



Expediente: 110/2020

ACUERDO 110/2020, de 17 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la solicitud de adopción de medida cautelar formulada en la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por doña M. N. O. F. contra los pliegos de contratación de la “*Gestión del Punto de Información y Explotación Turística en Artajona*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Artajona publicó el 26 de octubre de 2020 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de concesión de servicios que tiene por objeto la “*Gestión del Punto de Información y Explotación Turística*” de dicha localidad.

SEGUNDO.- Con fecha 5 de noviembre de 2020, doña M. N. O. F. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a los pliegos de dicho contrato.

Con fecha 6 de noviembre se requirió la subsanación de la reclamación presentada, habiéndose producida esta el 10 de noviembre, dentro del plazo de dos días hábiles concedido al efecto.

En la reclamación presentada se solicita la suspensión cautelar del procedimiento de licitación. Como justificación de esta solicitud, la reclamante señala que fue la concesionaria de este servicio hasta finales de octubre de 2020, así como que debido a la causa mayor de la COVID se vio obligada a cesar temporalmente sus actividades durante dos meses en primavera, por lo que ha tenido que hacer frente a

costes fijos que no ha podido compensar mediante los ingresos derivados de la explotación del servicio.

Señala, a este respecto, que *“dado que el contrato estipulaba una cláusula de indemnización por causa mayor, así como un restablecimiento del equilibrio del contrato, se procedió a solicitar dicho restablecimiento, mediante el prolongar unas semanas más el contrato, a fin de dar servicio a unas reservas recientes y para poder vender el excedente de producto de merchandising que no se había podido vender según lo previsto para 2020, por la falta de visitantes y por haber estado cerrados.*

Dado que a mi entender, este anuncio de licitación se ha publicado en fechas en que a mí por contrato me correspondía haber podido prorrogar el contrato algunas semanas más y/o una reducción del canon anual de 2020 y ninguna de las dos cosas se ha producido, y siendo que estimo que mis derechos se están viendo perjudicados con esta nueva licitación solicito a este Tribunal la suspensión cautelar de este proceso de licitación”.

TERCERO.- Con fecha 13 de noviembre de 2020, el órgano de contratación aportó el expediente del contrato y un escrito de alegaciones, en el que señala, en relación a la medida cautelar solicitada, que ha realizado diversos intentos de notificación y comunicación para conocer la intención de la reclamante acerca del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, incluida la posibilidad de una ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15%, esto es, hasta el 8 de diciembre de 2020, sin que se haya podido contactar con aquella.

Asimismo señala que, en cualquier caso, cualquier reclamación a este respecto es ajena a la actual licitación y debería sustanciarse al margen del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra, y de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los pliegos de contratación y los actos dictados por una entidad sometida a dicha Ley Foral.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada conforme a los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

TERCERO.- La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

CUARTO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.a) de la LFCP.

QUINTO.- Tal y como se ha expuesto, la reclamante solicita la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de licitación.

El artículo 125 de la LFCP regula las medidas cautelares, señalando lo siguiente:

“1. Los interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los plazos señalados en el artículo anterior, la adopción de medidas cautelares para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas la suspensión del procedimiento o de cualquier decisión adoptada en el seno del mismo.

La solicitud y, en su caso, las propias medidas cautelares quedarán sin efecto si no se interpone la reclamación en el plazo previsto.

2. *El escrito de solicitud de medidas cautelares, al que se adjuntarán necesariamente los documentos en los que el solicitante apoya su petición, se presentará telemáticamente en el Portal de Contratación de Navarra ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra. Si la solicitud estuviese incompleta, se otorgará un plazo de subsanación de dos días hábiles.*

3. *El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión.*

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática del acto de adjudicación o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos.

