

Dictamen n^o: **51/11**
Consulta: **Alcalde de Miraflores de la Sierra**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **23.02.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 23 de febrero de 2011, sobre consulta formulada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Miraflores de la Sierra, cursada a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en relación con expediente sobre resolución del contrato de catering de la Escuela Infantil de Miraflores de la Sierra, suscrito con F.G.P., “P” (en adelante, la contratista), al amparo del artículo 13.1.f).4.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 8 de febrero de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior el día 3 del mismo mes, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Miraflores de la Sierra, firmada por su Alcalde Presidente, sobre expediente de resolución del contrato administrativo de servicios denominado “Catering para la Escuela Infantil de Miraflores de la Sierra”, suscrito con la mercantil referenciada.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 45/11, iniciándose el computo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34

apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, venciendo dicho plazo el día 15 de marzo de 2011.

Ha correspondido su ponencia a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 23 de febrero de 2011.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

Por resolución de 28 de julio de 2009, el Ayuntamiento de Miraflores de la Sierra, acuerda aprobar expediente de contratación mediante procedimiento abierto, oferta económicamente más ventajosa y varios criterios de adjudicación para el servicio de catering de la escuela infantil, y se aprueban los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que han de regir el contrato.

El 24 de noviembre de 2009 se adjudicó provisionalmente el contrato a la contratista indicada en el encabezado, que constituyó garantía definitiva por importe de 2.931 euros, el 28 de diciembre de 2009, y la adjudicación definitiva tuvo lugar por resolución de Alcaldía 31/10 de 1 de febrero de 2010, acordándose la prórroga del meritado contrato, durante el curso escolar 2010/2011, por resolución de Alcaldía 456/10 de 16 de julio de 2010. Dicha prórroga se formalizó mediante contrato administrativo el día 23 de julio de 2010.

Obra en el expediente administrativo el contrato de formalización de la prórroga, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el de Prescripciones Técnicas (en lo sucesivo PPT). A nuestros

efectos es de destacar del Pliego de Cláusulas Administrativas las siguientes cláusulas:

“6.- EJECUCION DEL CONTRATO

[...]

6.3. Cumplimiento de plazos, penalidades por demora y obligaciones esenciales del contrato.

6.3.2. Obligaciones esenciales

La negligencia en la prestación del servicio, la inobservancia de las instrucciones impartidas por el responsable del contrato o por el órgano de contratación, el descuido en general, el cumplimiento defectuoso del contrato, el retraso en el inicio de la prestación, la interrupción injustificada a juicio del Ayuntamiento y la no utilización de alimentos adecuados se consideran como incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista, facultando al ayuntamiento para la imposición de penalidades que, como regla general, su cuantía será un 1% del presupuesto del contrato, salvo que, motivadamente, el órgano de contratación estime que el incumplimiento es grave o muy grave, en cuyo caso podrá alcanzar hasta un 5% o hasta el máximo legal del 10%, respectivamente. La reiteración en el incumplimiento podrá tenerse en cuenta para valorar la gravedad. El Ayuntamiento podrá optar por resolver el contrato con pérdida de la garantía y abono de los daños y perjuicios que se hubieran causado.

[...]

6.5 Suspensión del servicio.

La Administración, por razones de interés público, podrá acordar la suspensión de la ejecución del contrato. Igualmente, procederá la

suspensión del contrato si se diese la circunstancia señalada en el artículo 200.5 de la LCSP. A efectos de la suspensión del contrato se estará a lo dispuesto en el artículo 203 de la LCSP, así como en los preceptos concordantes del RGLCAP.

[...]

8. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El contrato se extinguirá por su resolución, acordada por la concurrencia de alguna de las causas previstas en los artículos 206 y 284 de la LCSP, así como las siguientes:

- La pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración.

- El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente pliego sobre la subcontratación.

- La obstrucción a las facultades de dirección e inspección de la Administración.

- El incumplimiento de la obligación del contratista de guardar sigilo respecto de los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato y de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo.

- El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato. (en concreto, la establecida en la cláusula IV apartado 2 del pliego de prescripciones técnicas y cláusula 6.3.2. del presente pliego).

