

Expediente Núm. 30/2015  
Dictamen Núm. 43/2015

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*García Gutiérrez, José María*  
*Zapico del Fueyo, Rosa María*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 5 de marzo de 2015, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 12 de febrero de 2015 -registrada de entrada el día 19 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de servicio de catering para la Escuela Infantil (0 a 3) ....., curso 2014-2015, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Mediante Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Carreño de 27 de agosto de 2014, se adjudica a la empresa “X” el “contrato de servicio de catering para (la) Escuela Infantil de 0 a 3, curso 2014-2015”, con duración desde el 1 de septiembre de 2014 hasta el 31 de julio de 2015.

El contrato se formaliza en documento administrativo suscrito por las partes el día 29 del mismo mes.

Obran incorporados al expediente los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas rectores de la contratación.

Según la cláusula primera de las administrativas particulares, el objeto del contrato es "la prestación del servicio de manutención mediante una dieta equilibrada en sus características nutricionales y atención a las alumnas y alumnos usuarias/os del servicio, en la Escuela de Educación Infantil Municipal (0-3) años ....., que comprenderá la elaboración de la comida (desayuno y comida) en las instalaciones del adjudicatario".

Se establece en la cláusula decimoctava del mismo pliego que, "además de las obligaciones generales derivadas del régimen jurídico del presente contrato, son obligaciones específicas del contratista las siguientes (...): Las recogidas expresamente en el pliego de prescripciones técnicas".

La cláusula vigésimo tercera determina que "la resolución del contrato tendrá lugar en los supuestos que se señalan en este pliego y en los fijados en los artículos 223 y 308 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; y se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista./ Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, se incautará la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios originados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía".

La cláusula vigésimo cuarta del pliego de las administrativas particulares dispone que "este contrato tiene carácter administrativo y su preparación, adjudicación, efectos y extinción se regirá por lo establecido en este pliego, y para lo no previsto en él será de aplicación el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que (se) aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...); supletoriamente se aplicarán las restantes

normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado”.

El pliego de prescripciones técnicas señala en su cláusula 3 que el objetivo del contrato es “ofrecer un servicio de calidad adaptado a las necesidades de los niños/as entre 0 y tres años de edad, que cumpla con los requisitos establecidos para comedores escolares y según criterios que establece la Consejería de Sanidad en cuanto a calidad de los alimentos en la elaboración de menús escolares y a personal especializado”.

Según la cláusula 5 del mismo pliego, “la empresa será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle”.

La cláusula 7 fija la “política nutricional”, precisando que “los menús han de ser equilibrados, variados y adaptados a la edad, siguiendo las recomendaciones de la guía ‘Comer en la Escuela Infantil’, editada por las Consejerías de Sanidad y (...) de Educación, basada en las directrices de la Estrategia NAOS”. Recoge de forma individualizada los alimentos correspondientes a la dieta de los niños en función de cada grupo de edad (de 3 a 6 meses, de 6 a 9 meses, de 9 a 12 meses y a partir de 12 meses).

La cláusula 9 del pliego se refiere a la “calidad de las materias primas y formas de elaboración”, y recoge, entre otras indicaciones, que “las legumbres serán de primera calidad, evitando chacinas o embutidos grasos en su elaboración (...). Las verduras y hortalizas serán de primera calidad, preferentemente frescas y de temporada (...). Los pescados serán de primera calidad y preferentemente frescos. Se servirán limpios, exentos de espinas, pieles, escamas y vísceras (...). Las carnes y los huevos serán de primera calidad. La carne debe ser magra, libre de aditivos y sin grasa visible. Debe servirse sin huesos ni tendones (...). La fruta será fresca y de temporada y de primera calidad. Se excluirán los frutos demasiado verdes o demasiado maduros o pasados (...). La forma de preparación de los alimentos ha de ser variada y baja en grasa (...). Se optará por ensaladas y/o verduras como guarnición en lugar de patatas fritas (...). No se incluirán alimentos cocinados mediante fritura por inmersión ni alimentos precocinados (patatas congeladas o

fritas embolsadas) (...). La cantidad de raciones se ajustará a la edad, evitando poner cantidades insuficientes o excesivas de alimentos (...). El puré, bien sea de bebé o del menú de los mayores, deberá venir completamente triturado, con una textura homogénea”.