4. *Las medidas cautelares podrán ser suspendidas, modificadas o revocadas en cualquier momento, de oficio o a solicitud de parte interesada, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser conocidas al tiempo de su adopción, con la salvedad de la suspensión señalada en el artículo 124.4 de esta ley foral que se regirá por lo dispuesto en dicha norma. Frente a dicha resolución no cabrá recurso, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.”*

Justifica su petición en el hecho de que, según interpreta, tiene derecho a una prórroga en la prestación del servicio de que ha sido concesionaria hasta octubre de 2020, dado que tuvo que cesar en el mismo durante dos meses como consecuencia de la

COVID-19, y que el contrato preveía una cláusula de indemnización por causa mayor, así como un restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

El órgano de contratación, por su parte, manifiesta que ha intentado contactar con la reclamante para valorar la posible ampliación del plazo de duración de la concesión, así como que, en cualquier caso, esta cuestión es ajena a la actual licitación y a la reclamación interpuesta.

Tal y como señala el Tribunal Supremo en su Auto de 31 de octubre de 2018, *“la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, razón por la que la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario”*.

Ahonda en ello en su Auto de 24 de septiembre de 2020, en el que señala que *“el máximo intérprete constitucional ha sentado que la justicia cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115/87, 7 de julio (RTC 1987, 115), 238/92, 17 diciembre (RTC 1992, 238), 148/93, 29 de abril (RTC 1993, 148) ya que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”. Sucede, en consecuencia, que “la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue” (STC 148/93, 29 de abril)”*.

La finalidad de las medidas cautelares *“se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso”*, tal y como señala el Tribunal Supremo en su Auto de 26 de julio de 2006, en donde, con cita del de 12 de julio de 2002, establece lo siguiente:

“Pues bien, continúa el ATS de precedente cita, “la decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias

del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LRJCA y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que según nuestra jurisprudencia puede resumirse en los siguientes términos:

a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación". El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El periculum in mora, conforme al artículo 130.1 LJCA: "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso". Este precepto consagra el llamado periculum in mora como primer criterio a considerar para la adopción de la medida

cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, para la adopción de la medida cautelar, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) La ponderación de intereses: Intereses generales y de tercero. Conforme al artículo 130.2 LJCA, la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. (...).

e) La apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar”.

Respecto de este último criterio, ha de tenerse en cuenta, tal y como señala el Auto de 31 de octubre de 2018, antes citado, que “*No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta - ATS 14 de abril de 1997-; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y, de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiéndolo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o*

disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no (...) al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros)".

Atendiendo a los citados criterios cabe señalar, en primer lugar, que la reclamante ampara su solicitud en la suspensión de la prestación del servicio durante dos meses y en las estipulaciones contractuales que preveían una indemnización por causa de fuerza mayor y un derecho al restablecimiento del equilibrio del contrato, si bien no aporta el contrato en base al cual pretende hacer valer su derecho.

No obstante, cabe recordar que la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, norma con arreglo a la cual debió adjudicarse el contrato de concesión del que ha sido adjudicatario dadas las fechas facilitadas por la misma, regulaba en su artículo 157 el mantenimiento del equilibrio económico del contrato en las concesiones de obras públicas, artículo que también resulta aplicable en las concesiones de servicios conforme a la remisión contenida en su artículo 167.1. El citado artículo preveía lo siguiente:

“1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés público y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) *Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.*

b) *Cuando actuaciones de la Administración determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión.*

c) *Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 149.1.a) y 150.1.d).*

3. *En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en esta Ley Foral, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.*

4. *Para los casos en que se supere umbral máximo de retribución establecido en la oferta, el pliego de cláusulas administrativas particulares regulará el modo de reversión de dicho exceso a la Administración.”*

La posibilidad de prorrogar la duración de la concesión como medio para restablecer el equilibrio económico del contrato, por lo tanto, encuentra amparo en lo dispuesto en dicha Ley Foral (así como en el artículo 211.4 de la vigente Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, si bien en este caso limitándose la ampliación por un periodo que no exceda del 10% de su duración inicial), siempre que se respeten los límites fijados al respecto en la propia ley foral.

Según se desprende de la reclamación interpuesta, la reclamante solicitó al órgano de contratación la prolongación de la duración del contrato, cosa que el órgano de contratación niega, afirmando que ha sido este quien ha intentado contactar con la reclamante con dicho fin.

