

Expediente: 25/2009

Objeto: Resolución del contrato de arrendamiento de las piscinas municipales cubiertas de

Dictamen: 28/2009, de 29 de junio

DICTAMEN

En Pamplona, a 29 de junio de 2009,

el Consejo de Navarra, integrado por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario; y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don José Iruretagoyena Aldaz, don Julio Muerza Esparza, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don José Antonio Razquin Lizarraga,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Solicitud y tramitación de la consulta

El Presidente del Gobierno de Navarra, mediante escrito que tuvo entrada en este Consejo de Navarra el 27 de mayo de 2009, traslada, conforme a lo dispuesto en el artículo 19.3, en relación con el artículo 16.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra, modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre (en adelante, LFCN), la solicitud de dictamen preceptivo de este Consejo formulada por el Ayuntamiento de Tudela sobre la resolución del contrato de arrendamiento de las piscinas municipales cubiertas celebrado con la “...” (en lo sucesivo, la empresa contratista).

El Ayuntamiento de Tudela ha remitido, a través del Presidente del Gobierno de Navarra, documentación complementaria que ha sido recibida en este Consejo el día 23 de junio de 2009.

I.2ª. Antecedentes de hecho

De la documentación remitida a este Consejo resultan los siguientes hechos relevantes:

A) Adjudicación y contrato

Primero.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela, por acuerdo de 25 de noviembre de 2005, resolvió “adjudicar a la ... el contrato administrativo de gestión de servicios públicos, mediante arrendamiento, para la gestión indirecta y explotación del servicio público municipal de Piscinas Cubiertas del M. I. Ayuntamiento, por un importe anual de 75.000 euros más IVA por un plazo de tres años (prorrogables anualmente con un máximo de cinco prórrogas), de conformidad con las condiciones reguladoras del contrato, aprobadas por el Pleno Municipal el 28 de junio de 2005, y con su propia oferta”.

Segundo.- El 23 de enero de 2006 se suscribió entre el Alcalde del Ayuntamiento de Tudela, asistido por el Secretario de la Corporación, y la representación de la unión temporal de empresas (UTE) adjudicataria el contrato administrativo de arrendamiento de las piscinas cubiertas municipales. Del contenido del mencionado contrato, interesa destacar los extremos siguientes:

a) La empresa contratista realizará la gestión y explotación del servicio público municipal de las piscinas cubiertas ajustándose al pliego de condiciones regulador del arrendamiento, a su propia oferta y a las puntualizaciones realizadas por la empresa en la reunión de la Mesa de Contratación de 28 de septiembre de 2005. Se adjunta al contrato copia del pliego de condiciones regulador del arrendamiento que forma parte inseparable del contrato.

b) El Ayuntamiento de Tudela queda obligado al cumplimiento del contrato y de su pliego de condiciones en todas las cláusulas que le afecten.

c) El contrato entrará en vigor a partir de la fecha en que se produzca la puesta en funcionamiento de las instalaciones y tendrá una duración de tres años, pudiéndose prorrogar tácitamente por cinco años más, año a año, si no se denuncia por alguna de las partes con un tiempo de, al menos, tres

meses antes de su finalización. En todo caso, el arrendatario tendrá la obligación de continuar con el contrato de arrendamiento hasta que el nuevo contratista se haga cargo del servicio o el Ayuntamiento comience a prestarlo por sí mismo, sin que dicha continuación pueda exceder en ningún caso de seis meses.

d) El canon del primer año de arrendamiento se fija, de acuerdo con la oferta de la adjudicataria, en 75.000 euros más IVA, contado a partir de la fecha de entrada en vigor del contrato.

e) La empresa contratista, en la prestación del servicio objeto del contrato, deberá cumplir los planes económico y de gestión propuestos.

f) La prestación del servicio se realizará a riesgo y ventura del adjudicatario, entendiéndose dentro de dicho concepto el supuesto de que no se alcancen sus previsiones de abonados/as y/o usuarios/as que en cada cuadro de precios ha establecido como base para su propuesta. El equilibrio económico queda determinado inicialmente en el acuerdo de adjudicación del contrato, de conformidad con las previsiones contenidas en la oferta.

g) La Comisión de Seguimiento y Control, constituida por el Ayuntamiento conforme al pliego de condiciones, será el órgano de control que velará por el buen uso de la instalación y su estado, por el cumplimiento, en todos sus extremos, del contrato, del pliego y de las propuestas de gestión y deportiva aprobadas y está integrada por cuatro representantes municipales y tres del adjudicatario.

h) El adjudicatario se responsabilizará de que la utilización de las piscinas municipales cubiertas se realice conforme al Reglamento regulador de la utilización de las Instalaciones Deportivas Municipales, aprobado inicialmente por el Pleno el 22 de enero de 2005 y que entró en vigor con su publicación en el Boletín Oficial de Navarra nº 137, el 16 de noviembre de 2005.