La cláusula 10, relativa a “los requisitos higiénico-sanitarios”, dispone que “el diseño y los materiales de los contenedores (...) utilizados para el transporte deben permitir su limpieza y desinfección, estar en buen estado de mantenimiento y evitar la contaminación de los productos”. Añade que “los recipientes que tengan fisuras, roturas o defectos que pueden presentar un peligro para el alimento o para la persona no se utilizarán (...). Los contenedores, recipientes y envases serán preferentemente de acero inoxidable (...) y deberán estar perfectamente identificados y/o etiquetados que permitan conocer en todo momento su contenido”.

Por último, la cláusula 11 del pliego de prescripciones técnicas recoge el número y las características del personal que el contratista deberá poner a disposición de la Escuela Infantil para la realización de las labores de dispensación de alimentos, limpieza u otras relacionadas con el servicio de catering.

**2.** La Directora de la Escuela Infantil ..... suscribe, el 27 de octubre de 2014, un informe en el que indica que “durante el tiempo transcurrido hemos registrado bastantes incidencias que afectan a la prestación del servicio y que incumplen aspectos recogidos en el pliego de prescripciones técnicas./ Las incidencias que enumeramos a continuación, y que más nos preocupan por las edades de los comensales, sobre todo los bebés, hacen referencia a la calidad y la forma de preparación de los alimentos servidos./ Los purés de los bebés se presentan poco triturados y con trozos de carne./ Los segundos platos son de baja calidad, carne dura, pescados cocinados crudos, patatas duras y congeladas./ Las guarniciones se limitan a zanahorias congeladas./ Las cantidades sobre todo en los purés son escasas, se avisó varias veces./ La forma de cocción no es adecuada, garbanzos duros./ La comida tiene que estar en la escuela a las

11 y se incumple a menudo./ Algunos de los recipientes que transportan la comida de plástico están en malas condiciones./ Los plátanos muchas veces demasiado maduros”.

**3.** El día 6 de noviembre de 2014, la Directora de la Escuela Infantil emite un nuevo informe en el que manifiesta que “no ha habido mejoras por parte del catering, ni en la calidad ni en la preparación de los alimentos, y además hemos registrado incidencias que suponen un riesgo físico para los niños, como es las espinas en el pescado”. Afirma que “se registran diariamente las incidencias, se avisa por teléfono de las quejas y aún así no hay ninguna mejora./ Los purés de los bebés siguen estando mal triturados, trozos e hilos, las legumbres duras y con exceso de grasa y si esto fuera poco espinas en el pescado”. Añade que los envases no están “identificados y/o etiquetados” y que se sirven “rebozados y (...) patatas congeladas”. Enumera las incidencias diarias desde el 7 de octubre hasta el 5 de noviembre de 2014, entre las que se observan situaciones como que “no alcanza la comida (...), garbanzos durísimos (...), pescado crudo, los niños salen prácticamente sin comer nada (...), purés de bebés con trozos de carne, cartílagos (...), algunas fabes están negras, tienen cocos (...), patatas negras” o que “el pescado viene con muchas espinas (...). Las educadoras deciden no dar el pescado por el riesgo que conlleva. Se devuelve el catering”.

Adjunta siete fotografías de los alimentos servidos identificadas con los títulos de “espinas en el pescado”, “fabes con chorizo y carne magra”, “puré bebés trozos carne” y “faba negra”.

**4.** Con fecha 11 de noviembre de 2014, el Alcalde solicita a la Directora de la Escuela Infantil que informe “acerca de la existencia o no de inminente riesgo para la salud de los usuarios”.

**5.** La referida Directora indica el día 21 del mismo mes que, al igual que señaló en los dos informes anteriores, se está realizando una “mala preparación de los alimentos” y que “la calidad de estos (es) absolutamente inadecuada para las

edades de los niños y niñas que comen en esta Escuela". Considera que "queda demostrado que se incumple reiteradamente el objetivo establecido en el pliego de prescripciones técnicas".

**6.** Mediante Resolución del Alcalde de 11 de diciembre de 2014, se acuerda "suspender la ejecución del contrato de servicio de catering para Escuela Infantil de 0 a 3, curso 2014-2015, adjudicado a la empresa (...), a la vista de las reiteradas irregularidades denunciadas en la ejecución del servicio. La suspensión tendrá lugar a partir del 13 de diciembre de 2014 (...). Incoar expediente por si procediera la resolución del contrato de servicio de catering para Escuela Infantil de 0 a 3, curso 2014-2015, a consecuencia del continuo incumplimiento de las obligaciones esenciales establecidas en los pliegos reguladores del servicio" y "conceder a la empresa (...) un plazo de diez días (...) a efectos de presentar cuantas alegaciones estime oportuno". Consta en el expediente la notificación del citado acto al contratista con fecha 16 del mismo mes.

