



EXCMO. CONCELLO DE BETANZOS

Praza Galicia, 1

Teléfono: 981 77 00 11

Fax: 981 77 65 29

INFORME XURIDICO

Asunto: Informe sobre as liquidacións presentadas pola empresa concesionaria da “Concesión do servizo público de ordenación e regulación de aparcamento e retirada de vehículos”.

Rafael del Barrio Berbel, Secretario do Concello de Betanzos (A Coruña), a petición da alcaldía e en cumprimento do establecido no RD 1174/1987, do 18 de setembro, e demás normativa de aplicación, emito o seguinte INFORME:

I. ANTECEDENTES.-

-Acordo plenario de data 25/10/2016 polo que se decide non prorrogar a “Concesión do servizo público de ordenación e regulación de aparcamento e retirada de vehículos” cuxa última prórroga finaliza o día 6/03/2017.

-A alcaldía solicita informe xurídico sobre as liquidacións presentadas pola empresa concesionaria e os informes-comprobación das liquidacións da tesorería municipal nos que sinala que hai un remanente negativo a favor da empresa no servizos da ORA e da grúa.

-O contrato foi adxudicado polo da Corporación a “Settex-Aparki, S.A.” en data 29/09/2000, e formalizado en contrato administrativo de data 6/03/2001.

-Pregos de condicións do concurso para a “Concesión do servizo público de ordenación e regulación de aparcamento e retirada de vehículos”.

-Informes-comprobación das liquidacións presentadas pola empresa “Settex-Aparki, S.A.” da tesorería municipal realizados en datas 25/02/2015 e 4/02/2016.

II. NORMATIVA APPLICABLE.-

— Os artigos 8, 22, 53, 109, 110, 132, 133, 151, 154, 156, 169 a 178, 275 a 288 e a disposición adicional segunda do Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público aprobado polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, do 14 de novembro.

— O Real decreto 817/2009, do 8 de maio, polo que se desenvolve parcialmente a Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público.

— O Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas (artigos vixentes tras a entrada en vigor do Real decreto 817/2009, do 8 de maio).

— A Lei 7/85, de 2 de abril, Reguladora das Bases de Régime Local.

III. CONSIDERACION XURIDICAS.-

PRIMEIRA. As concesións administrativas e co concepto de “risco e ventura”.

O artigo 8 do Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público aprobado polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, define o contrato de xestión de servizos públicos como aquel en virtude do cal «unha Administración pública lle



EXCMO. CONCELLO DE BETANZOS

Praza Galicia, 1
Teléfono: 981 77 00 11
Fax: 981 77 65 29

encomenda a unha persoa, natural ou xurídica, a xestión dun servizo cuxa prestación foi asumida como propia da súa competencia pola Administración encomendante».

Para que a Administración poida xestionar indirectamente, mediante o contrato de xestión de servizos públicos, os servizos da súa competencia, de conformidade co artigo 275.1 do Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público aprobado polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, estes deberán ter un contido económico que os faga susceptibles de explotación por empresarios particulares e, en ningún caso, poderán supoñer o exercicio da autoridade inherente aos poderes públicos.

Das diferentes modalidades que pode adoptar a xestión de servizos públicos, de conformidade coa letra a) do artigo 277 do Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público aprobado polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, do 14 de novembro, a concesión será aquela pola que o empresario xestionará o servizo ao seu propio risco e ventura.

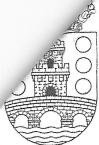
O principio de risco e ventura na execución dos contratos implica a asunción por parte dos contratistas dos riscos inherentes aos mesmos, quedando en principio liberada a Administración. Este principio pode verse matizado por una serie de técnicas a favor do contratista para preservar o equilibrio financeiro do contrato (como a revisión de prezos ou a compensación polo exercicio do *ius variandi*).