Por su parte, del pliego de condiciones regulador del contrato administrativo de gestión indirecta mediante arrendamiento para la

explotación de las piscinas cubiertas del Ayuntamiento de Tudela pueden extraerse, en lo que aquí concierne, los datos siguientes:

a) El adjudicatario para poder cumplir el objeto del contrato dispondrá de la posesión de la totalidad de las instalaciones correspondientes, siendo plenamente responsable de cuanto ocurra en las mismas (párrafo cuarto de la cláusula 2ª).

b) El Ayuntamiento de Tudela pondrá a disposición del adjudicatario la totalidad de las instalaciones deportivas y equipamientos que forman parte de la piscina municipal cubierta, que se detallan en los planes de la instalación de fin de obra. En esta primera fase de construcción de las piscinas cubiertas no se contempla una zona destinada para Bar-cafetería si bien se recoge este aspecto en la segunda fase de la zona húmeda denominada “Resto de zona de piscinas que desarrolla la Ciudad Deportiva” (cláusula 8ª).

c) La primera de las obligaciones del adjudicatario consiste en “prestar el servicio bajo los principios de continuidad y regularidad, conceptos que constituyen el elemento definitorio del servicio público. La paralización, interrupción o suspensión de la prestación constituye uno de los incumplimientos más graves y se verá sancionado con el rescate o la declaración de caducidad del contrato” [cláusula 9ª,b),1].

d) Entre las obligaciones del Ayuntamiento de Tudela son dignas de mención las dos siguientes: “En caso de que la propiedad dictara acuerdos respecto al desarrollo del servicio, que tuvieran trascendencia económica, el/la adjudicatario/a tendrá derecho a indemnización en función de la misma” y “poner a disposición del o de la contratista los bienes e instalaciones que se hayan convenido” [letras b) y c) del apartado 2 de la cláusula 10ª].

e) Dentro del régimen sancionador (cláusula 19ª), se tipifica como infracción muy grave: “No prestar el servicio bajo los principios de continuidad y regularidad, conceptos que constituyen el elemento definitorio del servicio público. La paralización, interrupción o suspensión de la prestación constituye uno de los incumplimientos más graves y se verá

sancionado con el rescate o la declaración de caducidad del contrato”. Esta infracción podrá dar lugar a multa y, en caso de perturbación del servicio que ponga en peligro la gestión adecuada o que lesione los intereses de los usuarios, será sancionada con la intervención del arrendamiento, siempre y cuando el Ayuntamiento de Tudela no opte, cuando sea procedente, por la resolución del contrato, y con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

f) De las causas de resolución del contrato (cláusula 20ª) merecen citarse, por su relevancia en el presente supuesto, las tres siguientes: la demora superior a seis meses por parte del Ayuntamiento de Tudela en la entrega al contratista de las instalaciones a que se obliga según este contrato; la falta de prestación directa del servicio por parte del adjudicatario, con excepción de las subcontrataciones realizadas y que le hubieren sido autorizadas por la propiedad; y cualquier otra prevista en la legislación vigente.

g) Se prevé la intervención del servicio cuando del incumplimiento del contrato por el adjudicatario se derivara una perturbación del servicio, o se produjera una lesión a los intereses de los usuarios, y el Ayuntamiento de Tudela no decidiera la resolución del contrato, hasta que aquellas causas desaparezcan. A tal fin, se fijan los supuestos que implicarán la intervención del servicio (cláusula 21ª).

h) Se dispone la constitución de una Comisión de Seguimiento y de Gestión, con la participación de las personas y cargos que estime conveniente y del adjudicatario, para velar por el buen uso de la instalación y su estado, por el cumplimiento, en todos sus extremos, del contrato, del pliego y de la propuesta de gestión y deportiva aprobada (cláusula 23ª).

B) Inicio de la ejecución del contrato, reclamaciones de la empresa contratista y frustrada resolución del contrato por mutuo acuerdo

Tercero.- Según resulta de la documentación incorporada al expediente administrativo, sin que conste un acto expreso, la ejecución del contrato se inició el 11 de diciembre de 2006, fecha en que se produjo la

puesta en funcionamiento de las instalaciones o de su apertura al público. No obstante, la apertura no comprendió las instalaciones de hidromasaje porque el Instituto de Salud Pública no permitía la apertura, según se plasma en la licencia de apertura otorgada por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 1 de diciembre de 2006, lo que era conocido por la empresa contratista.

Cuarto.- Durante la ejecución del contrato, la empresa contratista presentó a la Comisión de Seguimiento del contrato diferentes escritos o solicitudes relativos a la ejecución y cumplimiento del contrato; a saber:

- Informe de 1 de marzo de 2007, reclamando una compensación económica por incumplimientos del contrato por parte del Ayuntamiento, basados en el retraso de la apertura prevista en las piscinas y en el no funcionamiento de la zona de chorros de la instalación.

- Escrito de 17 de julio de 2007, sobre reclamación de daños y perjuicios y restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato de explotación de las piscinas cubiertas.

- Escrito de 16 de agosto de 2007, fijando una cuantificación económica de daños, durante los primeros nueve meses de contrato, de 234.866 euros.

- Escrito de 16 de agosto de 2007, solicitando la modificación del contrato o la extinción del mismo.

- Solicitud de 16 de octubre de 2007, reiterando su petición de compensación económica por supresión parcial de servicios (en 32.625,18 euros mensuales utilizando una comparativa con el estudio de viabilidad presentado en la licitación o en 53.381,86 euros mensuales utilizando una comparativa con el centro termolúdico de Cascante). En el mismo escrito, solicitó continuar con el contrato si se acepta la cuantificación económica propuesta o resolverlo de mutuo acuerdo en caso contrario.

- Escrito de 13 de noviembre de 2007, sobre compensación por bajas de abonados generadas por problemas con el programa informático de gestión.

- Solicitud de 4 de enero de 2008, proponiendo la modificación del contrato en diversos extremos para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato y planteando una nueva cuantificación económica y condicionando la resolución de mutuo acuerdo a la aceptación de la misma y de otros condicionantes recogidos en su solicitud.