**7.** El día 19 de diciembre de 2014, un representante de la contratista presenta en el registro municipal un escrito en el que manifiesta que "en conversación con la Directora (...) el día 31 de octubre nos dice por teléfono que después de salir de una reunión con el Concejal estábamos ambas partes (conformes) de resolver el contrato de mutuo acuerdo y doy por hecho que no haya penalidades económicas para mi empresa". Relata que "los primeros días de empezar el servicio me llama la Directora para (...) ver las incidencias que le pasan del servicio. La educadora (...) me relata que es una comida malísima, nada está bien, ellas ya no comen. Las fabes del otro día olían a vomitado, no llevan grasina. La Directora me dice que ella coincidió un día a la hora de comer y también lo veía regular. La Directora no suele estar a la hora de la comida, está en la Escuela ..... Les digo que no tengo inconveniente en dejar el servicio siempre que esté el (Ayuntamiento) de acuerdo". Argumenta que no duda de las "espinas y cartílagos", pero que "hay un empleada y ellas mismas para estar

controlando". Sobre "los pelos", señala que "las educadoras deben llevar cubre pelos a la hora de dar las comidas y no lo hacen". Manifiesta que las educadoras le comentan que "los niños van mucho al baño". Considera que "el sentido final es que querían al proveedor anterior, que condimentaba las comidas más al gusto de ellas, con más sal, y los cocidos con embutido y grasina". Concluye que "nuestros menús están elaborados bajo las directrices de la Consejería de Educación para las Escuelas de 0 a 3. Tenemos el servicio desde su inauguración en los (Ayuntamientos) de ....., ....., ....., ..... y en 30 c. infantiles privados y no tenemos quejas del servicio".

**8.** Con fecha 15 de enero de 2015, la Directora de la Escuela Infantil emite un informe en relación con el escrito presentado por el contratista en el que señala que "está plagado de falsedades". Reitera el contenido de sus informes anteriores y considera que "ha habido un incumplimiento reiterado por parte de la empresa del pliego de prescripciones técnicas".

**9.** El día 23 de enero de 2015, una Técnica de Administración General suscribe un "informe-propuesta" en el que concluye que "procede la resolución del contrato de `servicio de catering para Escuela Infantil de 0 a 3, curso 2014-2015, a consecuencia de incumplimiento culpable del contratista -artículo 223.f) TRLCSP-, así como la pérdida de la garantía constituida al efecto".

**10.** La Interventora municipal informa el día 28 del mismo mes que, "vista la documentación obrante en el expediente, la empresa (...) manifiesta estar de acuerdo con la resolución del contrato de mutuo acuerdo, por lo que en principio no tendría implicaciones económicas para el Ayuntamiento la resolución del mismo (...). La empresa tiene constituida una fianza definitiva en metálico (...) que debe permanecer sin devolver hasta la resolución definitiva del contrato (...). Considero que no corresponde a (...) esta intervención evaluar las consecuencias de la resolución del contrato por tratarse de un servicio que no depende de esta área".

**11.** Mediante Resolución de la Alcaldía de 10 de febrero de 2015, se acuerda remitir el expediente al Consejo Consultivo para la emisión del preceptivo dictamen y “dar traslado de esta Resolución al interesado (...), haciéndole saber que el plazo para la resolución del presente procedimiento para la resolución del contrato queda suspendido, de conformidad y con las condiciones establecidas en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

**12.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de febrero de 2015, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de servicio de catering para la Escuela Infantil de (0 a 3) ....., curso 2014-2015, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Alcalde del Ayuntamiento de Carreño, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.



**SEGUNDA.-** De acuerdo con dichas normas, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”.

En el caso ahora examinado existe oposición, manifestada por quien ostenta la representación legal de la empresa, pero no a la resolución del contrato, sino a las causas y consecuencias de la misma. Como hemos manifestado en anteriores dictámenes, la oposición del contratista que determina la intervención preceptiva de este Consejo existe no solamente cuando este manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de la citada resolución, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la misma.

