



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

ASUNTO: *Expediente 1/2014. Requerimiento de informe sobre reclamación de equilibrio financiero en el contrato de gestión del servicio público de educación en la Escuela Infantil Juan Latino.*

Interesado: Fundación Granada Educa.

En Granada, a 1 de abril de 2014.

Vista la petición de informe sobre reclamación de equilibrio financiero en el contrato de gestión del servicio público de educación en la Escuela Infantil Juan Latino formulada por la Fundación Local Granada Educa, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

- I.** Con fecha 16 de junio de 2010, se suscribe por la Fundación Municipal Granada Educa contrato de gestión del servicio público de Educación en la Escuela Municipal Infantil Juan Latino.
- II.** Con fecha 3 de febrero de 2014, de salida de la sección de educación del Ayuntamiento de Granada se solicita dictamen del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos, sobre petición de restablecimiento de equilibrio financiero del contrato de gestión del servicio público de educación de la Escuela Infantil Juan Latino, remitiéndose a tal efecto los antecedentes oportunos.
- III.** El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos el día siete de febrero de dos mil catorce, acuerda la elaboración de un dictamen al amparo de lo establecido en el Reglamento de funcionamiento del Tribunal de Contratos Públicos de Granada cuyo artículo 1 e), previa realización de los actos de instrucción que se consideren pertinentes por el Secretario del Tribunal, y en particular la petición de un informe económico que estudie al reclamación desde esta perspectiva presentada por el concesionario, al objeto de realizar un pronunciado adecuado sobre el asunto.

ASUNTO: Reclamación de equilibrio financiero en el contrato de gestión del servicio público de educación en la Escuela Infantil Juan Latino.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

III. El día 1 de abril de 2014, se recibe por el secretario del Tribunal informe económico solicitado por el citado órgano, que literalmente dice:

“EXPEDIENTE: 1/2014

ASUNTO: INFORME ECONÓMICO SOBRE EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO EN CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN EN LA "ESCUELA INFANTIL JUAN LATINO".

ENTIDAD CONCESIONARIA: Escuela de Alto Rendimiento Novaschool, S.L. CIF: B92876135

Con fecha de 16 de Enero de 2014, D. Francisco José Barrionuevo Canto, con DNI 52560126C, en calidad de Administrador Único de la entidad "Escuela del Alto Rendimiento Novaschool, S.L"(En adelante "EARN"), presenta en el registro de la Fundación Granada Educa un escrito de Solicitud de Restablecimiento de Equilibrio Financiero "frente a la debacle económica a la hora de explotar el centro" alegando los siguientes extremos:

- La recesión económica española*
- Los retrasos en el pago de nuestros servicios por parte de la Junta de Andalucía*
- La modificación unilateral de la retribución por parte de la Junta de Andalucía, al eliminar el pago correspondiente al mes de agosto, a partir del segundo año de vigencia.*
- La no consecución, por desestimación de la Administración Educativa, y por tanto, por causas ajenas a EARN, de la ampliación de plazas a 122, contemplada en su oferta.*
- El no uso de las actividades extraescolares ofertadas por EARN por parte de los padres de alumnos debido a la crisis.*
- Asimismo alegan el incremento en los gastos de personal como consecuencia de la consecución de la calidad exigible.*

Finalmente, proponen para restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión la modificación del canon anual aplicable al contrato, de un importe fijo de 50.100€, por un porcentaje sobre el beneficio anual de la Escuela, que proponen en un 25%.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

*Y sostienen que, de no adoptarse medidas urgentes que posibiliten el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, **EARN se verá abocada al cese de su actividad en este centro de Granada, con el consiguiente riesgo en la continuidad y prestación del servicio público.***

*Encontrándose el anterior expediente en fase de instrucción y previa determinación de un dictamen al respecto por parte del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada, y habida cuenta de las alegaciones presentadas por la entidad contratante, la que suscribe elabora el siguiente **INFORME ECONÓMICO**, no sin antes dejar constancia de que:*

-Se realiza a fecha de 20 de Marzo de 2014, habida cuenta de la urgencia del trámite correspondiente, a falta de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012 solicitadas formalmente a EARN con fecha de 26 de Febrero de 2014, esto es, 22 días antes, y habiendo comunicado la jefa de Administración de la entidad el 27 de Febrero vía telefónica que serían remitidas a la mayor brevedad posible por encontrarse el 2012 aún sin cerrar.

*Por ello hemos usado para este análisis los datos de 2012 que aparecen en el **Balance previsional** del ejercicio 2013 (es el que aportan) pese a que entendemos que a estas alturas las Cuentas Anuales de 2013 ya deberían estar auditadas y depositadas en el Registro Mercantil.*

*****Posteriormente a la realización de este estudio, previo a la firma del informe, que el 20 de Marzo de 2014, la Responsable Administrativa de EARN, Nieves Callejón, remite vía email y en formato PDF las Cuentas Anuales relativas a 2012, incluyendo la Memoria y el Informe de Gestión, que en lo sustancial no varían de las cuentas previsionales presentadas con anterioridad. Así lo reflejamos en el presente para que conste a los efectos oportunos.*

ANÁLISIS CUENTAS ANUALES NOVASCHOOL:

ANÁLISIS DE LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS SEPARADA DE LA "ESCUELA JUAN LATINO" (ELABORADA POR EL AUDITOR):



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

ANÁLISIS VERTICAL:

El análisis vertical de la cuenta de resultados relativa a la Escuela Juan Latino muestra la importancia de cada partida con relación a las ventas. En este caso, y considerando el ejercicio 2013; por cada 100 euros vendidos, se asumen 21 euros de aprovisionamientos, 67 euros por los gastos de personal, 14,90 € de por otros gastos de explotación y sólo 0,94€ de amortización del inmovilizado,

Con respecto al Resultado de Explotación, entenderíamos la relación con las Ventas como un margen de beneficios. En este caso, según este documento por cada 100 euros facturados, se obtienen unas pérdidas de 6,65 euros. El Resultado Financiero no tiene apenas peso, puesto que supone 0,59 € por cada 100€ facturados.

El Gasto de Personal tiene un peso demasiado fuerte en el desarrollo de este centro y además se observa que la tendencia es a aumentar, cuestión que, dada la situación que expone la entidad, sólo podría entenderse por un incremento del peso de las indemnizaciones por despido.

Lo mismo ocurre con los gastos de Aprovisionamientos, sobretudo en lo que se refiere a Trabajos realizados por Otras Empresas, algo que parece completamente incompatible con el aumento en gastos de personal.

Se observa algo parecido con respecto a la cuenta "Otros gastos de explotación", concretamente en lo que a "Servicios Exteriores" se refiere. Este aumento en una situación como la que describe la mercantil sólo podría entenderse por un gasto en publicidad, que además a día de hoy resulta completamente innecesario puesto que tal y como describe la gerente de la Fundación Granada Educa, Concepción Muñoz Sánchez, la escuela está al 100% con respecto al alumnado y con lista de espera para el curso que viene.