A obriga do contratista nos contratos administrativos es unha obriga de resultado, contraposta as de actividade, e en consecuencia os riscos derivados da súa execución deben recaer sobre o mesmo. Como sinala a xurisprudencia o contratista asume o risco de poder obter unha ganancia maior ou menor ou incluso perder cando os seus cálculos estén mal feitos ou non respondan as circunstancias sobrevenidas na execución do contrato (Sentencia TS de 29 de setembro de 1986 [RJ 1986, 4657]). En palabras do Tribunal Supremo: «riesgo significa contingencia o proximidad de un daño y ventura es una palabra con que se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien» (Sentencia de 19 de outubro de 1983 [RJ 1983, 5207]).

SEGUNDA.- Análise do réxime económico da concesión. Liquidacións presentadas pola empresa “Settex-Aparki, S.A.” e informes-comprobacións da tesoreira municipal.

Os Informes-comprobacións das liquidacións presentadas pola empresa “Settex-Aparki, S.A.” da tesoreira municipal, realizados en datas 25/02/2015 e 4/02/2016, sinalan que o servizo de ORA presenta un “remanente negativo a favor da empresa concesionaria” de 77.588,82 euros (anos 2001 a 2013), e de 7.421,30 euros (anos 2014 e 2015); e o servizo de retirada de grúa una diferencia a favor de Setex Aparki, SA de 26.821,78 (anos 2001 a 2013) e de 15.619,41 euros (anos 2014 e 2015).

En canto ao réxime económico do contrato, o prego de condicións da concesión establece claramente, como en calquera concesión administrativa, que o contratista presta o servizo ao seu risco e ventura, e que este se retribuirá das tarifas dos usuarios do servizo. O Concello percibirá a cambio un canon variable que lle abonará o concesionario en función dos resultados da explotación do servizo. Así ven regulado no prego de condicións:



EXCMO. CONCELLO DE BETANZOS

Praza Galicia, 1
Teléfono: 981 77 00 11
Fax: 981 77 65 29

-O adxudicatario (cláusula 3^a) financiará o custe de implantación e explotación do servizo (fixado en 38.935 euros anuais a ORA e en 8.411 euros anuais a Grúa) a través das “tarifas” que aprobe o Concello (Anexo II). Neste sentido, na cláusula 29 do prego se establece o dereito do concesionario ao cobro dos usuarios das tarifas debidamente aprobadas polo Concello (cláusula 29^a).

-O Concello percibirá do contratista un “canon” (cláusula 4^a) en función do “excedente anual que poida producirse unha vez deducido da recadación obtida o custe de implantación e explotación anual”, correspondendo un 80% de dito excedente ao Concello e un 20% ao concesionario como incentivo polo servizo prestado.

-E no suposto de que durante o período do contrato o equilibrio económico da concesión poida verse alterado, o contratista ten dereito (cláusula 29) ao “equilibrio económico” a través das tarifas, ou ampliacións do servizo (prazas aparcamento). Non consta no expediente que o concesionario solicitase restablecer o equilibrio económico do contrato mediante a revisión das tarifas do servizo aprobadas polo Pleno.

Polo que as únicas dúas formas posibles de retribución do concesionario de acordo co prego de condicións da concesión son as seguintes.

- a) As “tarifas dos usuarios” que veñen cobrándose por este.
- b) No seu caso, o 20% do excedente da recadación unha vez deducidos os custes de explotación.

Neste sentido, de acordo co prego, os “remanentes negativo a favor da empresa concesionaria” que poida haber (por non cumplirse as previsions de ingresos da empresa) non implican de ningún modo que o Concello teña unha débeda co concesionario por ese importe, nin que o concesionario teña dereito que o Concello lle abone dito importe na liquidación final do contrato. Será o contratista, que xestiona o contrato ao seu risco e ventura, quen deberá asumir, como ven facendo ata agora, dita circunstancia, polo que á finalización da concesión non existiría ningún tipo de débeda por parte do Concello a favor do contratista.

O prego non establece en ningunha das súas cláusulas que se non hai excedentes de recadación e por tanto non se cubren os custes de explotación do servizo (cuestión allea ao Concello) o Concello teña que abonar ao contratista esa diferencia, nin que teña que compensala dos futuros excedentes que poida haber.