**TERCERA.-** La calificación jurídica del contrato que examinamos es la propia de un contrato administrativo. Por razón del tiempo en que fue adjudicado -27 de agosto de 2014-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 19 del TRLCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 210 del TRLCSP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”. En el mismo sentido, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la

facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos señalados en la Ley.

La instrucción del procedimiento que analizamos se encuentra sometida a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 211 y el apartado 1 del artículo 224 del TRLCSP, que se remite a la regulación de desarrollo contenida en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía, e informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria. Además, tratándose de una entidad local, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención, según dispone el artículo 114 del TRRL. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el supuesto examinado, se formula oposición por parte del contratista.

En el caso que analizamos se ha dado audiencia a la empresa adjudicataria, y, habiendo depositado aquella la fianza definitiva en metálico, no resulta necesario otorgar trámite de audiencia a terceros. No obstante, observamos que este trámite se evacúa prematuramente, al tiempo de dictarse la resolución de incoación y antes de librarse los informes del Servicio Jurídico y de la Intervención, si bien en este supuesto nada sustancial se aporta al expediente con posterioridad a aquel primer trámite.

Respecto al informe jurídico, debe hacerse constar que el mismo -en forma de "informe-propuesta"- está suscrito por una Técnica de Administración

General. La disposición adicional segunda, apartado 8, del TRLCSP señala que “Los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación”. Por ello, entendemos que el informe jurídico a que se refiere el artículo 109 del RGLCAP, por remisión expresa del artículo 224.1 del TRLCSP, debe ser emitido por la Secretaría General en el caso de los municipios no incluidos en el ámbito de aplicación del título X de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en los que será posible su emisión por la Asesoría Jurídica en atención a lo dispuesto en el apartado e) de la disposición adicional octava de la referida norma. A pesar de ello, y visto que en todo caso sí obra en el expediente un informe jurídico, consideramos este defecto susceptible de subsanación antes de que se dicte la resolución que ponga fin al procedimiento. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Por último, hemos de referirnos a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato. Los artículos 210 del TRLCSP y 109 del RGLCAP la atribuyen al “órgano de contratación”. La adjudicación objeto de este expediente fue acordada por la Alcaldía, por lo que será esta quien deberá dictar la resolución que ponga fin al procedimiento que ahora analizamos.

En cuanto al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, advertimos que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución contractual mediante Resolución de la Alcaldía de 11 de diciembre de 2014, en la fecha de emisión de este dictamen estaría próximo a transcurrir el plazo máximo de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), aplicable al procedimiento de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de

2008 -Sección 4.ª- y de 9 de septiembre de 2009 y 8 de septiembre de 2010 - Sección 6.ª-, entre otras). No obstante, de la documentación remitida resulta que la Administración ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución por causa de la petición de dictamen a este Consejo Consultivo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC.

Asimismo, se aprecia que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

**CUARTA.-** Antes de entrar en el contenido del expediente resolutorio, debemos poner de manifiesto que mediante Resolución de la Alcaldía de 11 de diciembre de 2014 se acordó “suspender la ejecución del contrato (...) a la vista de las reiteradas irregularidades denunciadas en la ejecución del servicio”. Adjudicado y formalizado un contrato administrativo, debe ejecutarse en los términos contenidos en la Ley y en los documentos contractuales que lo rigen sin más excepciones que las derivadas del ejercicio de “las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas”, tal y como establece el artículo 209 del TRLCSP. Pues bien, entre las referidas prerrogativas, recogidas en el artículo 210 del mismo cuerpo legal, no se encuentra la de suspender la ejecución de los contratos. La regulación legal de la figura de la suspensión ha quedado desplazada al ámbito de la modificación de los contratos, donde el artículo 220 del TRLCSP dispone que “Si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquella tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 216, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél”. La suspensión del contrato puede entenderse entonces como una manifestación específica de la facultad de la Administración de modificarlo unilateralmente sin que se vea afectado su objeto. Ante tal escenario, debemos concluir que para el TRLCSP la suspensión de un contrato

administrativo es un supuesto excepcional. No obstante, el artículo 72 de la LRJPAC permite la adopción de medidas “para la protección provisional de los intereses implicados”. En el presente caso, el interés protegido es la salud y el bienestar de los alumnos de la Escuela de Educación Infantil, por lo que la medida adoptada por la Administración, en su calidad de garante del interés público, se entiende adecuada.

En relación con el fondo del asunto, debemos indicar que, en caso de concurrir causa resolutoria, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato, si bien para ello se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa.