Sin embargo, el descenso en las Ventas de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias en los últimos tres años es proporcionalmente mucho menor a los aumentos anteriores. Descenso que tampoco podemos relacionar directamente con la crisis puesto que entre 2011 y 2012 se produce incluso un incremento considerable, a pesar de ser un año de fuerte caída del PIB y



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

habida cuenta de la situación (100% de Ocupación) manifestada por Dña. Concepción Muñoz.

Por lo tanto, podríamos decir que la falta de sostenibilidad de este centro que asegura la entidad EARN, no se debe tanto a la disminución de las ventas por la crisis económica sobrevenida como a la mala gestión interna no enfocada en ninguno de los ejercicios a la reducción u optimización de los gastos sino al incremento porcentual de los mismos sin ningún reflejo positivo en la cuenta de resultados.

ANÁLISIS HORIZONTAL:

Un aspecto que llama la atención es la amortización que realizan del inmovilizado que se observa en esta Cuenta de Resultados marginal de "Escuela Juan Latino". No se entiende muy bien el sistema que siguen para amortizar de forma que en 2012 amortizan 55.736,74€ y en 2013 sólo 3.002,28 €.

En cualquier caso, y puesto que tampoco existe informe paralelo a dicha cuenta marginal que reproduzca la política interna seguida con respecto a la amortización (por poner un ejemplo), lo acertado sería lo siguiente:

Si necesitamos financiar la adquisición de inmovilizado que esperamos va a estar funcionando en la empresa por varios años, habrá que financiar dicha adquisición con un préstamo cuyo vencimiento sea aproximadamente de esos años, de forma que la cuota de devolución del principal sea similar a la capacidad que tenga dicho inmovilizado para generar efectivo a la empresa.

Desde el punto de vista de la solvencia, será igual o más solvente la empresa más prudente, puesto que retienen estos fondos al presentar menores beneficios (amortiza rápidamente, y registra mayores pérdidas previsibles antes de que se produzcan) sin embargo se produce la paradoja de que la imagen exterior de la empresa es de menor solvencia.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

Sin embargo, los criterios de amortización que sigue EARN, tal y como se describen en la Memoria de las Cuentas Anuales, y que más abajo describimos son a todas luces equilibrados.

Una vez analizado este documento que remite la mercantil en un primer momento, procede aclarar que la Fundación Granada Educa firma el contrato con la entidad "Escuela de Alto Rendimiento Novaschool, S.L." teniendo en cuenta la solvencia y la liquidez que representa la misma en su globalidad y el proyecto de calidad presentado por la misma y con el que se comprometen posteriormente con la firma del contrato durante los 25 años de vigencia de la concesión.

Asimismo es "Novaschool" la que con fecha 16 de enero de 2014 presenta escrito de solicitud de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato que nos ocupa.

También es razonable pensar que dentro de la actividad de una mercantil, se pueden dar situaciones puntuales de desequilibrios económicos-financieros de alguna de sus líneas de negocio y será la solvencia y liquidez demostrada de la sociedad la que solventará estos desequilibrios entre unos negocios y otros, y por supuesto esto no tiene que suponer el cierre inmediato de ninguno de las actividades ejercidas por la misma.

A continuación demostraremos la solvencia y liquidez de EARN en la que se basa la "Fundación Granada Educa" para contratar con ella en 2010, solvencia que se mantiene a fecha de hoy, tal y como arrojan sus Cuentas Anuales.

ANÁLISIS DE LOS BALANCES FINALES POR EJERCICIOS DE LA ENTIDAD CONTRATANTE (ESCUELA DE ALTO RENDIMIENTO NOVASCHOOL, S.L. " EARN")

ANÁLISIS ESTÁTICO:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

Si realizamos un análisis estático o vertical del Balance para ver la estructura económica y financiera de la mercantil y tomando como ejemplo el ejercicio 2011, obtenemos entre otras, las siguientes observaciones:

ACTIVO

- *El Activo No Corriente (53,90%) y el Corriente(46,10%) tienen más o menos la misma importancia.*
- ***La partida más importante son las Inversiones en empresas del grupo asociadas a L/P.***

La segunda, las Inversiones en empresas del grupo y asociadas a C/P

La tercera y cuarta, el Inmovilizado Intangible y los Deudores Comerciales y otras cuentas a Cobrar.

El hecho de que la mayor parte del Activo esté compuesto por "Inversiones en Empresas de Grupo", y no exista un Patrimonio sustentado por un Inmovilizado Material o Inversiones Inmobiliarias con las que poder hacer frente a deudas futuras, ya deja entrever la política de este grupo empresarial.

En la Información Corporativa que publica Novasoft en internet, se deja claro que “uno de los pilares del Modelo y Cultura empresarial de Novasoft son los Vínculos de Valor. Estos vínculos de valor rodean a toda la organización complementando y amplificando los recursos disponibles. Refiriéndonos de forma específica a nuestra red de empresas participadas, potenciamos las relaciones con la misma forma que generamos valor mutuo. De esta manera, la diversificación y el crecimiento del grupo empresarial Novasoft lo estamos orientando hacia la “inversión” en una red de empresas participadas(start up, spin off universitarios,...) en un marco apropiado donde Novasoft pueda ejercer, en primera fase, una labor real de “Business Angels” y llegar a convertirse en un socio industrial para estas empresas en una etapa posterior”.

En la actualidad, la red de empresas participadas por Novasoft está compuesta por las siguientes sociedades:



Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

- *Insecta Soluciones Biológicas(70% Novasoft Equity & Investment, S.L.)*
- *G2 Crea Innotecnologías Colaborativas, S.L.(25% Novasoft Equity & Investment, S.L)*
- *Innostrategy, S.L.(40% Novasoft Equity & Investment, S.L)*
- *Escuela de Alto Rendimiento Novaschool, S.L.(EARN) cuya composición accionarial inicial es la siguiente:*

69.7% Novasoft Global Solution, S.L (Holding Grupo Novasoft); dedicado a la Gestión de Participaciones de otras mercantiles

19,17% Novasoft TIC ; enseñanza en Informática

5,13% Novasoft Wifi S.L. ; Internet inalámbrico y Satélite

3,80% Novasoft Solutions S.L.; Asistencia empresarial

1,09% Softfood S.L.; Alimentación y restauración

1,07% Novasoft Equity S.L.; Asistencia Empresarial

- *Colegio Novaschool Añoreta, S.L. (70% EARN, S.L.)*

De la anterior descripción, podemos resaltar que la mercantil que nos ocupa (EARN) se encuentra fundamentalmente financiada, por otras empresas del grupo, cumpliendo con la política empresarial que se describe más arriba. Ello evidencia una gran interdependencia de las mismas.

En la misma fuente comprobamos que, siguiendo también dicha política, el grupo Novasoft , se intuye que ante determinadas previsiones o estudios, a partir de 2011, a pesar de obtener unos beneficios de 79.554.063€ (frente a los 49.195.402€ del ejercicio anterior) inicia un Plan de Ajuste que coincide con la caída de resultados que presenta EARN (de 76.673,82 € en 2011 a -221.777,60 €)

Por otra parte, comprobamos que en Septiembre de 2013 el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Málaga declaró el concurso de acreedores a cuatro empresas del grupo Novasoft, en concreto a Novasoft Corporación Empresarial, Novasoft Ingeniería, PC Online 2002 y Rescate Informático.