- Escrito de 17 de enero de 2008, notificando el problema de los secadores en los vestuarios.

Tales informes o escritos de la empresa contratista fueron examinados por la Comisión de Seguimiento del Contrato, según resulta de las actas de sus reuniones de fechas 23 de marzo de 2007, 19 de julio de 2007, 7 de septiembre de 2007, 14 de noviembre de 2007, 13 de diciembre de 2007 y 14 de marzo de 2008.

Quinto.- La Comisión de Seguimiento negoció una resolución del contrato de mutuo acuerdo, proponiendo los representantes municipales para tal supuesto (informe de fecha 11 de diciembre de 2007) una compensación de 63.449,08 euros para el año 2007 y de 6.678,85 euros mensuales hasta la resolución del contrato. La empresa contratista no aceptó dicha propuesta municipal para la resolución del contrato por mutuo acuerdo proponiendo otra cuantificación económica.

C) Desestimación de la solicitud de la empresa contratista de resolución del contrato por causa imputable al Ayuntamiento

Sexto.- La empresa contratista, mediante escrito de 25 de febrero de 2008, formuló reclamación de cumplimiento del contrato de explotación de las piscinas cubiertas municipales o, subsidiariamente y en caso de imposibilidad, de resolución del mismo por causa imputable al Ayuntamiento, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. La contratista considera que entre las instalaciones adjudicadas existe una zona de chorros de la instalación que, por razones ajenas a ella, ha sido imposible

poder gestionar y explotar, habiendo incumplido el Ayuntamiento su obligación esencial, prevista en el pliego, de poner a disposición del adjudicatario la totalidad de las instalaciones deportivas y equipamientos que forman parte de la piscina municipal cubierta, que se detallan en los planes de la instalación de fin de obra. En cuanto a los daños y perjuicios se adjuntó un informe de cuantificación económica.

Esta solicitud fue examinada y rechazada por los representantes municipales en la Comisión de Seguimiento, según resulta del acta de la reunión de 14 de marzo de 2008.

Séptimo.- El Pleno del Ayuntamiento de Tudela, por acuerdo de 28 de abril de 2008, decidió no aceptar la solicitud de resolución, por causa imputable al Ayuntamiento, del contrato administrativo para la gestión y explotación del servicio público municipal de las piscinas cubiertas, formulada por la adjudicataria, así como reiterar a ésta que dicho contrato entró en vigor el 11 de diciembre de 2006 y tiene una vigencia inicial hasta el 10 de diciembre de 2009.

Octavo.- Frente al anterior acuerdo municipal, la empresa contratista interpuso recurso contencioso-administrativo que, bajo el número 73/2008, pende ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Pamplona. A decir de la demanda formulada por la contratista, el Ayuntamiento ha incumplido el contrato desde el momento de su adjudicación y ha venido reiterando otros incumplimientos, siendo el incumplimiento más grosero y de mayor repercusión la falta de entrega de la totalidad de las instalaciones ofertadas, al no ponerse a su disposición la zona de hidroterapia prevista en el pliego de condiciones, a lo que añade otros incumplimientos como el carácter deficiente del software facilitado por el Ayuntamiento para la gestión de la instalación que impidió que muchos interesados se dieran de alta en la instalación, las instalaciones arrendadas no le han permitido garantizar el confort o comodidad deseable para los usuarios y éstos se han ido a otras instalaciones, la falta de entrega de los manuales de instrucciones y de las garantías de los equipamientos con el consiguiente retraso en la puesta en marcha de los servicios y, en fin, la entrega de las instalaciones con un año de retraso desde la adjudicación del contrato.

D) Cierre temporal de las piscinas por obras de reparación, falta de reanudación del servicio por la empresa contratista e intervención por el Ayuntamiento

Noveno.- La empresa contratista, con fecha 28 de noviembre de 2008, solicitó el cierre cautelar de las piscinas cubiertas por deficiencias en el techo, aportando informe pericial de Arquitecto sobre tales deficiencias a cuyo tenor éstas no son debidas a una falta de mantenimiento. Con fecha 1 de diciembre de 2008 reiteró la anterior petición solicitando una actuación inmediata y acompañando anexo al anterior informe pericial donde se manifiesta que no puede esperarse hasta el verano.

Décimo.- El Alcalde de Tudela, mediante escrito de 2 de diciembre de 2008, comunicó a la empresa contratista que el Ayuntamiento va a tomar las medidas oportunas, con una previsión para realizar la reparación desde el 1 al 6 de enero de 2009 y sin que resulte necesario el cierre cautelar de la instalación.

Undécimo.- La empresa contratista presentó escrito de 26 de diciembre de 2008, referido al detalle y forma de proceder ante el arreglo pues el cierre supone una modificación del contrato y a los medios de coordinación relativos a la ley de prevención de riesgos laborales.

Duodécimo.- Por Resolución 6/2009, de 9 de enero de 2009, el Alcalde de Tudela solicitó a la empresa contratista el cierre temporal del servicio público de las piscinas municipales cubiertas desde el 12 de enero y hasta la fecha de terminación de las obras de reparación del falso techo de madera de la cubierta interior de la instalación.