La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento tramitado

en la forma reglamentariamente establecida por el artículo 109 del RGLCAP.

En casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceden del importe de la garantía incautada. La determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar al contratista se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia al mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración.

Para la aplicación de las causas de resolución se estará a lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP y para sus efectos a lo dispuesto en los artículos 208 y 285 de la LCSP así como en el artículo 110 del RGLCAP.

A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la Administración contratante. (art. 277.4 LCSP) ”.

La cláusula IV (4) del pliego de prescripciones técnicas tiene por objeto regular las obligaciones de la empresa contratista. El apartado 2 dice:

*“La Empresa adjudicataria presentará en el Ayuntamiento una planificación mensual de los menús, con al menos 10 días de antelación al inicio del nuevo mes, en la que se especificará por menú la cantidad total de calorías y la proporción de hidratos de carbono, grasas, proteínas, vitaminas y minerales. Dicha planificación deberá contar con la aprobación de la Concejalía correspondiente. La adjudicataria está obligada a introducir las modificaciones que, en su caso, acuerde la citada Concejalía. Esta obligación tendrá la consideración de **obligación esencial***

del contrato a los efectos de lo previsto en el artículo 206 g) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”.

Se han incorporado al expediente múltiples partes de incidencia elaborados por la directora de la escuela infantil en los que se relatan las irregularidades detectadas.

En el parte correspondiente al día 24 de septiembre –fechado el 27- se da cuenta de una reunión mantenida el 23 de septiembre de 2010 entre el Ayuntamiento y los responsables del catering para tratar de las incidencias en el servicio de distribución de comidas en la escuela infantil (documento 6).

Se han emitido por la directora de la Escuela Infantil partes de incidencias ocurridas los días 24, 28 y 29 de septiembre de 2010; 4, 6, 7, 8, 11, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22 y 29 de octubre de 2010; 4, 8, 9, 10, 15, 18, 22 y 25 de noviembre de 2010; y 2, 9, 16 y 17 de diciembre de 2010, alguno de estos informes están documentados con fotografías. Destacan entre las deficiencias detectadas: escasez de los menús que se sirven a los alumnos, confusiones y falta de variedad en los menús de los niños alérgicos, insuficientes raciones de pan, o escasas guarniciones en los platos, entre otras. Asimismo, obran en el expediente e-mails dirigidos por la directora de la escuela a la contratista aludiendo a las incidencias diarias detectadas.

A la vista de las reiteradas quejas, el Alcalde de Miraflores de la Sierra, con fecha 20 de octubre de 2010, requiere a la contratista *“para que, de forma inmediata, solucione tales incidencias”* pues *“de conformidad con lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige el contrato actualmente en vigor, la cantidad de comida a proporcionar por cada menú debe ser suficiente para cada comensal y adecuada según su diferente franja de edad y características, debiendo igualmente los menús ser*

variados en función de la edad, de las alergias y de las diferentes culturas de los niños”, advirtiéndole de que “el incumplimiento culpable de las obligaciones esenciales del contrato puede dar lugar a la resolución del mismo, con incautación de la garantía definitiva y la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados” (documento 22).

La contratista cumplimenta el requerimiento por escrito presentado el 3 de noviembre de 2010 (documento 27) en el que expone que *“está cumpliendo escrupulosamente con lo pactado en el contrato suscrito con el Ayuntamiento y con lo estipulado por la Comunidad Autónoma de Madrid respecto de los menús”, que los menús llevan más cantidad de la pactada y recomendada y en cuanto a las raciones de pan “entregamos más raciones de las pedidas, haciéndose cargo esta empresa de los gastos que ocasiona esa demasía sin corresponderle”.*

En cuanto a los menús especiales la contratista manifiesta que su empresa sigue y cumple las recomendaciones de la Comunidad de Madrid, sin que haya confusión ni falta de variedad en los mismos, *“llevando diariamente los diferentes menús para niños alérgicos solicitados, y sustituyendo los platos que se le indican, mirando siempre por el bienestar y salud de los niños”.*

La contratista propone una revisión de los menús antes de entregarlos, por personal de la escuela o del Ayuntamiento quienes firmarían la conformidad o disconformidad con el pedido.