De lo anterior, podemos concluir que quizá las perspectivas para este grupo empresarial no sean especialmente alagueñas y que por la estructura y política empresarial, este hecho no afecte positivamente a EARN. Sin embargo nada tienen que ver con la Fundación Granada



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

Educa ni con el Ayuntamiento de Granada los cambios que se produzcan en la contabilidad de esta empresa como consecuencia de dicha política interna y de grupo.

Siguiendo con el análisis del Activo del Balance, comprobamos además que la mayor parte de los “Deudores Comerciales y otras cuentas a Cobrar” no son Clientes sino “Otros Deudores”. Lo que hace intuir que las deudas de esta mercantil no están tan relacionadas con la crisis de la actividad tal y como manifiesta.

PATRIMONIO NETO Y PASIVO

El Patrimonio Neto (89,25%) sobrepasa con mucho al total de Deudas de la Empresa (10%) En el Patrimonio Neto, el “Capital aportado por los socios”, esto es, por las filiales descritas anteriormente, es el de mayor impotancia (82,19%).

En el Punto 3 de la Memoria se describe que la política de la empresa es llevar la mayor parte del Resultado a Reservas legales y Voluntarias y una ínfima parte a compensar resultados negativos de ejercicios anteriores.

Esta política de acumular Reservas y no repartir dividendos es típica de una falta de liquidez, de forma que las Reservas sirven como garantía de posibles pérdidas.

Por lo tanto, ya en 2011, la mercantil preveía resultados negativos, e inicia políticas de acción determinadas sin que esto afectase aparentemente a la viabilidad para EARN de la Escuela Juan Latino, puesto que no manifiesta nada a esta parte.

El Resultado en 2010 es de 151.512,61 €, mientras que el del ejercicio que estamos analizando(2011) fue de 76.673,82 €.

ANÁLISIS HORIZONTAL:

Si realizamos un análisis horizontal o dinámico de los Balances de los ejercicios 2009-2013, obtenemos que :

Entre el 2010 y el 2011:

- Se produce un aumento del Activo y Pasivo de la mercantil de un 162,97%



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

- El "Activo no corriente" experimenta un incremento del 77,67% debido en la mayor parte al Inmovilizado Material e Intangible (situación típica de una mercantil de reciente despegue).

- El "Activo Corriente" aumenta en un 499,65% . Importante señalar el aumento paralelo de las "Inversiones en Empresas de Grupo y Asociadas".

El Patrimonio Neto aumenta en un 66,63%. Importante señalar un decrecimiento paralelo del Resultado de un 49,39%

-Aumento del "Pasivo no Corriente" en un 85,71%, debido únicamente al aumento del pasivo por impuesto diferido (Impuesto de Sociedades)

-Con respecto al incremento del "Pasivo Corriente", destacar el **incremento de las Deudas con empresas del grupo y asociadas a C/p de un 497,10%**

Entre 2011 y 2012;

- Se produce un aumento del "Activo no Corriente" de 105.30%, nuevamente basado fundamentalmente en un Aumento de Inmovilizado Intangible.

El Activo Corriente comienza a disminuir no sólo con respecto a los Deudores Comerciales sino también las "Inversiones en Empresas del Grupo y Asociadas" que se ven reducidas en un 42.93%. Por supuesto también el Efectivo.

No obstante, el Neto sigue aumentando aunque esta vez en menor medida, un 33,30%. Lo que supone un **aumento continuado en la solvencia de la mercantil.**

Aumenta el Pasivo Corriente y No Corriente, en **concreto aumentan también las deudas con las empresas del grupo en un 58,93%, con respecto al ejercicio anterior.**

Las previsiones del Ejercicio 2013 con respecto al ejercicio anterior son de ruptura brusca de la tendencia;

El Activo no Corriente disminuye por primera vez en -0,57%, lo cual no concuerda con el aumento de "Efectivo y otros activos líquidos equivalentes" en un 306,79%, hecho que llama bastante la atención.

El Patrimonio Neto disminuye en un -6,17%, del mismo, con una considerable disminución de Subvenciones, Donaciones y Legados recibidos. Si en 2012 esa disminución era de 62,50%, en 2013 es del 177,71%.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

No obstante siguen aumentando aunque de forma mucho más débil las deudas con empresas del Grupo y Asociadas.

Del análisis anterior, merece ser destacada la "falsa solvencia" que manifiesta el crecimiento continuado del Neto de la mercantil y el cambio drástico que experimenta el Balance Previsional de 2013.

ANALISIS DE LA LIQUIDEZ (Centrado en Activo y PASIVO)

La Liquidez se refiere a la capacidad de la empresa para atender sus compromisos de pago a C/P o adecuación de las corrientes de cobros y pagos derivados de dicha actividad. El componente central de la liquidez es el Fondo de Maniobra o Capital Corriente, con sus dos definiciones:

- Parte del Activo corriente financiada por recursos permanentes:

Capital Corriente= Activo Corriente - Pasivo Corriente

- Parte de los Recursos Permanentes liberada para financiar el Activo Corriente:

Capital Corriente(Fondo de Maniobra)= Patrimonio Neto+ Pasivo no Corriente - Activo no corriente.

Cuando esta cantidad es adecuada, el capital corriente absorbe los desfases de las corrientes esperadas de pagos y cobros.

La Situación óptima es un Capital Corriente Positivo definido como la parte del Activo Corriente que se financia con Recursos Permanentes. El Capital Corriente absorbe los desfases cobros/pagos.

2009: Ejercicio anterior al contrato:

Activo Corriente: 59.173,09 €

Pasivo Corriente: 360,14 €

Capital Corriente= Activo Corriente - Pasivo Corriente= 58.812,95 €>0



Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

2013:

Activo Corriente: 2.642.311,76 €

Pasivo Corriente: 5.474.022,44 €

Capital Corriente= Activo Corriente - Pasivo Corriente=(-)2.831.710,6 €

Esta situación es la conocida popularmente como Suspensión de Pagos. Esta situación únicamente puede producir el inicio de una intervención judicial para llegar a un acuerdo con los acreedores, de forma que garanticen la supervivencia de la empresa mediante el aplazamiento de los compromisos de pago que vencen a C/P. Con ello se evita paralizar el proceso productivo y la supervivencia de la empresa no tiene por qué verse amenazada. Únicamente se trata de una situación de desequilibrio entre las corrientes de cobros y pagos, de manera que se pretende que la empresa vuelva a generar suficientes fondos que permitan reequilibrar dichas corrientes.

No obstante, un exceso de liquidez tampoco es bueno puesto que se mantienen recursos inactivos que podrían invertirse en proyectos de inversión rentables.

Si observamos, este aumento en el pasivo corriente se produce de forma más acusada entre 2011 y 2012. Podemos preguntarnos, ¿A qué se ha debido el aumento en el pasivo corriente de su mercantil de forma tan estrepitosa? Comprobamos que han incidido 3 cuentas fundamentalmente: Deudas con empresas del Grupo y Asociadas a C/P, siendo precisamente las Inversiones en empresas del Grupo las que sostienen en mayor medida el Activo Fijo y Circulante de esta empresa y habiendo aumentado las mismas de 4.436.360,00€ a 7.714.933,00€ en esos mismos periodos.