Decimotercero.- Por Resolución 10/2009, de 12 de enero de 2009, el Alcalde de Tudela resolvió realizar las obras de reparación del falso techo de madera de las piscinas cubiertas municipales con una previsión de cierre de ellas desde el 12 de enero hasta el 4 de febrero ambos inclusive, asumiendo los gastos sin perjuicio de su posterior reclamación a quien se determine responsable; adjudicar el contrato de tal reparación a una empresa con un plazo de ejecución desde el 14 de enero hasta el 28 de enero de 2009;

requerir a la empresa contratista la colaboración necesaria tanto para el desarrollo de las obras como para la puesta en marcha de la instalación deportiva una vez finalizadas; y la asunción por el Ayuntamiento de todos los gastos que le correspondan derivados del cierre temporal de la instalación.

Decimocuarto.- Con fecha 27 de enero de 2009, el Concejal de Deportes dirigió escrito a la empresa contratista, comunicando la conclusión de las obras de reparación y recordando que deberá realizar las labores para la puesta en marcha y reapertura de la instalación disponiendo a tal fin de un plazo de siete días naturales desde la recepción del escrito. Dicho escrito fue notificado el mismo día 27 de enero de 2009.

Decimoquinto.- La empresa contratista presentó, en fecha de 3 de febrero de 2009, escritos referidos al estado de la piscina cubierta tras las reparaciones indicando que, tras el llenado de los vasos, se han detectado cuatro fugas de importancia en el fondo de ellos, por lo que requiere la pronta solución de ellas, así como el estado de suciedad haciéndose precisa una limpieza adicional; y a la solicitud de abono de los gastos derivados del cierre de la instalación, así como los derivados de su reapertura. Y con fecha 4 de febrero de 2009, tras señalar que el Ayuntamiento de Tudela está interesando de ella la puesta en marcha y reapertura de la instalación, solicitó la aprobación del régimen de la modificación del contrato y el abono de los gastos y daños derivados del cierre de la instalación, así como de su reapertura y abono.

Decimosexto.- Con fecha 5 de febrero de 2009, el Alcalde de Tudela comunicó a la empresa contratista que, conforme a lo previsto en la Resolución 10/2009, el Ayuntamiento asumirá todos los gastos que le correspondan derivados del cierre temporal de la instalación y está procediendo al estudio de los datos cuantificados y aportados por la empresa, y que cuanto se proceda a la reapertura se podrán cuantificar los gastos y se liquidará a la empresa el importe resultante en el menor plazo posible.

Decimoséptimo.- La empresa contratista, el 5 de febrero de 2009, comunicó al Ayuntamiento que desde el 28 de enero lleva realizando labores

de puesta en marcha y reapertura de las instalaciones sin que todavía se hayan conseguido las condiciones higiénico-sanitarias y que, tras las reuniones mantenidas, reitera la necesidad de llegar a un acuerdo que garantice la viabilidad de la gestión y del servicio público, especialmente teniendo en cuenta el grave perjuicio añadido con el cierre temporal.

Decimoctavo.- A la vista del anterior escrito, el Alcalde de Tudela, por Resolución 101/2009, de 5 de febrero de 2009, resolvió requerir a la empresa contratista la apertura del servicio público de las piscinas municipales cubiertas a partir del 7 de febrero a las 9 horas e informarle de que, de no atender este requerimiento, el Ayuntamiento procederá, el 9 de febrero, a intervenir el arrendamiento e iniciará, en su caso, el correspondiente expediente de resolución del contrato.

Decimonoveno.- La empresa contratista, con fecha 6 de febrero de 2009, presentó informe sobre filtraciones aparecidas en los vasos de la piscina municipal de Tudela. Y con fecha 9 de febrero de 2009, señaló determinados condicionantes que impiden el restablecimiento del servicio, como son la quiebra técnica de las empresas, un expediente de regulación de empleo solicitado, la existencia de deficiencias que no garantizan unas condiciones mínimas para la apertura, la falta de un informe sanitario que certifique las reparaciones efectuadas y garantice las condiciones actuales, el desconocimiento de la información a comunicar a los usuarios tras el cierre (compensación por cuotas, etc.) y el hecho de que no se haya girado la cuota de febrero.

Vigésimo.- Con fecha 9 de febrero de 2009, se levantó acta por inspector sanitario del Instituto de Salud Pública, tras visitar las piscinas municipales cubiertas, constatando el estado de la instalación. En igual fecha, se emitió informe sobre filtraciones en las piscinas de Tudela por dos Arquitectos, en el que se estima que las filtraciones existentes en los tres sumideros de fondo del vaso de natación no revisten gravedad ni precisan de una reparación urgente, pudiendo realizarse los trabajos necesarios durante el parón técnico de los meses de verano. También en dicha fecha, el informe emitido por un ingeniero técnico industrial concluyó que las instalaciones presentes en las piscinas de Tudela funcionan correctamente

presentado algunos defectos que no impedirían en todo caso el que se alcanzara la temperatura de régimen, en el recinto de las piscinas, o las temperaturas del agua en los diferentes vasos.

Vigesimoprimer.- Tras el informe del Secretario de 10 de febrero de 2009, la Resolución de la Alcaldía 113/2009, de 11 de febrero, teniendo en cuenta que los informes precitados acreditan que las instalaciones se encuentran en perfectas condiciones para proceder a su reapertura y que, al día de la fecha, pese al requerimiento municipal y al correcto estado de la instalación para su funcionamiento, las piscinas continúan cerradas, decidió la intervención del servicio público de las piscinas municipales cubiertas, a partir del día siguiente 12 de febrero, caso de persistir la actitud de no apertura del servicio por parte de la empresa contratista, fijando un plazo máximo de intervención de tres meses desde dicha fecha; ello sin perjuicio del inicio y tramitación del oportuno expediente sancionador y de las actuaciones precisas para la resolución del contrato en el caso de que la contratista no asuma la prestación del servicio una vez restablecido por parte municipal y requerida su asunción a la adjudicataria.