En cualquier caso, ha de señalarse que la pretensión en base a la cual ampara su solicitud de suspensión cautelar del procedimiento de licitación debe sustanciarse ante el órgano de contratación, no siendo la interposición de la reclamación la vía adecuada

para solicitar dicho restablecimiento del equilibrio económico, ni tan siquiera como medida cautelar.

Plantea la reclamante, asimismo, que el restablecimiento del citado equilibrio económico podría producirse también mediante una reducción del canon anual a satisfacer durante el año 2020. Se trata, en este caso, de un perjuicio que podría satisfacerse mediante una mera compensación económica y, por ello, que no puede ser calificado como de imposible o difícil reparación, conforme a lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su Auto de 30 de abril de 1998:

“El acto aquí contemplado -a los solos efectos de su posible suspensión- tiene un contenido y posibles consecuencias de índole económica y como ya tiene reiterado esta Sala -Autos de 3 junio 1991 (RJ 1991\4607), 14 enero 1992 (RJ 1992\16), 28 septiembre 1994 (RJ 1994\7362), 19 marzo 1997 (RJ 1997\1872), etc.-, el contenido exclusivamente económico del acto administrativo, salvo excepciones específicas y acreditadas por las especiales circunstancias que rodean el acto que pueden hacer procedente la suspensión de su ejecutividad, no puede reputarse perjuicio de imposible o difícil reparación, toda vez que la Administración es por su propia naturaleza, organización y funcionamiento, una entidad pública responsable y solvente en grado máximo, por lo que la posible existencia de esos perjuicios económicos derivados de la ejecución del acto administrativo que posteriormente fuese anulado en vía jurisdiccional, no puede ofrecer ni ofrece dificultades en cuanto a la congrua y adecuada reparación de los perjuicios y daños causados fácilmente conseguible dada la solvencia de la Administración.”

Respecto a la aplicación del “*periculum in mora*”, no se advierte la concurrencia de una situación que pueda hacer ineficaz el acuerdo que este Tribunal adopte respecto al fondo de la reclamación presentada, dado que en la misma se solicita la nulidad del anuncio de licitación del contrato y de sus pliegos reguladores. No se aprecia, por ello, la necesaria conexión entre el perjuicio aducido por la reclamante, el acto objeto de reclamación especial y la petición contenida en esta, dado que su eventual estimación no evitaría en modo alguno el perjuicio que, según señala, se le irroga con el acto recurrido.

En relación con la doctrina de la apariencia de buen derecho, cabe señalar que no nos encontramos ante uno de los supuestos en que, según la doctrina citada, pueda acudirse a este criterio sin riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo planteada en la reclamación.

Por lo tanto, atendiendo a lo expuesto, debe denegarse la medida cautelar solicitada por la reclamante, consistente en la suspensión del procedimiento de licitación.

SEXTO.- No obstante lo anterior, conviene señalar que el apartado 3º del artículo 125 de la LFCP concluye lo siguiente:

“Lo dispuesto en este apartado – se refiere a la decisión acerca de la adopción de medidas cautelares – se entiende sin perjuicio de la suspensión automática del acto de adjudicación o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos”.

En este sentido, el artículo 124.4 de la LFCP señala lo siguiente:

“La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra podrá, excepcionalmente, de forma motivada y previa solicitud de la entidad contratante, levantar la suspensión automática a que se refiere el párrafo anterior, en los casos en que su mantenimiento pudiera causar un perjuicio grave al interés público”.

Por ello, la interposición de la reclamación conlleva la suspensión “*ope legis*” del acto recurrido.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 125.3 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la solicitud de adopción de medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de licitación, formulada en la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por doña M. N. O. F. contra los pliegos de contratación de la “*Gestión del Punto de Información y Explotación Turística en Artajona*”.

2º. Notificar este Acuerdo a doña M. N. O. F. y al Ayuntamiento de Artajona, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo no cabe interponer recurso alguno, sin perjuicio del recurso que quepa interponer frente a la resolución del procedimiento principal.

Pamplona, 17 de noviembre de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.