Esta situación se entiende fácilmente en el caso de que las empresas del grupo en las que invierte nuestro contratado estuviesen en una situación difícil. Si tenemos en cuenta esto y añadimos que la política del grupo Novasoft en este periodo ha sido de poner en funcionamiento un importante Plan de Ajuste, se entiende la magnitud de la caída.

Por tanto este aumento del Pasivo Corriente o a C/P de EARN se podría deber más a un Plan de Ajuste llevado a cabo en todo el grupo empresarial para compensar las pérdidas de todas las mercantiles asociadas como consecuencia de la crisis, que no dudamos que sea el germen de lo que ha venido después.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

Sin embargo, entendemos que a lo que de ningún modo se debe es al rendimiento de la "Escuela Infantil Juan Latino", teniendo en cuenta que la misma a día de hoy cuenta con lista de espera en matriculación de alumnos.

No obstante y tal y como se ha descrito anteriormente, en el momento en el que se firma el contrato con EARN (ejercicio 2010) la liquidez de esta mercantil era más que saludable. Y aclaramos nuevamente que la Fundación Granada Educa contrata la concesión que nos ocupa con EARN, por lo que el estudio de viabilidad de la concesión se realiza teniendo en cuenta la situación económica global de dicha mercantil en 2010 y las previsiones que la misma manifiesta como bastante ambiciosas, pues se trataba de empresas con un objeto social no relacionado de forma directa con el sector inmobiliario y basado en la innovación y las nuevas tecnologías, en creciente e ininterrumpida expansión.

ANÁLISIS DE SOLVENCIA:

El análisis de solvencia evalúa la situación patrimonial de la empresa (financiación e inversión), con la finalidad de analizar su posición global de equilibrio. Una empresa puede no tener liquidez en un momento determinado debido a algún desajuste, pero puede tener una estructura económica y financiera sólida que le permita superarlo. Mientras que la liquidez tiene una perspectiva a corto plazo, la solvencia se refiere a la continuidad indefinida de la empresa para atender sus compromisos financieros a largo plazo.

Situación Financiera de la empresa:

2009 y 2010: Patrimonio Neto Positivo, valorado en el Pasivo del Balance Final por 58.812,95 €. Es decir, cuando el Ayuntamiento de Granada contrata con esta mercantil, se encuentra en un estado de solvencia más que razonable.

Además el Capital Corriente, tal y como hemos visto anteriormente es positivo, por lo que la situación en el ejercicio previo y el correspondiente a la firma era de absoluto Equilibrio Financiero.



Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

*La tendencia en los siguientes ejercicios ha sido de claro aumento del Patrimonio Neto por lo que, tal y como en su momento estudió esta parte, **la solvencia de la mercantil va posteriormente en aumento, desde 2010 (4.128.552,23 € de Patrimonio Neto) hasta 2012 (con 9.170.121,40 € de Neto).***

En 2013 experimenta un claro descenso hasta los 8.604.504,67 €. No obstante el Neto sigue siendo Positivo y no se evidencia una falta de solvencia drástica. En ello han influido negativamente en gran medida las siguientes cantidades:

-604.120,80 € (que corresponde a Resultado de Ejercicios anteriores)

-108.806,73 € (que corresponde a Subvenciones, Donaciones y Legados recibidos)

Con respecto a esta segunda cifra, aclarar que el saldo de esa cuenta puede ser negativo por su política de imputación de dichas subvenciones al resultado. Tal y como aclara la memoria del ejercicio 2010 en su punto 11, la mercantil decide por poner un ejemplo, y haciendo a nuestro juicio un mal uso del principio de prudencia, imputar de los 700.000 euros pendientes de cobro a cierre del ejercicio que mantiene con la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Málaga por la Escuela situada en Marbella, imputar como Ingresos de Subvenciones, donaciones y legados de carácter financiero al Resultado (Cuenta de Pérdidas y Ganancias) 233.333,33 €, lo que incide en una disminución significativa en el Neto.

Por otra parte, en este punto comprobamos que la irregularidad en los cobros de las subvenciones por parte de la Junta de Andalucía es común a otros negocios similares de la mercantil en otras provincias.

Importante también para este análisis señalar que en el ejercicio 2010 la mercantil lleva a cabo una ampliación de capital, lo que engrosa significativamente el Neto de la misma por importe de 3.591.560,00 euros por la que adquiere a Novasoft Corporación Empresarial, S.L el 69.65% de las participaciones sociales del Colegio Novaschool Añoreta, S.L, lo que supone un aumento de capital de 60.000 a 3.651.560 euros.

Posteriormente tal y como refleja la Memoria del Ejercicio 2011, la mercantil EARN compensa en crédito mantenido con Novasoft Corporación Empresarial, S.L realizando una nueva ampliación de capital por importe de 2.827.607,00 euros, siendo esta última la



Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

suscriptora de dichas participaciones, por lo que se vuelve a engrosar el Neto usando una ampliación de capital.

Cuando se realiza este tipo de operación, contemplada en la LSA y común al resto de sociedades, se está produciendo una capitalización de créditos, sin embargo este aumento del Neto no es paralelo a un incremento patrimonial ni en los resultados o rendimientos reales de la empresa, por lo que puede llevar a errores de interpretación a terceros.

Para más abundamiento, en este último apunte hacemos constar que durante el ejercicio 2011 se ha producido ya un decremento en los Resultados del Ejercicio reflejado en el punto A-1)VII del Balance (de 151.512,61 € en el ejercicio 2010 a 76.673,82 € en el ejercicio 2011).

Precisamente la importancia de este tipo de información con respecto a terceros, entre los que se encuentra en este caso la Fundación contratante, hace que la LSA establezca la necesidad de elaborar un informe en el que se haga constar los motivos y mecanismos utilizados para dicha ampliación de capital.

Sería interesante también en este punto destacar la falta de intencionalidad durante ese ejercicio (2011) de abandonar la concesión, existiendo como existía ya una tendencia y previsión de pérdidas.

Sin embargo, la mercantil decide resolver los problemas de liquidez con este tipo de mecanismos a los que la Fundación y el Ayuntamiento de Granada permanece completamente ajena.

Siguiendo con el análisis de la Solvencia, y con la evolución a partir del 2010, con respecto al Capital Corriente, obtenemos las siguientes situaciones:

Ejercicio 2010:** AC-PC= 933.399,70 € - 348.838,13 € = 584.561, 57 >0 Combinado con un Neto >0 (4.128.552,23 €)La Situación es nuevamente de **Equilibrio Financiero



Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

Ejercicio 2011: $AC-PC = 5.597.124,51 \text{ €} - 500.292,74 \text{ €} = 5.096.831,77 > 0$ Aumenta la Liquidez combinado con un Neto > 0 y en crecimiento con respecto al ejercicio anterior (6.879.519,05 €) la situación sigue siendo de **Equilibrio Financiero**

Ejercicio 2012: $AC-PC = 2.925.405,19 \text{ €} - 4.766.856,73 \text{ €} = -1.841.451,54 \text{ €}$ Combinado con un Neto > 0 y en crecimiento (9.170.121,40 €), se produce un decremento claro del Fondo de Maniobra, llegando a ser éste incluso negativo. Es la situación popularmente conocida como **Suspensión de Pagos (pese a tratarse de una mercantil solvente existe una falta clara de liquidez puntual)**. Lo que, tal y como hemos comentado anteriormente no implica ni mucho menos un abandono de la actividad por parte de la mercantil.