Vigesimosegundo.- Mediante Resolución de la Alcaldía 144/2009, de 18 de febrero, teniendo en cuenta que las piscinas se encuentran en perfecto estado para su uso público según el acta de inspección sanitaria de 18 de febrero de 2009, se ordenó la reapertura de la instalación el 18 de febrero de 2009. Esta resolución se notificó el 20 de febrero de 2009 a la empresa contratista.

Vigesimotercero.- La empresa contratista interpuso recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de la Alcaldía de Tudela 6/2009, 10/2009, 101/2009 y 113/2009, que está pendiente, bajo el número 27/2009, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pamplona.

E) Procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista

Vigesimocuarto.- El Alcalde de Tudela, por Resolución 223/2009, de 16 de marzo, resolvió requerir a la empresa contratista para que volviese a asumir la gestión del servicio a partir del 25 de marzo de 2009 y, en su caso, dar por finalizada con la misma fecha la intervención del contrato, solicitarle que comunique antes del 21 de marzo de 2009 si efectivamente va a volver a asumir o no tal gestión y comunicarle que, en caso de no atender el requerimiento, el Ayuntamiento iniciará el procedimiento establecido para la resolución del contrato.

Vigesimoquinto.- La empresa contratista, mediante escrito de 20 de marzo de 2009, respondió al requerimiento que por los motivos y argumentos por ella expuestos en numerosos escritos ante el Ayuntamiento, e incluso en vía judicial, no procedía la reanudación o asunción del contrato. Y por escrito de 26 de marzo de 2009, reiteró lo señalado en el precedente, indicando que frente al requerimiento de reanudación ha interpuesto recurso en el que ha solicitado la medida cautelar de suspensión del requerimiento y advertencia de inicio de procedimiento de resolución, por lo que en tanto se resuelva no cabe ejecutar el objeto de suspensión.

Vigesimosexto.- Previo informe técnico relativo al correcto funcionamiento de las piscinas y jurídico del Secretario municipal, ambos de 30 de marzo de 2009, el Alcalde de Tudela, mediante Resolución 269/2009, de 6 de abril (identificada a lo largo del procedimiento con el número 479/2009, que corresponde al expediente), resolvió iniciar el expediente de resolución del contrato de arrendamiento de las piscinas cubiertas celebrado entre el Ayuntamiento de Tudela y la empresa contratista por incumplimiento culpable del contratista de sus obligaciones esenciales al no prestar el servicio contratado, con los efectos previstos en el artículo 142.4 de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra; y otorgar un plazo de audiencia de diez días a la contratista.

Vigesimoséptimo.- La empresa contratista presentó alegaciones mediante escrito de 21 de abril de 2009. En los antecedentes de hecho, expuso que el Ayuntamiento incumplió el contrato al no entregarle la totalidad de las instalaciones ofertadas y contratadas por no poner a su disposición la zona de hidroterapia o seta o chorros, así como que el

Ayuntamiento ha incurrido en otros incumplimientos pues las instalaciones arrendadas no le han permitido garantizar el confort o comodidad deseable para los usuarios y éstos se han ido a otras instalaciones. Además, adujo la falta de entrega de los manuales de instrucciones y de las garantías de los equipamientos con el consiguiente retraso en la puesta en marcha de los servicios y la entrega de las instalaciones con un año de retraso, proponiéndose alternativas por la contratista que fueron rechazadas por el Ayuntamiento. Por todo ello interpuso el recurso contencioso-administrativo núm. 73/2008. Con posterioridad se han dado otros incumplimientos municipales, pues el Ayuntamiento, ante los graves defectos en las instalaciones, decretó el cierre de las instalaciones para su reparación de forma unilateral y sin seguir el procedimiento de modificación contractual y sin fijar el régimen del cierre y las indemnizaciones o cuantías de usuarios, así como al ordenar la reapertura de las instalaciones sin seguir el procedimiento de modificación contractual, ni dar audiencia ni haber fijado indemnización alguna o régimen alguno, por lo que tiene interpuesto el recurso contencioso-administrativo núm. 27/2009. Y en los fundamentos de derecho alegó la imposibilidad de ejecutar actos mientras estén pendientes de resolución judicial sobre solicitud de medidas cautelares; la inexistencia de incumplimiento del contratista pues el Ayuntamiento no le ha entregado la totalidad de las instalaciones y ha de aplicarse la *exceptio non adimpleti contractus* ante el incumplimiento por el Ayuntamiento de sus obligaciones; la vulneración de los principios de buena fe, confianza legítima y proporcionalidad pues el Ayuntamiento ha hecho caso omiso a sus escritos; y, en fin, la inexistencia de incumplimiento culpable del contratista, pues “si existe algún incumplimiento, nunca podrá catalogarse de culpable, sino impelido por el propio actuar de la Administración”.

