número 1/2017 de 9 de enero, del juzgado de lo contencioso-administrativo número 4 de Santa Cruz de Tenerife (RJCA\2018\1709) por la que se estima parcialmente el recurso contra la intervención del contrato, la cual fue anulada posteriormente por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 28 de abril de 2017 (recurso de apelación 47/2017).

En fin, como ya señala la Propuesta de Acuerdo y refleja el Dictamen, *“la existencia de la citada deuda con las empresas del grupo (...) ha conestado siempre perfectamente reflejada en la información económico-financiera remitida anteriormente y de forma puntual por (...) a la Corporación, desde la fecha de*



*reformulación de las cuentas anuales (2007), sin que hasta la fecha conste ningún pronunciamiento desfavorable o disconforme por parte de la Corporación al respecto".*

8. A partir de estos datos, los siguientes hitos relevantes, a mi juicio, para el estudio del caso, se refieren al estudio de la entidad auditora ASSAP de febrero de 2019, realizado con ocasión de diferentes peticiones de reequilibrio económico de la concesión, en el que, si bien se concluye que no se encuentra evidencia ninguna que permita confirmar la existencia de desequilibrio, también se señala que *no hemos obtenido evidencia completa que nos permita confirmar la naturaleza y el efecto del pasivo con sociedades del Grupo que tiene reconocida la Sociedad; esto es, que el pago del contrato y los conceptos que lo conforman lo hayan sido por cuenta de (...), o que (...) haya asumido formalmente deuda de forma previa al acuerdo que adopta el Consejo en base al informe de auditoría.*

9. La Junta de Gobierno local, en sesión de 3 de julio de 2020 acuerda incoar procedimiento de interpretación del contrato al amparo de lo previsto en el art. 59 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RD legislativo 2/2000 de 16 de junio (aunque erróneamente se cite el art. 191 de la Ley 9/2017), procedimiento que, tras los correspondientes informes y alegaciones de las partes, todos los cuales se reflejan en el Dictamen, concluye con la Propuesta de acuerdo que señala:

*PRIMERO. Resolver el procedimiento de interpretación del contrato suscrito con (...) para la gestión del ciclo integral del agua, en el sentido de considerar que el contrato no garantiza la recuperación total del precio pagado por esta de forma anticipada a la firma del contrato, todo ello sin perjuicio del derecho del contratista a recuperar su inversión mediante las formas de recuperación expresamente establecidas en el contrato esto es:*

*- Derecho a obtener el 5,5%, sobre la cifra de negocios de (...), por la transferencia de Know How (art. 8.2 del Pliego).*

*- Eventual reparto de dividendos derivados de los resultados positivos en la gestión de (...) [artículos 41 y 42 de los Estatutos Sociales de (...)].*

*- A la finalización del contrato, devolución del valor nominal de las acciones que se le adjudicaron (art. 18.3 del Pliego).*

## II

De lo expuesto, cabe concluir que desde la primera auditoría de cuentas de la sociedad, y en cumplimiento de la misma, se ha incorporado en la cuentas de la empresa, el pago anual a (...) de 2,36 M de euros (59M dividido entre 25 años correspondientes al período de vigencia del contrato entre el Ayuntamiento y (...)) en concepto de pago del canon anticipado (por cierto que ya recuerda (...) que los gastos financieros se deben a un cambio de la normativa contable, no a que la deuda con (...) se pague con intereses, (...) al final de los 25 años del contrato solo habrá realizado transferencias a (...) por valor de 59M).

También es un hecho indubitado que dicha actuación se debe al reparo interpuesto por la auditoría de 2007 que advertía que *"los derechos sobre activos cedidos en uso del capítulo del inmovilizado inmaterial y las deudas con empresas del grupo incluidas en el balance de situación, están en defecto por importe de 59.000.000 de euros"* y que *"de conformidad con la norma de valoración 5ª sobre el inmovilizado material incluida en la adaptación sectorial del Plan General de Contabilidad a las empresas del sector del abastecimiento y saneamiento de aguas, el derecho de uso de los bienes adscritos debe registrarse en el activo del balance de situación por la contraprestación efectuada por la empresa o por su valor venal, en el caso de que no exigiera contraprestación alguna. Asimismo el derecho de uso deberá amortizarse atendiendo a su depreciación durante el plazo de adscripción establecido en 25 años"*.