Ejercicio 2013: $AC-PC = (-) 2.831.710,6 \text{ €}$ El Capital Corriente vuelve a ser negativo, sin embargo de forma paralela a un Neto nuevamente positivo (8.604.504,67 €) que no disminuye de forma desorbitada. Con lo cual **clara Solvencia nuevamente de la mercantil**.

Tras este análisis, podemos comprobar como a día de hoy EARN aún no ha experimentado una situación Financiera de Quiebra, esto es, la situación más grave de desequilibrio financiero que se produce cuando el Patrimonio Neto es Negativo (claro indicativo de Insolvencia). Situación que sí podría empujar a la mercantil de forma irremediable a abandonar líneas de negocio.

Por otra parte, otro aspecto importante a la hora de analizar la Solvencia de la mercantil, es la existencia de una correcta correlación entre las amortizaciones técnicas y financieras de los activos no corrientes. Dicha correlación es asimismo clara si atendemos a lo que reconoce la propia mercantil en la Memoria de sus Cuentas Anuales del Ejercicio 2011(criterio mantenido en el resto de ejercicios) , en su punto 4.2: “ Las amortizaciones se han establecido de manera sistemática y racional en función de la vida útil de los inmovilizados materiales y de su valor residual, atendiendo a la depreciación que normalmente han sufrido por su funcionamiento, uso y disfrute, sin perjuicio de considerar también la obsolescencia técnica o comercial que pudieran afectarlos(...)” Más adelante se deja claro la realización de correcciones valorativas en el caso en el que sean necesarias.



Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

*Por tanto, podemos decir que existe también en este caso un **equilibrio contable entre inversión y financiación** pues la empresa ajusta la amortización financiera a la técnica, esto es, a la menor capacidad del inmovilizado para generar rendimientos.*

Llegados a este punto, y una vez comprobada la solvencia de la mercantil, resulta inverosímil la propuesta que EARN lanza a esta parte en las alegaciones presentadas con fecha 16 de enero de 2014. Propuesta que a continuación desmontamos alegación por alegación:

- Significativos retrasos en el pago de sus servicios por parte de la Junta de Andalucía.

Con respecto a esto, debemos aclarar en primer lugar que no es responsabilidad de esta Administración dicho retraso. Asimismo aclaramos que si bien no en las fechas programadas, los pagos se ingresan de manera efectiva y que una empresa de estas características (evidentemente nos referimos a EARN y no a la línea de negocio "Escuela Juan Latino" tiene un fondo de maniobra suficiente para hacer frente a dichos desfases. Dicho fondo de maniobra queda ampliamente constatado en el análisis que se ha realizado anteriormente, y es una de las razones por las que la Fundación Granada Educa contrata con esta empresa y no con otra, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que el mantenimiento de una Escuela Infantil de la que dependen 120 alumnos no es cuestión baladí.

- Modificación unilateral, durante el contrato, de la retribución por parte de la Junta de Andalucía al suprimir el pago correspondiente a la subvención por cada etapa de los ejercicios 2011-2013, que constatan que en el año 2011 se recibió el ingreso correspondiente a la liquidación del mes de Agosto mientras que en los años 2012 y 2013 no se ha recibido dicha mensualidad.

Con respecto a esta alegación, que según afirma la mercantil afecta significativamente a su cuenta de resultados, es importante hacer constar que dos meses de subvención de la Junta de Andalucía suponen 14.146,20 euros menos distribuidos en dos ejercicios, la cual consideramos que no es una cantidad suficientemente significativa como para alterar el equilibrio de la concesión por las mismas razones que hemos descrito en el punto anterior.

No obstante, volvemos a incidir en que no es responsabilidad del Ayuntamiento esta modificación unilateral de la Junta, y por lo tanto, puesto que las condiciones y obligaciones



Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

propuestas por esta parte se han mantenido hasta el día de hoy, consideramos que esto no debe afectar a la cuantía de la contraprestación contractual firmada con la Fundación Granada Educa.

- La no consecución, por causas ajenas a EARN, de la ampliación de las plazas escolares a 122, contemplada en su oferta.

Teniendo en cuenta que el número actual de alumnos es de 102, los 20 restantes suponen un pérdida relativa de 61.353,6 € al año suponiendo que se acogiesen a la cuota de "Educativo+ Comedor --278.88€ al mes" y considerando los 11 meses que se pagan de curso escolar.

Esta pérdida unida a la relativa a la Subvención de la Junta, suman un total de 75.499,80 € al año.

Por otra parte con respecto a la referencia que realiza la mercantil a la crisis económica en sus sucesivos escritos y conversaciones mantenidas con la Fundación, nos volvemos a remitir al estudio realizado más arriba de los balances presentados por EARN en el que se demuestra que los aumentos y disminuciones de Activo y Pasivo no han sido paralelos ni relacionados en la mayoría de los casos con los momentos de mayor incidencia de la crisis económica.

Asimismo, de la composición patrimonial de la sociedad, por la que depende en gran medida de la evolución del resto de empresas del grupo, podemos comprobar que los sectores a los que pertenecen estas otras no están relacionados con el mundo inmobiliario o de la construcción.

*En este punto hemos de hacer mención al principio contenido en el **artículo 199 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público: Principio de riesgo y ventura**, que reza tal y como sigue:*

"La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado"



Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

No obstante, volvemos a incidir en el hecho de que en la actualidad la ocupación de la Escuela es del 100%. Por lo que bajo ningún concepto se puede achacar a la crisis las cuentas negativas que presenta el resumen aportado por el auditor correspondiente a "Juan Latino".

No obstante, el punto 11 del Contrato firmado con fecha de 16 de Junio de 2010, establece en relación a la Modificación del Contrato y mantenimiento del Equilibrio Económico financiero lo siguiente:

" La Fundación deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de cualquiera de las partes en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Fundación modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado

b) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, entendiéndose por "fuerza mayor" lo dispuesto en el art. 214 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre

c) Cuando descienda en un 15% el número de usuarios reflejados en el estudio y quede demostrado la implicación por parte del contratista en haber puesto los medios necesarios para publicitar periódicamente el servicio.

En este caso, está claro que la Fundación no ha modificado las características del servicio contratado, tampoco se trata de un caso de fuerza mayor, aunque si se ha producido una reducción del 16,4% del número de usuarios reflejados en el contrato inicial, puesto que ese es el porcentaje que representan los 20 alumnos menos que pueden matricularse en el centro de los 122 que se proyectaron y acordaron contractualmente en un principio. Hecho este del que además sí es responsable esta parte.