Con arreglo al marco legal anteriormente señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato el TRLCSP. Las causas de resolución previstas con carácter general para los contratos administrativos son las recogidas en el artículo 223 del TRLCSP. La cláusula vigésimo tercera del pliego de las administrativas particulares considera además causas de resolución las previstas en el artículo 308 del TRLCSP, relativas a los contratos de servicios.

El contratista pretende hacer valer la causa resolutoria contenida en el artículo 223.c) del TRLCSP, esto es, el “mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista”. En el escrito de alegaciones presentado manifiesta su conformidad con la resolución del contrato siempre que se realice de mutuo acuerdo y “no haya penalidades económicas para mi empresa”.

Por el contrario, la Administración considera en su propuesta de resolución que el contratista ha incumplido lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas, por lo que incurre en el motivo de resolución contemplado en la letra f) del artículo 223 del TRLCSP, esto es, el “incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”, y propone “la pérdida de la garantía constituida”.

De los documentos e informes obrantes en el expediente, resulta que la ejecución del contrato se inicia el 1 de septiembre de 2014. El propio

contratista relata que “los primeros días de empezar el servicio me llama la Directora para (...) ver las incidencias”. Los días 27 de octubre y 6 y 21 de noviembre de 2014 la Directora de la Escuela Infantil emite informes en los que señala que la calidad y la forma de preparación de los alimentos no son las adecuadas. En ellos pone de manifiesto que “se registran diariamente las incidencias, se avisa por teléfono de las quejas y aún así no hay ninguna mejora”.

A tenor de los referidos informes técnicos, “los purés de los bebés se presentan poco triturados y con trozos de carne./ Los segundos platos son de baja calidad, carne dura, pescados cocinados crudos, patatas duras y congeladas./ Las guarniciones se limitan a zanahorias congeladas./ Las cantidades sobre todo en los purés son escasas (...). La forma de cocción no es adecuada (...). Algunos de los recipientes que transportan la comida de plástico están en malas condiciones./ Los plátanos muchas veces demasiado maduros”. Insisten en que “el pescado viene con muchas espinas”. Señala que los envases no están “identificados y/o etiquetados” y describe situaciones puntuales, como que “algunas fabes (...) tienen cocos” o “patatas negras”. Se adjuntan fotografías que acreditan tales hechos. La Directora de la Escuela Infantil considera que “se han registrado incidencias que suponen un riesgo físico para los niños”. Además, las educadoras manifiestan al contratista -como él mismo señala- que “los niños van mucho al baño”.

La cláusula 9 del pliego de prescripciones técnicas dispone que “las legumbres serán de primera calidad (...). Las verduras y hortalizas serán de primera calidad, preferentemente frescas y de temporada (...). Los pescados serán de primera calidad y preferentemente frescos. Se servirán limpios, exentos de espinas, pieles, escamas y vísceras (...). Las carnes y los huevos serán de primera calidad. La carne debe ser magra, libre de aditivos y sin grasa visible. Debe servirse sin huesos ni tendones (...). La fruta será fresca y de temporada y de primera calidad. Se excluirán los frutos demasiado verdes o demasiado maduros o pasados (...). Se optará por ensaladas y/o verduras como guarnición en lugar de patatas fritas (...). No se incluirán alimentos cocinados

mediante fritura por inmersión ni alimentos precocinados (patatas congeladas o fritas embolsadas) (...). La cantidad de raciones se ajustará a la edad, evitando poner cantidades insuficientes o excesivas de alimentos (...). El puré, bien sea de bebé o del menú de los mayores, deberá venir completamente triturado, con una textura homogénea". Los informes suscritos por la Directora de la Escuela Infantil ponen de manifiesto un claro incumplimiento de esta cláusula por parte del contratista. Frente a ello, aquel se limita a señalar que no duda de las "espinas (y) cartílagos", y considera su retirada una obligación del personal de servicio de la propia empresa y de las educadoras; afirmación que no resulta admisible a la vista de lo dispuesto en la cláusula citada, que obliga expresamente a que los pescados se sirvan "exentos de espinas" y las carnes "sin huesos ni tendones". El contratista también manifiesta que el servicio que presta resulta adecuado para otros clientes, sin que ello aporte nada a este caso, pues lo que se está dirimiendo es la adecuación del servicio a un contrato concreto y determinado. Debe señalarse que los hechos descritos no son de carácter aislado o esporádico, sino que se producen de forma continuada en el tiempo, tal y como se desprende del contenido de las incidencias registradas diariamente por el personal de la Escuela de Educación Infantil. Por ello, estimamos acreditado el incumplimiento del contenido de la cláusula 9 del pliego de prescripciones técnicas.