La pregunta es obligada: A la vista de los antecedentes expuestos, ¿es el procedimiento de interpretación de los contratos el cauce adecuado para alterar las condiciones en que se ha ejecutado este contrato en los últimos catorce años?

Para dar cumplida respuesta a esta duda, al menos razonable, procede estudiar en qué consiste el procedimiento de interpretación de los contratos administrativos, a qué principios debe atender y cuáles son, en fin, los límites a que debe atenerse el órgano de contratación.

Como nos recuerda el informe de la Asesoría Jurídica de 8 de septiembre de 2020, el procedimiento de contratación incoado se rige por lo previsto en el art. 59 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio.

Dada la parquedad con que la ley de contratos regula las prerrogativas administrativas, una consolidada jurisprudencia nos recuerda que, a los efectos de

determinar el alcance de la prerrogativa de interpretación de los contratos administrativos, habrá de estarse a las reglas interpretativas previstas en el Código Civil. Así por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) (RJ 2001/9748) en la cual se afirma expresamente la procedencia de aplicar estos criterios interpretativos a los contratos públicos:

*“La aplicación de las reglas del Código Civil, realizada en esa tarea interpretativa, no es contraria al orden de fuentes que se establece en la LCE, ni tampoco a la preferencia que corresponde a las normas administrativas en los contratos de esta naturaleza. Y esto porque, no existiendo reglas específicas de interpretación contractual en la LCE, esa aplicación del Código Civil aparece autorizada por lo que se establece en el art. 4.3 de este texto legal (“las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”).”*

Efectivamente, el Tribunal Supremo ha precisado que el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado, ya que responde claramente a un esquema contractual común elaborado por el Derecho Civil, lo que permite invocar -con carácter supletorio- los principios establecidos en el Código Civil. Esta doctrina ha sido asumida explícita o implícitamente en el ámbito de la contratación administrativa y específicamente por este Consejo Consultivo, cuyo dictamen 242/2008 de 16 de junio de 2008 señala:

*“Sólo cuando no existe tal certeza, habrá de acudir a los otros parámetros de interpretación a fin de averiguar la “verdadera y real voluntad de las partes para establecer el alcance y contenido de lo pactado” (STSJ de Andalucía de 15 de febrero de 2001). Y para llegar a esa conclusión se deberá estar, entre otros, al principio de “proporcionalidad” (congruencia entre los hechos y sus consecuencias), “equidad”, “buena fe y confianza legítima” (art. 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC); a la doctrina de los actos propios, los actos coetáneos y posteriores al contrato” y a las reglas que de la interpretación del contrato “no deben favorecer a la parte causante de la oscuridad” y de que no son admisibles las interpretaciones “ad absurdum” (STS de 11 de septiembre de 1979, RJ 1979/3448).*

Y así nos encontramos con que el art. 1281 CC dispone:

*“Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.*

*Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”.*

Por su parte el art. 1282 CC señala:

*“Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”.*

En definitiva, los preceptos vienen a sancionar el hecho de que, aunque la interpretación de los contratos debe de partir de la expresión contenida en las palabras pronunciadas o escritas, no puede detenerse en el sentido “riguroso” o gramatical de las mismas y ha de indagar fundamentalmente la intención de las partes y el espíritu y la finalidad que hayan presidido el negocio, infiriéndose de las circunstancias y de la total conducta de los interesados.

Para juzgar la intención de los contratantes, tal y como determina el art. 1282 Código Civil, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores del contrato. *“Pero para que pueda hablarse de comportamiento interpretativo es necesario que los actos realizados sean relevantes en relación con el sentido que se les quiere dar y el mero transcurso de un tiempo entre la terminación de la obra y la interposición de la demanda carece de esa significación unívoca de exteriorización de una convicción (STS de 20 de julio de 2004, rec. 2421/1998).*

En suma, el TS nos advierte que a fin de conocer la intención de las partes deberán ponderarse tanto los actos coetáneos como los posteriores de los contratantes, analizando también la relevancia de dichos actos.