Por tanto con respecto a esta alegación si podría estimarse oportuno reducir el canon en un 16,4%, esto es, procedería reducir la cantidad de 50.100 euros a la que está obligada la mercantil con esta parte por contrato en 8.216,4€ (16.4% de 50.100€); de lo que resultaría el restablecimiento del canon por otro de importe 41.883.6 €, teniendo en cuenta el incremento del IPC anual a pagar a partir del siguiente ejercicio, todo ello sin perjuicio del superior criterio del Tribunal.



Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

En otro extremo, de considerar esta parte la alegación relativa a la subvención de la Junta correspondiente a los meses de Agosto, si bien es cierto que supone un perjuicio económico para la mercantil, esta parte no lo considera porcentualmente ni mucho menos equiparable a la propuesta que realiza la mercantil en su escrito de reducción del canon a un 25% del Beneficio Anual que supondría, si observamos la cuenta de pérdidas y ganancias marginal de la Escuela Juan Latino, la ausencia de prestación económica alguna por parte de EARN a esta Administración durante al menos los últimos tres ejercicios de los que aportan resultados negativos, los cuales ya de entrada le eximen de pagar impuesto de sociedades en lo que corresponde a esta actividad.

Y todo esto, no olvidemos, tratándose de una situación de 100% de matriculaciones, con lista de espera para los ejercicios siguientes y con un perfecto cumplimiento por nuestra parte con lo establecido en el contrato desde el momento 0.

Tampoco somos ajenos a lo que supone a una empresa de reciente creación como ésta usar el nombre de la Fundación Local Granada Educa en lo que a garantía en la prestación del servicio se refiere.

Como conclusión al presente análisis, podemos decir que por esta parte se desestima la propuesta realizada por la empresa concesionaria EARN, en lo que al cálculo del canon se refiere por suponer la misma un verdadero desequilibrio económico financiero (equilibrio 0) en perjuicio de esta parte.

No obstante lo anterior, hacemos constar varios extremos relativos al expediente:

1º A fecha de hoy, la mercantil no ha efectuado el ingreso del canon correspondiente al ejercicio 2013, lo que podría constituir la comisión de una infracción leve contemplada en la cláusula 22 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato que nos ocupa. Dicha cláusula, en relación al Régimen Sancionador, establece en su punto 3,a), lo que sigue:

"Constituyen infracciones leves: El retraso en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contempladas en el presente Pliego de Cláusulas"



Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

2º Por otra parte, con respecto a la intención de la entidad de interrumpir la prestación del servicio, de no restablecerse de forma urgente el equilibrio económico de la concesión; podría estar incurriendo en una Infracción Grave contemplada en el apartado 4. d) de la misma cláusula.

3º Asimismo, advertimos que el sostenimiento del impago del canon puede ser causa de resolución del contrato en virtud de la cláusula 23 del mismo pliego, lo que supondrá la reversión de las instalaciones al Ayuntamiento de Granada sin percibir EARN ningún tipo de contraprestación.

Además, en caso de resolución del contrato por culpa del contratista, se incautará la garantía definitiva, sin perjuicio de la Indemnización por los Daños y Perjuicios originados a la Fundación, en lo que excedan al importe de la garantía.

En relación a esta posible Indemnización por Daños y Perjuicios, no olvidemos que en el presente caso, el objeto del contrato es la prestación de un servicio público de primer orden y obligatorio como es la enseñanza primaria obligatoria del que es titular el Ayuntamiento de Granada, con 120 alumnos en plena formación matriculados actualmente en la escuela y una amplia lista de espera para el curso siguiente, con el compromiso y la responsabilidad que conlleva para la Administración frente a estos terceros en particular y frente a los ciudadanos en general.

Por último, con respecto a la exigencia de calidad por nuestra parte y los gastos que supone al concesionario alegados por éste, hacemos constar que ya en el contrato en el punto SEGUNDO, dentro del apartado 1 (Objeto), se hace la siguiente descripción del servicio:

" Este servicio se prestará por aumentado por las mejoras ofertadas por la mercantil que mejora el pliego de prescripciones técnicas aprobado por la Fundación y aceptado por Escuela de Alto rendimiento Novaschool, S.L. y que forman parte del presente contrato como partes integrantes del mismo"



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

En este sentido, y no olvidando que, tal y como establece el punto 15 del Contrato firmado con la mercantil con fecha 16 de Junio de 2010, "tienen naturaleza contractual y por lo tanto forman parte del contrato:

(...) la Documentación aportada por la Escuela de Alto Rendimiento Novaschook, S.L. integrada en los sobres A Documentación para contratar , B "Proposición económica y Documentación técnica para valoración puramente matemática y C Documentación cuya ponderación depende del juicio de valor"; es la propia entidad la que en el proyecto entregado en el periodo de adjudicación dedica la mayor parte del mismo a su propuesta pedagógica basada en la "excelencia educativa", y una amplia oferta de "mejoras en las prestaciones", haciendo también gran incidencia en el "control de calidad" y dedicando sólo el último punto del mismo a la viabilidad económica- financiera del proyecto que, afirman además (página 98) "se ha realizado utilizando como criterio fundamental, entre otros:

-La Previsión conservadora: Las previsiones contemplan un escenario futuro neutral, un punto medio entre los escenarios optimistas y pesimistas"

Afirman asimismo que (pag. 101); "la tasa interna de rentabilidad de la inversión arroja un valor superior a la rentabilidad del mercado de capitales y por en encima de la media del sector"

Pues bien, con estas condiciones presentadas a efectos de la adjudicación de la concesión al interesado, que vinculan en los mismos términos que el contrato en cuestión, nada hacía presagiar que tres años después la una entidad de estas características, esté planteando a esta parte la posibilidad de abandono en la prestación del servicio por un debacle económico en una escuela que goza de un 100% de ocupación y alegando entre otras motivos la insoltenibilidad por su parte de la calidad exigida por la parte contratante."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. Con carácter previo a entrar en el fondo del asunto merece, a juicio de éste Tribunal, analizar la naturaleza del presente contrato, y en éste sentido tal y como se deduce del expediente, resulta que la Fundación Granada Educa es un ente instrumental del



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

Ayuntamiento de Granada, pero de carácter privado. En éste sentido el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige en el contrato, se remite a efectos de su régimen jurídico a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y en éste sentido, el artículo 3.1 dice:

A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Además el artículo 3.3 de la citada norma de contratos indica:

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Por todo ello, la Fundación Granada Educa es considerada a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público, norma de aplicación al expediente sujeto al dictamen como Poder Adjudicador, y por tanto la calificación que merece el contrato es correcta conforme al artículo 5 de la LCSP:

1. Los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección.

Si bien conforme al artículo 20 de la LCSP:

*1. Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público **que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.***

Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior.

2. Los contratos privados se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado.

No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contrato.

Debemos concluir que el contrato de gestión de la Escuela Infantil “Juan Latino”, es un contrato de gestión de servicio público, pero contrato privado, al ser el Ente Contratante, la Fundación Granada Educa, Poder Adjudicador –no Administración Pública-, de tal forma que su régimen jurídico lo define el artículo 20 de la LCSP, y en éste sentido el contrato se registrará, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la Ley de Contratos del Sector Público y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. Ante tal circunstancia, es

24

ASUNTO: Reclamación de equilibrio financiero en el contrato de gestión del servicio público de educación en la Escuela Infantil Juan Latino.



Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

recomendable que la Fundación Granada Educa adapte en el futuro el régimen jurídico de los contratos a la normativa de aplicación., sin perjuicio de que por razones de seguridad jurídica y habiéndose regido el presente contrato por la normativa sobre los contratos de gestión de servicio público, con la conformidad de las partes, tales fuentes sean tenidas en cuenta en el presente expediente, en lo que al tema que se plantea corresponde.

SEGUNDA. Se debe hacer mención a la falta de atención por parte del concesionario a los requerimientos para aportar en tiempo y forma de las cuentas anuales que permitan realizar los actos de instrucción que éste Tribunal, ha considerado oportunos para realizar un pronunciamiento adecuado en derecho, y éste sentido, se hace constar el retraso en el informe económico requerido ante la falta de aportación por la concesionaria de las cuentas de 2012, solicitadas formalmente el día 26 de febrero de 2014, habiéndose utilizado para el informe, en consecuencia, los datos de 2012 que aparecen en el balance provisional del ejercicio 2013, pese, señala la informante *“entendemos que a estas alturas las Cuentas Anuales de 2013 ya deberían estar auditadas y depositadas en el Registro Mercantil”*.

TERCERA. Entrando en el fondo del asunto, el informe económico instado por el Tribunal resuelve en gran medida la solicitud de restablecimiento del equilibrio instado por la concesionaria despejando el problema planteado, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas plasmadas en el presente dictamen, así como sus conclusiones que son distintas en algunos de sus elementos. El citado informe indica que:

Por lo tanto, podríamos decir que la falta de sostenibilidad de este centro que asegura la entidad EARN, no se debe tanto a la disminución de las ventas por la crisis económica sobrevenida como a la mala gestión interna no enfocada en ninguno de los ejercicios a la reducción u optimización de los gastos sino al incremento porcentual de los mismos sin ningún reflejo positivo en la cuenta de resultados.

De lo anterior, podemos concluir que quizá las perspectivas para este grupo empresarial no sean especialmente halagüeñas y que por la estructura y política empresarial, este hecho no afecte positivamente a EARN. Sin embargo nada tienen que ver con la Fundación Granada



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

Educa ni con el Ayuntamiento de Granada los cambios que se produzcan en la contabilidad de esta empresa como consecuencia de dicha política interna y de grupo.

La modificación del contrato de gestión ha de fundarse en razones de interés público, como señala el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 282:

1. La Administración podrá modificar por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en el título V del libro I, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

A la vista del estudio económico realizado no se acredita por parte de la concesionaria un desequilibrio, al menos, en los elementos esenciales del contrato.

En este sentido, es una constante en la jurisprudencia que aplica la teoría del riesgo imprevisible la exigencia de que la ruptura de equilibrio financiero del contrato se deba a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste, circunstancias que no concurren (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril del 2001, dictada por la Sección 7ª de la Sala 3ª en el Recurso núm. 8602/1995 [RJ 2001, 4465] , de 20 de mayo de 1999, Recurso núm. 4547/1993 [RJ 1999, 5094] y de 30 de abril de 1999, Recurso núm. 7196/1992 [RJ 1999, 4691], ambas de la misma Sala y Sección), de manera que determinadas oscilaciones en el negocio no tienen aquel carácter extraordinario o anormal cuando se trata de expectativas o avatares propias de los negocios (Sentencia de la Sección 4ª de la Sala 3ª de 4 de junio del 2001, Recurso núm. 7143/1995 [RJ 2002, 448]).

Por su parte, en cuanto a la cláusula rebus sic stantibus dice la Sentencia de 17 de enero del 2001, dictada por la Sección 4ª de la Sala 3ª en el Recurso núm. 4891/1995 (RJ 2001, 2281) que: «Así, la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", desde la perspectiva del art. 1258 del Código Civil (LEG 1889, 27) , ha permitido afirmar al Tribunal Supremo, Sala 1ª, que la imprevisibilidad ha de acreditarse en forma racionalmente contundente y



Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

decisiva, sentencia de 23 de junio de 1997 (RJ 1997, 5201) . La cláusula "rebus" se convierte así en un instrumento que permite establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones que exige, sentencias de 23 de abril de 1991 (RJ 1991, 3023) y 24 de junio de 1993 (RJ 1993, 5382) :

- a) *Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.*
- b) *Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones.*
- c) *Que todo ello acontezca con la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles».*

Las concesiones de servicios públicos, como todos los demás contratos administrativos, se rigen por el principio de intangibilidad, o de sujeción de las partes a lo pactado, y por el principio de riesgo y ventura del contratista. Pero este segundo principio adquiere una especial relevancia y configuración en este tipo de contratos, caracterizados precisamente por su larga duración, y en los que la contraprestación a favor del contratista consiste en la explotación de su propia prestación, es decir, el servicio que presta. El ordenamiento jurídico establece también, frente al mencionado principio de riesgo y ventura, y como medio de vincular los contratos con la satisfacción de su objetivo, el principio de remuneración suficiente del contratista; principio que, en estos contratos de tan larga duración, se delimita asegurando el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión a lo largo de toda su vigencia.

CUARTA. La crisis económica como elemento a considerar en la alteración del equilibrio económico de la concesión.

El interesado alega como causa sobrevenida que afecta al equilibrio de la concesión, entre otras, la profunda recesión a la que se viene enfrentando España.

El mantenimiento del equilibrio económico de la concesión a lo largo de toda su vigencia es un derecho del concesionario que limita, por lo tanto, en estos contratos, el alcance del principio de riesgo y ventura del concesionario.



Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

Precisamente por configurarse como una excepción a este principio general, se encuentran tasadas legalmente las causas que permiten al concesionario solicitar el reequilibrio económico del contrato, al igual que están tasadas las medidas a adoptar para ese reequilibrio.

No podemos compartir que la crisis económica, como recurso genérico a la incidencia en una concesión pueda ser considerada causa de fuerza mayor; admitiendo, sin embargo, que la crisis económica podría ser considerada como causa que legitimara al concesionario al reequilibrio económico del contrato, siempre que pudiera ser calificada, en cada caso concreto, como un supuesto de «*riesgo imprevisible*». Y ello en atención a la reiterada doctrina y jurisprudencia, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de mayo de 2011, que han venido a admitir éste riesgo como una causa que exigiría el mantenimiento del equilibrio económico. Sin embargo, en el supuesto analizado por éste Tribunal, la crisis económica no podía ser calificada como un supuesto de «*riesgo imprevisible*», en atención a la fecha de formalización del contrato y habida cuenta de la actividad que se despliega por el concesionario en éste particular contrato, que en nada se ve afectado dada la ocupación de la Escuela Infantil, el 100 %.

Así, en el contrato planteado, no se pone de manifiesto el desequilibrio económico pues la demanda del servicio respecto de la estimada, no se ve afectada, de modo que no puede entenderse que concurra la existencia en el presente caso de un derecho al reequilibrio económico del concesionario en virtud del de la crisis económica o del «*factum principis*», pues a la vista del tenor literal de las cláusulas del pliego administrativo, y en particular, la vigésimo primera, existe en éste contrato una delimitación absoluta del principio de riesgo y ventura, que no admite excepción alguna al margen de las mismas.