Vigesimoctavo.- El Secretario municipal, en su informe de 13 de mayo de 2009 sobre las anteriores alegaciones de la empresa contratista, aludió a las vicisitudes en la ejecución del contrato y a la negativa a reanudar la prestación del servicio tras las obras de reparación, que se mantiene a pesar de que las instalaciones se encontraban en condiciones normales de funcionamiento y los requerimientos municipales de reapertura. A su juicio, el núcleo central de la discusión se resume en dos cuestiones: la

aplicabilidad o no de las cláusulas contractuales en cuanto a la ejecución del contrato a riesgo y ventura del adjudicatario o grado de asunción de ese riesgo por la empresa contratista y la magnitud o dimensionamiento de la falta de funcionamiento de una parte de las instalaciones en el conjunto de las piscinas cubiertas. La prestación del servicio a riesgo y ventura de la contratista es una cláusula contractual y la falta de funcionamiento de una parte de la instalación se estimó en torno a una sexta parte de las instalaciones de la piscina cubierta. No se han vulnerado las garantías del contratista, pues en el cierre temporal el Ayuntamiento asumió los gastos que le correspondiesen derivados de dicho cierre y no puede pretenderse la imposibilidad de inicio del procedimiento de resolución contractual por la solicitud de medidas cautelares. Se está ante una causa de resolución del contrato conforme a los apartados h) y j) del artículo 140 de la Ley Foral 10/1998, en relación con las obligaciones establecidas en el contrato, contemplándose en el pliego de condiciones como causa de resolución la falta de prestación directa del servicio por parte del adjudicatario, concurriendo una actitud rebelde de la empresa contratista, por lo que procede la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la empresa contratista con los efectos señalados en el artículo 142.4 de la Ley Foral 10/1998.

Vigesimonoveno.- Se acompaña propuesta de resolución en el sentido de resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista de sus obligaciones esenciales al no prestar el servicio contratado, con los efectos del artículo 142.4 de la Ley Foral 10/1998, según dictamen de la Comisión informativa de Educación, Juventud, Deportes y Empleo adoptado en sesión celebrada el 19 de mayo de 2009.

Trigésimo.- Finalmente, por Resolución del Alcalde de Tudela 428/2009, de 21 de mayo, se acordó solicitar al Consejo de Navarra el dictamen preceptivo previo al acuerdo de resolución del contrato al haberse formulado oposición por la empresa contratista, así como disponer, conforme al artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, la suspensión del transcurso del plazo máximo para resolver y notificar este procedimiento durante el tiempo que medie entre la solicitud del preceptivo informe del Consejo de Navarra y la

recepción del mismo, sin que esta suspensión pueda exceder de tres meses, notificando tales extremos a la contratista.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta formulada por el Ayuntamiento de Tudela, a través del Presidente del Gobierno de Navarra, somete a dictamen del Consejo de Navarra la resolución del contrato de arrendamiento de las piscinas municipales cubiertas celebrado con la "...".

Como hemos señalado en anteriores dictámenes (por todos, dictamen 7/2008, de 31 de marzo de 2008), de conformidad con lo establecido en el artículo 16.1.j) de la LFCN en relación con el artículo 23.2.a) y la disposición transitoria 4ª de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra (en adelante, LFCAPN), es preceptivo el dictamen del Consejo de Navarra en los casos de resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista.

En el presente caso, al existir expresa oposición del contratista a la resolución contractual, resulta preceptivo el dictamen del Consejo de Navarra.

II.2ª. Legislación aplicable

Es preciso determinar cuál es la legislación de aplicación, tanto desde la perspectiva del contrato como desde la temporal, al presente supuesto consistente en la resolución de un contrato suscrito por un ente local con una UTE para la gestión y explotación del servicio de las piscinas cubiertas municipales.

Hemos de comenzar, en razón del ente contratante y del objeto del contrato, por la legislación foral de régimen local; lo que nos lleva a los artículos 224 a 232 de la Ley 6/1990, de 2 de julio, de Administración Local de Navarra (en lo sucesivo, LFAL), sobre contratación, en la redacción dada

por la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre. En lo que ahora interesa, “los contratos que celebren las entidades locales de Navarra deberán ajustarse al régimen aplicable a las Administraciones Públicas de Navarra, con las especialidades que se contienen en esta Ley Foral” (artículo 224.2 LFAL) ostentando el órgano local competente la prerrogativa de resolución de los contratos administrativos, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley (artículo 227.2 LFAL).

En cuanto a la legislación foral de contratos, en el presente caso resulta de aplicación la LFCAPN, pese a su derogación por la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos, que entró en vigor el 7 de julio de 2006, toda vez que ésta, conforme a su disposición transitoria primera, se aplica a los contratos cuyos pliegos de cláusulas administrativas particulares o condiciones reguladoras no estuvieran aprobados en la fecha de su entrada en vigor, mientras que en este caso tanto el pliego como el contrato son anteriores a dicha fecha. Tampoco resulta de aplicación, por igual razón, la Ley Foral 1/2007, de 14 de febrero, de modificación de la LFAL en materia de contratación.

Las causas de resolución de los contratos administrativos venían enumeradas en el artículo 140 de la LFCAPN. Entre ellas, en lo que aquí concierne, se incluyen “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales” (letra h) y “aquéllas que se establezcan expresamente en el contrato” (letra j). En el presente supuesto, como se ha reseñado en los antecedentes, el pliego de cláusulas administrativas prevé la resolución del contrato por la falta de prestación directa del servicio por parte del adjudicatario.

II.3ª. Tramitación

El presente procedimiento ha sido tramitado por el Ayuntamiento de Tudela, ajustándose a las determinaciones del artículo 23.1 de la LFCAPN que, en su párrafo tercero, señala que “en el expediente se dará audiencia al contratista y se emitirá informe por el servicio jurídico del órgano de contratación”, constando en el expediente la práctica del trámite de audiencia a la empresa contratista, la formulación de alegaciones por ésta y

la emisión de informe en que dichas alegaciones son objeto de consideración, concluyendo en la procedencia de su desestimación.