Por otra parte, si bien no es el único factor a tener en cuenta, el transcurso del tiempo resulta también determinante para conocer la verdadera intención de los contratantes: Si la Administración ha mantenido a lo largo del tiempo una interpretación en relación con un contrato, no podrá variarla sustancialmente en atención a ese artículo 1282 CC.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2ª), Sentencia núm. 574/2003 de 10 de abril: FJ VI, apartado 2º: (RJCA 2003\1016):

*“Que conforme a lo dispuesto en el art. 1282 del Código Civil ha de tenerse en cuenta los actos inmediatos y posteriores de los contratantes para juzgar la intención de éstos, y es así que una interpretación del contrato mantenida durante más de 20 años debe ser respetada, por ser indicio claro de responder a la verdadera intención perseguida por la Administración demandada”.*

En definitiva, sostengo que para dirimir la presente cuestión, no cabe acudir al procedimiento de interpretación de los contratos, no ya por el tiempo transcurrido, sino porque de los actos de la Administración Municipal se deduce que ésta ya ha conformado su voluntad en relación con el objeto de la discrepancia, centrada en el carácter reembolsable del canon demanial pagado al Ayuntamiento por el socio mayoritario de la sociedad.

No podemos olvidar que el art. 21 apartado 1 de los Estatutos de (...), en relación con la representación señala: *“En la junta general la representación del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife o de los entes públicos dependientes de aquel o en los que participe en régimen de mancomunidad o consorcio, corresponderá a la persona o personas designadas por el órgano superior de la entidad pública correspondiente”.*

Si la Administración municipal estimara que con su proceder se ha producido un perjuicio para el interés público, debió acudir a otras vías, pues al haber fijado previamente su posición, le está vedado ahora acudir al procedimiento de interpretación, so pena de transgredir el principio de confianza legítima.

Así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de marzo de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Rec. n.º 2171/2012), la cual establece en relación a la aplicación del principio de seguridad jurídica y confianza legítima lo siguiente:

*“En relación a la aplicación del principio de seguridad jurídica en el campo de las relaciones entre administración y administrados en la Sentencia de 10 de junio de 2013 (RJ 2013,5608) (recurso de casación 1461/2012), se ha dicho que “el respeto al principio de protección de la confianza legítima, que rige en un Estado de Derecho las relaciones entre la Administración y los particulares, por imperativo de lo dispuesto en los arts. 9.3 y 103 de la Constitución (RCL 1978,2836), determina que una autoridad pública no puede adoptar decisiones que frustren o defrauden las expectativas fundadas de los particulares, derivadas de un previo proceder de la Administración, acorde con la legalidad, que ha provocado que éstos, basados en la*

*situación de confianza suscitada, adecúen su comportamiento procedimental. Este principio no puede invocarse, sin embargo, para legitimar actuaciones de la Administración de carácter reglado, que se revelen contrarias al ordenamiento jurídico, o que resulten contradictorias con el fin o interés público tutelado por una norma jurídica, pues de ningún modo puede validar una conducta arbitraria de la Administración que suponga el reconocimiento de derechos o facultades contrarios al principio de legalidad”.*

*Por tanto, el principio de confianza legítima impone que las decisiones de la Administración no supongan un cambio de sentido respecto de los actos administrativos previamente dictados, con base en cuyo fundamento actuó el administrado, dando con ello estabilidad a la relación jurídica administrativa”.*

El Consejo de Estado en su dictamen con número de expediente 1106/2019, aprobado el 5 de marzo de 2020 advierte también este error: *“Frente a la incorrecta mención (contenida en la orden de remisión) de que se revisa el contrato de permuta (recogido en la escritura pública de 13 de diciembre de 2005), lo que el expediente pretende en realidad -y así se manifiesta con claridad en el examen de su contenido- es revisar de oficio el acto por el que se acuerda la permuta, supuestamente viciado.*

*Conviene destacar en este extremo con carácter previo para evitar cualquier confusión que pudiera abonar la errónea percepción de que se va a revisar directamente el negocio jurídico concertado el 13 de diciembre de 2005, cuando lo que se va a poner en tela de juicio es la voluntad administrativa previa que propició tal contrato (todo ello sin perjuicio de que, de forma conexa a lo anterior, se incida sobre dicho negocio jurídico). Sería la constatación, en su caso, de un vicio de nulidad en tal manifestación de voluntad lo que comunicaría la nulidad radical al contrato concertado, en este caso por la existencia de un vicio del consentimiento, siendo dicho consentimiento un requisito esencial para los contratos en la forma establecida en el art. 1261 del Código Civil”.*

Pues bien, en el caso que nos ocupa, ha quedado constancia durante la tramitación del procedimiento de interpretación, que el acuerdo adoptado en 2007 por el Consejo de Administración de (...) fue aprobado con la presencia y conformidad de los dos representantes municipales designados por la Corporación y que las cuentas anuales de la compañía que recogían la citada operación fueron remitidas en tiempo y forma por (...) al Ayuntamiento.