Como é lóxico, cando o resultado é negativo e non hai ningún excedente, nin o Concello cobra o 80% nin o concesionario cobra o 20%, pero o Concello non asume nin acumula ningúnha débeda. Os anos en que non hai excedentes o Concello non percibe nada, e os anos que sí os hai percibe o 80% deses excedentes. O canon concesional constitúe a forma de retribución do Concello, neste caso variable en funcións duns parámetros, e que pode chegar a ser de 0 euros, pero en ningún caso pode entenderse que ademais de non supoñer un ingreso as arcas municipais, supoña un mecanismo de xeración de débedas ao Concello.

En canto aos servizos urxentes da grúa fora do horario do servizo da ORA, serán compensados contra o excedente anual de acordo co Anexo IV do prego, polo que no suposto de non haber excedentes (por non acadar o concesionario os resultados previstos) non poderá procederse á compensación.



EXCMO. CONCELLO DE BETANZOS

Praza Galicia, 1
Teléfono: 981 77 00 11
Fax: 981 77 65 29

Xa que do contrario, se estaría establecendo unha terceira forma de retribución ao concesionario non prevista nos pregos de condicións da concesión, que establece claramente que o servizo se presta a risco e ventura do contratista e que a forma de retribución do concesionario son as tarifas do servizo, e da administración o canon concesional. A maior abundamento, esta terceira forma de retribución do contratista vaciaría de contido o concepto esencial de "riesgo e ventura" da concesión, xa que independentemente da recadación polo concesionario das tarifas do servizo o Concello estaría asumindo esa diferenza co custe de explotación, e por tanto asumindo na práctica o riesgo e ventura da concesión.

TERCEIRO.- Outras cuestións de interese en relación cos custes de explotación do servizo.

En segundo lugar, hai que ter en conta que os estudos económicos do contratista sobre os custes anuais de explotación do servizo, que forma parte da documentación técnica (Sobre B), inclúfan a amortización da maquinaria e equipamento afecto ao servizo (grúa, señalización, sistemas de telecomunicación e informatización, etc..) a cinco anos, que era o prazo inicial de duración do contrato. Polo que a partir do ano 2006 (marzo), cando prorrogouse o servizo "os custes reais" do servizo pasaron a ser considerablemente más baixos por ter a maquinaria amortizada. Neste sentido, agás que se renovase de novo toda a maquinaria e equipamento do servizo nos anos 2006 e 2011 (o que non foi o caso segundo a información facilitada pola xefatura da Policía Local), os custes reais do servizo foron moito más baixos que os custes teóricos sobre os que se calculan os excedentes e o canon concesional.

A isto hai que engadir, que os custes do servizo foron actualizados anualmente segundo o incremento do IPC, por estar así previsto no prego, polo que a diferenza entre os custes reais do servizo e os custes teóricos do mesmo foi agrandándose co tempo, ata o punto de que os resultados da explotación fosen sempre negativos e o Concello non tivese ningún beneficio en concepto de canón concesional.

Este desaxuste entre custes teóricos do servizo e custes reais é especialmente significativo no "custe operacional da grúa", xa que a oferta técnica do contratista (Sobre B) recolle un custe anual de amortización da grúa de 593.491 pesetas a cinco anos (sobre un custe previsto de 2.500.000 pesetas). Neste sentido, pasados os cinco anos (en marzo de 2006) estaría amortizada a grúa, e tendo en conta que o contratista non renovou a grúa no ano 2006 nin no ano 2011, os custes "reais" anuais do servizo da grúa a partir do ano 2006 foron moito más baixos, concretamente 688.449 pesetas menos ao ano (593.491 pesetas más 94.958 pesetas do 16% do IVE), é dicir, a metade do custe previsto.