Según la cláusula 10 del mismo pliego, "los recipientes que tengan fisuras, roturas o defectos que pueden representar un peligro para el alimento o para la persona no se utilizarán (...). Los contenedores, recipientes y envases serán preferentemente de acero inoxidable (...) y deberán estar perfectamente identificados y/o etiquetados que permitan conocer en todo momento su contenido". Los informes técnicos emitidos constatan que los recipientes utilizados son de "plástico", se encuentran "en malas condiciones" y no están "identificados". El contratista no niega estas circunstancias, por lo que resulta claro que el servicio prestado no se ajusta a lo dispuesto en este extremo por el pliego de prescripciones técnicas.



Ahora bien, la causa de resolución prevista en la letra f) del artículo 223 del TRLCSP exige que se trate de un “incumplimiento de las (...) obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”. Nos encontramos, pues, ante una primera dificultad para aplicar la grave consecuencia de la resolución del contrato, y es que en este caso no figura expresamente consignado, ni en los pliegos ni en el contrato, que lo dispuesto en las citadas cláusulas sea una obligación esencial cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la resolución contractual. En la regulación contenida en el artículo 111.g) del anterior Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no era necesario que la obligación incumplida hubiera sido calificada como esencial en los pliegos o en el contrato para que su incumplimiento pudiera ser causa de resolución. Sin embargo, en la vigente normativa de contratos aparece la obligación de otorgar tal calificación a las cláusulas cuyo incumplimiento lleve aparejada la resolución del contrato. No obstante, en atención a las desfavorables consecuencias que para el interés general se podrían derivar de una interpretación estricta de la norma que impidiese la resolución ante incumplimientos de obligaciones esenciales por el hecho de una defectuosa elaboración de los pliegos o del contrato, hemos de concluir la posibilidad de resolver en tales circunstancias. La citada falta de previsión no puede ser un obstáculo para que proceda la resolución por incumplimiento del contratista si el incumplimiento es grave y de naturaleza sustancial. Así sucede en el supuesto examinado, en el que la gravedad de los hechos descritos supone en realidad un incumplimiento del objeto mismo del contrato. Según la cláusula 3 del pliego de prescripciones técnicas, el objetivo de la contratación es “ofrecer un servicio de calidad adaptado a las necesidades de los niños/as entre 0 y tres años de edad, que cumpla con los requisitos establecidos para comedores escolares y según criterios que establece la Consejería de Sanidad en cuanto a la calidad de los alimentos en la elaboración de menús escolares y a personal especializado”. La acreditada deficiente calidad de los alimentos y de su forma de preparación y dispensación impide la prestación de un “servicio de



calidad”, habiéndose detectado incluso “incidencias que suponen un riesgo físico para los niños”, por lo que el interés público impone la necesidad de resolver el contrato por causas imputables al contratista.

A la vista de lo expuesto, no puede operar como causa resolutoria el “mutuo acuerdo” entre el contratista y la Administración invocado por aquel, puesto que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 224.4 del TRLCSP, la resolución por mutuo acuerdo “sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato”.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, este Consejo viene manteniendo reiteradamente que, en el régimen legal que resulta del artículo 225 del TRLCSP, la pérdida de la garantía se vincula al exacto resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración. En concreto, establece el apartado 3 del precepto citado que cuando “el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

No obstante, el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato dispone la incautación automática de la garantía en los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, lo que resulta acorde con lo establecido en el artículo 100 del TRLCSP, que en su epígrafe c) hace referencia a la “incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido”. En el supuesto analizado, la cláusula vigésimo tercera del pliego de las administrativas particulares dispone que “cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, se incautará la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios originados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía”. En consecuencia, como manifestación

de la voluntad contractual de las partes, procede ejecutar en sus propios términos la cláusula vigésimo tercera indicada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo del presente dictamen, procede la resolución, por incumplimiento del contratista, del contrato de servicio de catering para la Escuela Infantil (0 a 3) ....., curso 2014-2015, sometido a nuestra consulta, con los efectos anteriormente señalados.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE DE CARREÑO.