El Veterinario de Salud Pública de Distrito emite con fecha 27 de octubre de 2010 informe referente a la comida servida en la escuela infantil, donde entre otros extremos expone que *“De todas las incidencias mencionadas sólo las referidas a las temperaturas de los alimentos en el momento de apertura de los termos de transporte (inferior a los 65° C que exige la legislación) entran dentro del ámbito de la Higiene de los*

Alimentos. En el momento actual se pone de manifiesto que dichos problemas de temperatura han sido satisfactoriamente subsanados.

El resto de deficiencias señaladas, y que se repiten de forma sistemática, se refieren fundamentalmente, a cuestiones de Nutrición (cambios en los menús concertados, alimentos poco adecuados a la edad de los comensales, escasez de las raciones, -incluyendo falta de pan-).

Por esta razón, pasamos comunicación a la Sección de Promoción de la Salud para que informe oportunamente sobre calidad y cantidad de la dieta nutricional”.

Con fecha 4 de noviembre de 2010 tiene entrada en el Ayuntamiento de Miraflores de la Sierra escrito de la Dirección del Área Territorial de Madrid-Norte de la Consejería de Educación sobre las numerosas quejas recibidas por parte de diferentes agentes de la comunidad educativa y se da cuenta de que ante esta situación los servicios de la Inspección Educativa y de la Unidad de Programas de la Dirección elaboraron un informe en el que se evidencia “*un mal funcionamiento del servicio de comedor, principalmente en los siguientes aspectos:*

- *Raciones de comida muy escasas, en especial, faltan raciones de pan, y de postres, algunas veces.*
- *Menús con contenido y composición inadecuados: escasa o nula guarnición en los segundos platos y falta de adecuación en los platos preparados, sobre todo para los niños alérgicos.*
- *Falta de variedad en los menús que se sirven semanalmente”.*

Finaliza el escrito con la indicación al Ayuntamiento de que adopte cuanto antes las medidas que considere más eficaces para corregir esta situación exigiendo a la empresa que gestiona el comedor un servicio adecuado en cantidad y calidad de los alimentos servidos (documento 25).

Se ha remitido copia del escrito a la contratista de cuya recepción el 9 de noviembre de 2010 queda constancia en el expediente.

Por escrito registrado el 16 de noviembre de 2010 y notificado el día 19 del mismo mes, debido a la reacción alérgica sufrida por una alumna de la Escuela Infantil se requiere a la contratista para que aporte “Informe de la Composición” de los alimentos servidos en el menú el día 15 de noviembre de 2010 (documento 36).

La representación de la Asociación de Madres y Padres de Alumnos de la Escuela Infantil, presenta escrito en el Ayuntamiento de Miraflores de la Sierra solicitando una pronta solución a los continuos problemas del servicio de catering. Acompañan a la solicitud treinta y un escritos de queja de otros tantos padres de alumnos (documento 43).

Vistas las numerosas quejas recibidas sobre el servicio de catering de la Escuela Infantil municipal y por si los hechos referenciados fueran constitutivos de causa de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista, el Alcalde, por providencia de 13 de diciembre de 2010, solicita al Vicesecretario de la Corporación que emita informe sobre la legislación aplicable y del procedimiento a seguir para llevar a cabo, si resulta oportuno, la resolución del contrato, y la posibilidad de adoptar medidas provisionales para evitar la continuación de los hechos manifestados.

Con fecha 14 de diciembre de 2010, el Vicesecretario emite informe por el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, y que consisten básicamente, en la escasez en las raciones de comida, confusiones y falta de variedad en los menús para los niños alérgicos, falta de raciones de pan y ausencia o escasez en la guarnición de los platos. En dicho informe se referencia la normativa de aplicación y el procedimiento a seguir para la

resolución contractual, analizando la posibilidad de adoptar la medida provisional de interrupción de la prestación del servicio.

A la vista del informe anterior, por resolución de la Alcaldía de 17 de diciembre de 2010, se acuerda incoar el procedimiento para acordar, si procede, la resolución del contrato con incautación de la garantía definitiva y el resarcimiento de los daños y perjuicios, si los hubiera, y no fuese suficiente la citada garantía; dar audiencia al contratista y al avalista; u adoptar, al amparo del artículo 72.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la medida provisional de interrupción de la prestación del contrato de servicios de referencia a partir del día 23 de diciembre de 2010, para preservar la salud de los niños de la Escuela Infantil derivados de una mala o insuficiente alimentación.