Por otra parte, se ha facilitado a este Consejo expediente en el que se contiene documentación expresiva no solo del régimen jurídico aplicable al contrato cuya resolución se pretende, sino también de las circunstancias relativas a su ejecución y al incumplimiento imputado a la empresa contratista, reflejando el expediente las posiciones que mantienen la Administración municipal y la empresa adjudicataria del contrato sobre la resolución pretendida y el incumplimiento imputado.

Asimismo, se formula propuesta de resolución en la que se ponderan las circunstancias y razones que llevan a la decisión de resolver el contrato con los efectos señalados en el artículo 142.4 de la LFCAPN.

Finalmente, la interposición de recursos por la empresa contratista frente a determinados actos en el ámbito contractual no imposibilita la incoación de este procedimiento de resolución del contrato, ya que aquellos se refieren a otros actos y no consta resolución judicial que impida la tramitación de este expediente.

II.4ª. La resolución del contrato

Como se ha dicho ya, en el presente caso es de aplicación la LFCAPN, cuyo artículo 140 enumera las causas de resolución de los contratos administrativos, incluyendo entre ellas, en lo que aquí concierne “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales” (letra h) y “aquellas que se establezcan expresamente en el contrato” (letra j). En el presente supuesto, como se ha reseñado en los antecedentes, el pliego dispone como obligación fundamental del contrato la prestación del servicio bajos los principios de continuidad y regularidad (cláusula 9ª), tipifica su vulneración como infracción muy grave que puede dar lugar a la resolución del contrato (cláusula 19ª) y prevé como causa de resolución del contrato la falta de prestación directa del servicio por parte del adjudicatario y cualquier otra prevista en la legislación vigente (cláusula 20ª).

Este Consejo (por todos, dictamen 39/2008, de 27 de octubre) viene exigiendo para la procedencia de la resolución contractual por incumplimiento del contratista que concurren las condiciones siguientes: 1º El incumplimiento del contratista; 2º Este incumplimiento ha de referirse a cláusulas esenciales, esto es, relevantes y significativas, del contrato administrativo; 3º Debe existir una voluntad rebelde al cumplimiento por parte del contratista para lo que han debido existir requerimientos de la Administración al cumplimiento; y 4º La carga de la prueba de los incumplimientos imputados y de la resistencia al cumplimiento por el contratista corresponde a la Administración. En suma, la medida de resolución del contrato ha de reservarse para las situaciones extremas de incumplimiento con entidad suficiente y sobre aspectos sustanciales del contrato (dictamen 3/2001, de 19 de febrero de 2001).

En consecuencia, para pronunciarnos sobre la procedencia de la resolución del contrato debemos considerar si concurre un incumplimiento notorio y grave de la empresa contratista, que afecte a las obligaciones contractuales esenciales y, entre éstas, aquellas fijadas expresamente en el pliego de condiciones regulador del contrato, que además dicho incumplimiento signifique una manifestación de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento y, por último, que previamente a la resolución contractual propugnada hayan existido los necesarios y previos requerimientos por parte de la Administración.

A la vista del expediente, es un hecho acreditado que la empresa contratista, tras el cierre temporal de las instalaciones en enero de 2009 para llevar a cabo determinadas obras de reparación, dejó de prestar el servicio al no proceder a la puesta en marcha o reapertura de las piscinas, pese las indicaciones del Ayuntamiento de su adecuación en orden a su apertura. Esa conducta de la contratista supone el incumplimiento de una de las obligaciones esenciales del contrato, ya que la prestación del servicio con la continuidad y regularidad convenidas es la primera y esencial obligación del contratista en el contrato de gestión de servicios públicos [artículo 110.2.a) LFCAPN], así determinada en el pliego de condiciones regulador del contrato (cláusula 9ª).

Una vez acreditado el incumplimiento de la empresa contratista respecto de un elemento esencial del contrato, podemos concluir que concurre causa suficiente para la resolución contractual de acuerdo con lo establecido en el artículo 140, letra h), de la LFCAPN. A ella debe sumarse la concreta causa de resolución prevista en el pliego de condiciones que, como hemos dicho, tipifica la falta de prestación del servicio con la continuidad y regularidad convenidas como infracción muy grave que puede justificar la resolución del contrato (cláusula 19ª) y prevé como causa de resolución del contrato la falta de prestación directa del servicio por parte del adjudicatario (cláusula 20ª).

Por otra parte, y siguiendo con el examen de la concurrencia de los requisitos que hemos considerado necesarios para la procedencia de la resolución contractual, el expediente administrativo facilitado acredita los reiterados requerimientos formulados por la Administración en orden a conseguir el efectivo cumplimiento por la empresa contratista de su obligación de prestar el servicio, mediante la puesta en marcha o reapertura de las instalaciones en febrero y marzo de 2009, que culmina con el requerimiento por la Resolución de la Alcaldía de Tudela 223/2009, de 16 de marzo, para que volviese a asumir la gestión del servicio a partir del 25 de marzo de 2009 dando por terminada la intervención del contrato, respecto del que la empresa contratista manifestó en sus escritos de 20 y 26 de marzo de 2009 su negativa a reanudar la explotación del servicio.