Pero ademais do anterior, pódese afirmar que incluso nos cinco primeiros anos da concesión os custes reais foron más baixos dos previstos, xa que segundo a información solicitada polo funcionario que subscribe á xefatura da Policía Local de Betanzos, a grúa que a concesionaria puxo a disposición do Concello no ano 2001 (con matrícula C-9232-BS) foi matriculada no ano 1997, polo que non era nova (tiña unha antiguedade de uns 4 anos), polo que o custe real da amortización dessa grúa usada foi inferior ao teórico reflexado na súa oferta. E cando a concesionaria renovou esa grúa a finais do ano 2014 (13 anos despois) foi substituída por outra grúa usada (matrícula 4222BJL) de características similares que estaba sobradamente amortizada (tiña unha antiguedade de 13 anos), matriculada no ano 2001. Polo que pode afirmarse que durante os 15 anos de duración do contrato o custe real de explotación do servizo da grúa de Betanzos foi en torno á metade do estipulado na súa oferta e no



EXCMO. CONCELLO DE BETANZOS

Praza Galicia, 1

Teléfono: 981 77 00 11

Fax: 981 77 65 29

no contrato. E tendo en conta que dito custe teórico de explotación foi anualmente incrementado co IPC, o custe real do servizo de grúa nos últimos anos podería chegar a ser en torno a un terzo do custe teórico de explotación, polo que os resultados reais da explotación deste servizo non poden ser negativos e concesionario debe ter beneficios e non perdidas como parece reflexarse nas liquidacións.

IV.CONCLUSIONS.-

PRIMEIRA.- En consecuencia, e sen prexuízo do preceptivo informe da intervención municipal, debe concluírse o seguinte de acordo coa natureza do contrato (concesión a risco e ventura do contratista) e co prego de condicións regulador da concesión:

-As únicas dúas formas posibles de retribución do concesionario de acordo co prego de condicións da concesión son as seguintes:

- a)As “tarifas dos usuarios” que veñen cobrándose por este.
- b)No seu caso, o 20% do excedente da recadación unha vez deducidos os custes de explotación.

-O prego non establece en ningunha das súas cláusulas que se non hai excedentes de recadación e por tanto non se cubren os custes de explotación do servizo (questión allea ao Concello) o Concello teña que abonar ao contratista esa diferencia, nin que teña que compensala dos futuros excedentes que poida haber.

-O canon concesional constitúe a forma de retribución do Concello, neste caso variable en funcións duns parámetros, e que pode chegar a ser de 0 euros, pero en ningún caso pode entenderse que ademais de non supoñer un ingreso as arcas municipais, supoña un mecanismo de xeración de débedas ao Concello.

-Os “remanentes negativos a favor da empresa concesionaria” que poida haber (por non cumplirse as previsións de ingresos da empresa) non implican de ningún modo que o Concello teña unha débeda co concesionario por ese importe, nin que o concesionario teña dereito que o Concello lle abone dito importe na liquidación final do contrato. Será o contratista, que xestioná o contrato ao seu risco e ventura, quen deberá asumir, como ven facendo ata agora, dita circunstancia, polo que á finalización da concesión non existiría ningún tipo de débeda por parte do Concello a favor do contratista.

SEGUNDA.- Os incumplimentos do concesionario e a falta dun mínimo control municipal sobre a concesión segundo consta no expediente, sumado á mellorable regulación do réxime económico da concesión no prego de condicións do servizo, aconsella que non se prorrogue o servizo neste termos.

En canto á maquinaria e instalacións afectas ao servizo, que son de propiedade municipal unha vez transcorridos os prazos fixados no prego, deberá procederse conforme establece a cláusula 37 do prego de condicións da concesión, realizándose un inventario tres meses antes da finalización do servizo (que será antes do 5/12/2016) para subsanar posibles anomalías que se detecten, e que deberán de ser entregadas ao Concello no prazo de 8 días dende a finalización do contrato (antes do 14/03/2017).



EXCMO. CONCELLO DE BETANZOS

Praza Galicia, 1
Teléfono: 981 77 00 11
Fax: 981 77 65 29

Tal é o que se informa sobre este particular, sen prexuízo de calquera outro criterio superior en dereito.

En Betanzos, a 10 de novembro de 2016

O Secretario

Rafael del Barrio Berbel

SR. ALCALDE-PRESIDENTE DO CONCELLO DE BETANZOS