El 17 de diciembre de 2010, se da traslado a la empresa contratista y a la entidad avalista, respectivamente, de la citada resolución, de cuya recepción queda constancia en el expediente, a efectos de cumplimentar el trámite de audiencia (documentos 47 y 48).

Por escrito registrado el 27 de diciembre de 2010, la mercantil contratista presentó alegaciones, en las que además de reiterar lo expuesto en anteriores comunicaciones, se opone a la resolución y a la interrupción de la prestación del servicio, al no existir incumplimiento de las obligaciones contractuales por esta parte, ni de la normativa, recomendaciones o guía sobre menús escolares. Adjunta al escrito copias de los menús correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2010 (documento 50).

A la vista de las alegaciones presentadas, por providencia de Alcaldía de 4 de enero de 2011, se dispone solicitar informe a la Dirección de la

Escuela Infantil, en su condición de responsable del servicio; y que por la Vicesecretaria Municipal se emita informe jurídico para determinar si jurídicamente existe incumplimiento y encuadrar el supuesto concreto, así como el procedimiento a seguir.

El informe emitido por la directora de la Escuela Infantil con fecha 10 de enero de 2011, vuelve a insistir en las irregularidades detalladas en la documentación obrante en el expediente y destaca que *“A pesar de los escritos presentados y de la celebración de múltiples reuniones con la empresa de catering, las citadas irregularidades no se corrigieron, ni en el curso anterior ni en el actual. Es por ello, por lo que esta Dirección se ratifica en todo lo manifestado en los escritos y en los e-mails remitidos, que se adjuntan en este escrito, tanto a la citada empresa como a las instituciones referidas”* (documento 24).

Se acuerda con fecha 10 de enero de 2011 requerir informe preceptivo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: *“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y*

modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”.

Por remisión, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) –aplicable a este contrato en virtud de la fecha de adjudicación- dispone en su artículo 195.3 que “ (...) *será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución [de los contratos], cuando se formule oposición por parte del contratista”.*

La solicitud de dictamen por el Ayuntamiento de Miraflores de la Sierra se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (“*Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local*”), en relación con el Decreto 77/2008, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el número y denominación de las Consejerías.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 195 y 206 de la LCSP, el artículo 109 del 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 (RGCAP) y, tratándose de entidades locales, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).

De la meritada normativa resulta, aparte de la necesidad de emisión de dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que debe

ser recabado con anterioridad a la adopción del acuerdo de resolución del contrato, la ineludible necesidad de dar audiencia al contratista (*cfr.* artículos 195.1 de la LCSP y 114.2 del TRRL) y al avalista si, como en este caso, se propone la incautación de la garantía (artículo 109.1.b) del RGCAP). En nuestro caso, se ha observado dicho trámite, al haberse concedido trámite de audiencia a la empresa contratista mediante comunicación de fecha 17 de diciembre de 2010, y formulando ésta sus alegaciones por escrito presentado el 27 de diciembre, formulando oposición a la resolución y negando que se hayan producido los incumplimientos invocados por la Administración.

Del mismo modo, se ha cumplimentado el referido trámite en relación a la entidad avalista, mediante escrito de 17 de diciembre de 2010, recibido el 21 de diciembre, sin que conste en el expediente que se hayan emitido alegaciones por su parte.

En materia de resolución de contratos, se preceptúan como necesarios, asimismo, los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (*vid.* artículo 114.3 del TRRL). En el caso examinado, obra incorporado como documento número 55 del expediente, el informe jurídico emitido por la Vicesecretaría del Ayuntamiento el 10 de enero de 2011, acerca de la procedencia de la decisión de resolver el contrato, así como el procedimiento a seguir para acordarla.

No consta, sin embargo, haberse emitido informe por parte de la Intervención municipal, cuya exigencia sí parece desprenderse del citado artículo 114.3 del TRRL, conforme al cual *“Los acuerdos que, previo informe de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, dicte el órgano competente, en cuanto a la interpretación, modificación y resolución de los contratos, serán inmediatamente ejecutivos”*.