No resultan suficientes en este momento para enervar el afirmado incumplimiento de tan esencial obligación contractual los argumentos esgrimidos por la empresa contratista en sus distintos escritos y en particular con ocasión de su escrito de oposición. En efecto, el principal motivo consistente en el incumplimiento por el Ayuntamiento por la falta de entrega de la totalidad de las instalaciones ofertadas y contratadas por no poner a su disposición la zona de hidroterapia o seta o chorros, con ser cierto, no impidió en su momento la iniciación por la empresa contratista de la ejecución del contrato, dando lugar a una negociación sobre una compensación económica que restableciera el equilibrio económico contractual, lo que podrá ser planteado por la contratista de no alcanzarse

acuerdo con el Ayuntamiento. Y en cuanto a la demora en la entrega de las instalaciones con un año de retraso respecto de la adjudicación, es lo cierto que el contrato prevé, al igual que el pliego de condiciones, su entrada en vigor o inicio de la explotación a partir de la fecha en que se produzca la puesta en funcionamiento de las instalaciones, como así tuvo lugar.

En cuanto a otros incumplimientos achacados por la empresa contratista al Ayuntamiento, tales como que las instalaciones arrendadas no le han permitido garantizar el confort o comodidad deseable para los usuarios y éstos se han ido a otras instalaciones o la falta de entrega de los manuales de instrucciones y de las garantías de los equipamientos con el consiguiente retraso en la puesta en marcha de los servicios, son circunstancias que, por su entidad y carácter, no impiden la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, ya que constituyeron vicisitudes que han de resolverse en el ámbito de la ordinaria relación entre las partes para asegurar un correcto funcionamiento del servicio.

Tampoco el cierre temporal de las instalaciones, aunque grave, puede justificar el incumplimiento de aquella obligación esencial, ya que vino motivado por la inexcusable exigencia de asegurar una conservación y funcionamiento adecuado de las instalaciones, lo que imponía la realización de las obras de reparación precisas para corregir las deficiencias apreciadas con la ineludible consecuencia en este caso, planteada por la propia empresa contratista, de proceder entre tanto al cierre temporal; y ello sin perjuicio de que el Ayuntamiento, como él reconoce, asumiera los gastos que le correspondan derivados de dicho cierre, con la posibilidad –ya ejercitada- para la empresa contratista de reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que se le han causado por tal circunstancia, pero sin que, la falta de abono de tal indemnización ante la carencia de cuantificación y, en su caso, de acuerdo, justifique una medida tan drástica como la falta de prestación del servicio o, en otras palabras, su desligamiento o separación unilateral del contrato.

En fin, la empresa contratista plantea un desequilibrio financiero en la explotación resultado de incumplimientos del Ayuntamiento, pero tal situación encontraría acomodo en los mecanismos legalmente previstos para

mantener la equivalencia económica de las prestaciones. Las anomalías alegadas respecto de la conducta de la Administración serían circunstancias de defectuosidad que podrían imponer en su caso una corrección y, si fuere procedente, la indemnización, pero no justifican la falta de prestación y abandono del servicio con la consiguiente ruptura unilateral del contrato.

No obstante lo anterior, cuestión distinta es la de cuáles hayan de ser las consecuencias de la citada resolución. La propia empresa contratista, al final de su escrito de alegaciones en el procedimiento de resolución contractual, indica expresivamente que “si existe algún incumplimiento, nunca podrá catalogarse de culpable, sino impelido por el propio actuar de la Administración”.

Al respecto, el artículo 142 de la LFCAPN, sobre los efectos de la resolución contractual, establece en su apartado cuarto: “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y, además, deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, en lo que excedan del importe de la garantía incautada”.

En el presente caso, tal como se deduce de los antecedentes, han concurrido una serie de circunstancias que no podemos desconocer y que, si bien no pueden justificar el incumplimiento de la obligación de prestar el servicio y el abandono del servicio por la empresa contratista, introducen elementos de necesaria ponderación si no se quiere atender a la equidad en la resolución del conflicto entre el contratista y la Administración contratante. Desde esa perspectiva debe tenerse en cuenta que la ejecución del contrato comenzó sin que el Ayuntamiento pusiera a disposición de la empresa contratista la totalidad de las instalaciones, lo que, tras diversas negociaciones, llevó a plantear la resolución del contrato por mutuo acuerdo que, empero, no prosperó por no alcanzarse consenso sobre las cantidades a liquidar; así como el cierre temporal de las piscinas cubiertas obligado por las deficiencias apreciadas en la instalación.

Las anomalías que se observan en la ejecución del contrato por parte de la Administración contratante, si bien no alcanzan un grado de relevancia

suficiente para justificar aquel incumplimiento de la empresa contratista, sí nos parecen, debidamente ponderadas en el contexto de las actuaciones de una y otra parte, suficientes para no considerar “culpable” tal incumplimiento y atenuar su responsabilidad, no procediendo la exigencia a la empresa contratista de aquellas consecuencias que se derivarían, en otro caso, de la aplicación de lo establecido en el artículo 142.4 y 5 de la LFCAPN.

En consecuencia, a juicio de este Consejo, no procede en este caso la incautación de la garantía constituida ni la indemnización de daños y perjuicios a la Administración. Todo ello sin perjuicio de la liquidación de la ejecución contractual llevada a cabo por la empresa contratista en los términos desarrollados.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que procede la resolución del contrato de arrendamiento de las piscinas municipales cubiertas celebrado entre el Ayuntamiento de Tudela y la “...”, sin la incautación de la garantía constituida ni la indemnización de daños y perjuicios al Ayuntamiento.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.