De manera que nos encontramos, con un supuesto en el que la crisis económica no ha ocasionado desequilibrio económico alguno al concesionario, al no afectar en nada a la demanda del servicio que gestiona, y cuya explotación constituye su contraprestación.

QUINTA. El resto de cuestiones invocadas por el concesionario en su escrito de entrada en la Fundación Educa de 16 de enero de 2014, en nada desvirtúan el planteamiento hasta ahora realizado por éste Tribunal, de tal forma que los posibles incumplimientos de la Junta de



Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

Andalucía, no parece que tenga que soportarlos la Fundación Educa, sino el concesionario reclamarlos, en todo caso, a la citada Administración. La no consecución de 122 plazas, actualmente hay 102, tampoco se considera como parte de la oferta, en términos de obligatoriedad para la Fundación Educa, pues lo que hace la concesionaria en su proyecto de gestión, página 9, es hablar de la capacidad del Centro y la posibilidad de ser convenidas con la Junta de Andalucía, pero no puede deducirse de tal cuestión que la ampliación de las plazas afecten al equilibrio de la concesión, pues de la lectura de la oferta del concesionario, no se deduce tal cuestión. En cuanto a las actividades extraescolares, es indudable que su uso o no por parte de los padres, hace allegar recursos al concesionario, pero tal cuestión no estaba incluida dentro de la –ecuación- del equilibrio de la concesión, y en consecuencia su alcance para tal cuestión es nula, pues, ese riesgo no era en modo alguno imprevisible, sino que cabía perfectamente prever que la demanda de las plazas no estuviera bien calculada por la concesionaria cuando acudió a la licitación, y ello porque la imprevisibilidad de la que habla el artículo 127.2 del RSCL (RCL 1956, 85) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando en una concesión de servicio público se produce una fuerte caída de la demanda, alude a acontecimientos extraordinarios que hacen que un determinado índice de demanda que se mantiene hasta un momento concreto, caiga por la aparición de esos acontecimientos que hasta ese momento no se habían producido, lo aquí no ha sucedido, porque la demanda en este caso no es que caiga tras un período más o menos largo de cantidad demandada acorde con las previsiones, sino que ya desde el principio, las plazas demandadas, es notablemente inferior a la prevista por el concesionario, pero esto no se debe a que surjan circunstancias nuevas, imposibles de prever desde el año 2010, año de formalización del contrato y, por tanto, ante tan reciente adjudicación, sino que sencillamente lo que sucede es que la demanda real no parece ajustarse a la prevista en una parte accesoria de la concesión porque las necesidades reales de plazas no eran las esperadas, y en fin no podemos estar atendiendo a expectativas más o menos imprudentes, que no respondían a los hechos, que es lo que aquí sucedió, que suponen desconocer cual es la demanda potencial. En este sentido el estudio que la concesionaria haya previsto por las plazas de actividades extraescolares, es claro que no acertó, lo que obviamente no significa que la menor demanda de las plazas se debiera a la aparición de fenómenos imprevisibles.

El riesgo de la falta de demanda de dichas plazas en el tiempo previsto no debe ser asumido en todo caso por las dos partes del contrato, pues basta la lectura del pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen lo contrato para ver con claridad meridiana, que el riesgo –no imprevisible ni sobrevenido, como acabamos de analizar– es para el concesionario y no para el Ayuntamiento, y ello



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

porque ese riesgo está perfectamente previsto en dicho Pliego y así se prevé en la cláusula 21 del mismo pero no alcanzado el mismo a la Ludoteca sino a los usuarios de la Escuela Infantil cuya ocupación alcanza el 100 % y con lista de espera.

Así pues la alegación de que el riesgo de falta de demanda debe ser asumido por el Ayuntamiento, es paladinamente contraria a toda la idea que preside el pliego de cláusulas Administrativas que rige la concesión, el cual constituye la Ley del Contrato, que vincula a todos, Administración y concesionaria.

La mercantil alegante hizo su oferta libremente, y fue ella la que configuró su oferta donde se habla de actividades como aula matinal, comedor o ludotecas, pero en éste último caso la adjudicataria indica expresamente (página 31 de su proyecto de explotación) *“el establecimiento de este servicio estará supeditado a una demanda mínima, conforme a las disposiciones normativas vigentes”*, por lo que su afectación al régimen de la concesión no puede considerarse en cuanto al equilibrio de la misma . En definitiva, no debemos olvidar que al tratarse de un procedimiento abierto el que ultimó el contrato objeto del presente dictamen, nos hallamos ante un procedimiento de concurrencia competitiva en el que los participantes configuraban libremente sus ofertas, dejando de lado que hubo otros licitadores que ofrecieron condiciones distintas y desde luego peores al del concesionario.

La doctrina de la Sala 3ª del Tribunal Supremo relativa al alcance e interpretación del riesgo imprevisible en las concesiones de servicio público a considerar, como el caso que nos ocupa se plasma en reiteradas sentencias como las de 30 de noviembre del año 2001 (Recurso número 8005/1997 [RJ 2002, 192]), de 18 de diciembre del año 2001 (Recurso número 9301/1997 [RJ 2002, 2067]), de 21 de mayo del año 2002 (Recurso número 1052/1997 [RJ 2002, 7029]), y de 18 de mayo del año 2004 (Recurso número 139/1999 [RJ 2004, 3517]).

Por todo ello a juicio de éste Tribunal no es estiman concurren circunstancias de desequilibrio de la concesión, siendo todos los argumentos esgrimidos cuestiones propias del devenir de una concesión, **de modo que el contratista no tiene una especie de seguro a cargo de la Administración que le cubra de todos los riesgos de su actividad, pues la actividad empresarial es por esencia imprevisible, y del mismo modo que la marcha de los acontecimientos puede determinar ganancias para el empresario, esta misma marcha puede hacer que sufra pérdidas y no por ello tales pérdidas ha de compartirlas siempre y en todo caso la otra parte contratante** –pues el que arriesga su dinero en un negocio asume como premisa que determinadas actividades son de suyo una apuesta en la que se puede ganar o perder.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: expediente 1/2014.

DICTAMEN

SEXTA. No puede el Tribunal dejar de dictaminar otra cuestión, que aunque incidental en cuanto al tema que se nos plantea, tiene una incidencia sustancial en la concesión, y es que el Vicepresidente de la Fundación indica la falta de pago del canon de 2013, lo que las fechas en que nos encontramos, y a falta de otros antecedentes, determina la concurrencia de un incumplimiento cuya consecuencia es la resolución del concesión como consta en la estipulación 13 del contrato formalizado, por lo que previa acreditación de los hechos indicados, y con el procedimiento oportuno determinar las responsabilidades a que haya lugar en su caso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **DICTAMINA DESFAVORABLEMENTE la solicitud de restablecimiento del equilibrio del contrato de concesión de la Escuela Infantil Juan Latino.**

Tercero. Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.