Así pues, atendiendo a las reglas hermenéuticas previstas en el art. 1282 CC, y a la vista de los actos coetáneos y posteriores al contrato realizados por la Administración Municipal, no le cabe ninguna duda a quien suscribe de la aceptación por parte del Ayuntamiento del criterio interpretativo asumido en el Consejo de Administración de (...) el 27 de junio de 2007, siendo así que una interpretación contraria a la decisión tomada en dicho acuerdo, contraviene el principio de confianza legítima.

Si por la Junta de Gobierno se concluyera que los acuerdos del Consejo de Administración fueron tomados sin las formalidades debidas, y que ello dio lugar a un vicio del consentimiento por parte de la representación municipal, lo que procede es acudir al procedimiento de revisión de oficio, en el cual se ponderará adecuadamente la tensión entre el principio de seguridad jurídica y el de legalidad. Por todo lo cual, entiendo que procede el archivo del procedimiento de interpretación instruido.

### III

Por otra parte, si se aceptara -a efectos meramente dialécticos- la premisa de la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen que, en resumen viene a considerar que la Sociedad de Economía Mixta, (...), actuó sin someterse a las instrucciones de la Administración Municipal, y que dicho proceder contraviene el interés público, en ese caso, tampoco es posible remediar dicha actuación a través de un procedimiento de interpretación, sino que debió acudir directamente a la impugnación del acuerdo societario, en el entendido de que éste se tomó sin cumplir las previsiones legales.

El art. 14, apartado 2 de los estatutos de (...) señala: "Con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas, todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general, sin perjuicio del derecho a impugnar los mismos por los procedimientos establecidos en la vigente legislación.

Al respecto conviene advertir que la Propuesta de Acuerdo de interpretación, se refiere en más de una ocasión al acuerdo alcanzado por el Consejo de Administración como una decisión unilateral, bien por parte de (...), bien por parte de (...).

Pues bien, si ello es así, y dado que el acuerdo que se propone a la Junta de Gobierno Municipal consiste en:

*PRIMERO. Resolver el procedimiento de interpretación del contrato suscrito con (...) para la gestión del ciclo integral del agua, en el sentido de considerar que el contrato no garantiza la recuperación total del precio pagado por esta de forma anticipada a la firma del contrato, todo ello sin perjuicio del derecho del contratista a recuperar su inversión mediante las formas de recuperación expresamente establecidas en el contrato esto es:*

*- Derecho a obtener el 5,5%, sobre la cifra de negocios de (...), por la transferencia de Know How (art. 8.2 del Pliego).*

*- Eventual reparto de dividendos derivados de los resultados positivos en la gestión de (...) [artículos 41 y 42 de los Estatutos Sociales de (...)].*

*- A la finalización del contrato, devolución del valor nominal de las acciones que se le adjudicaron (art. 18.3 del Pliego).*

Cabe concluir que no existe actividad interpretativa en el objeto de la Propuesta que se somete a dictamen, pues la única nota de disenso se refiere a "*considerar que el contrato no garantiza la recuperación total del precio pagado por esta de forma anticipada a la firma del contrato*", y si esa capacidad de recuperación del canon - que es en suma, la razón última y única del procedimiento de interpretación- no pudiera extraerse del pliego de cláusulas administrativas, como argumenta la Propuesta de Resolución, no habría nada que interpretar, pues no es viable una interpretación como se pretende "*a sensu contrario*", de modo que el único camino que le quedaría a la Autoridad Municipal, sería la impugnación del acuerdo societario en los términos previstos en la legislación mercantil, materia en la que coincidimos con el Dictamen, no debe pronunciarse este Consejo Consultivo.

Pero de un modo u otro, entiende quien suscribe que procedería el archivo del procedimiento de interpretación sometido a dictamen.

Este es el sentido en el que formulo mi Voto particular discrepante, que emito en la sede del Consejo Consultivo de Canarias, a 27 de enero de 2021.