En todo caso, la omisión de este trámite, como ha establecido este Consejo en dictámenes anteriores (verbigracia Dictámenes 239/09, de 6 de mayo de 2009, 393/09, de 8 de julio de 2009, y 453/09, de 23 de septiembre de 2009) se considera una mera irregularidad no invalidante del procedimiento, determinante de anulabilidad por mor de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, susceptible de subsanación.

TERCERA.- Antes de examinar las concretas causas de resolución que invoca el Ayuntamiento, es preciso abordar la cuestión del plazo para la resolución del procedimiento.

Respecto al plazo en que la Administración tiene que resolver los expedientes de resolución de contratos, ya acogimos en nuestro Dictamen 270/09, de 20 de mayo de 2009 la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentada en la Sentencias de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) en las que ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC, de forma que si no se resuelve en un plazo de tres meses habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado ex artículo 44.2 de la LRJ-PAC.

Dispone la Sentencia de 13 de marzo de 2008, anteriormente citada, sobre la aplicación supletoria de la LRJ-PAC: *«Se cumplen con toda evidencia los requisitos que a primera vista, desde la sola literalidad de las normas, son necesarios para poder aplicar con carácter supletorio a los procedimientos de resolución de contratos las de la Ley 30/1992 referidas a la caducidad de los procedimientos. No es sólo que la Disposición adicional séptima de la Ley 13/1995, cuyo epígrafe era el de "Normas de procedimiento", ordenara que a los "procedimientos en materia de contratación administrativa" se les aplicara supletoriamente esa Ley 30/1992 (aplicación supletoria ordenada luego, reiterada, en la*

Disposición adicional séptima del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; y también en la Disposición final octava, número 1, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). Es, además, que la Ley 30/1992 regula los efectos de la inactividad en los procedimientos iniciados de oficio con vocación de generalidad, de aplicación en principio a todos ellos; y que con igual vocación dispone que la consecuencia ligada a esa inactividad en los procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables es la de que "se producirá la caducidad". Y es, en fin, que las normas que la Sala de instancia aplicó, las mismas que se consideran infringidas en el motivo de casación y las otras que en éste se citan al transcribir aquellos Dictámenes, nada disponían en ningún sentido al regular el procedimiento de resolución de los contratos administrativos sobre los efectos que hubieran de ligarse a la inactividad o falta de resolución expresa y notificación de la misma dentro del plazo máximo para hacerlo; bastando para percibirlo con la sola lectura de los artículos 60 y 113 de la Ley 13/1995, 26 del Real Decreto 390/1996 y 274 del Reglamento General de Contratación del Estado del año 1975 (éste seguramente citado por error); o la del último párrafo del artículo 157 de este último; o, después, la del artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre».

En segundo lugar, no existe incompatibilidad de la caducidad con los principios de la contratación pública, ya que: «Aquella idea deslizada en el motivo de casación y no desarrollada, referida a una hipotética incompatibilidad entre la caducidad del procedimiento prevista en la Ley 30/1992 y los principios generales que inspiran la materia de la contratación administrativa, no se percibe en lo que ahora nos importa, esto es, en lo que hace a los procedimientos de resolución de dichos contratos

y menos aún, en los que la causa de resolución sea, como en el caso de autos, la de la imputación al contratista de un incumplimiento culpable. La previsión de la caducidad del procedimiento persigue evitar situaciones de incertidumbre jurídica que se prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada, sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión es una causa, como aquélla, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución. En la misma línea, tampoco habla a favor de aquella incompatibilidad la norma según la cual "todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente", que recogió el inciso final del último párrafo del artículo 157 del Reglamento de 1975 y luego el artículo 109.2 del Reglamento de 2001. A su vez, la mayor o menor complejidad de un tipo concreto de procedimientos no demanda de suyo la exclusión del instituto de la caducidad, sino la fijación en la norma oportuna (artículo 42.2 de la Ley 30/1992) del plazo máximo, adecuado a aquella complejidad, en que haya de notificarse la resolución expresa que ponga fin a ese tipo de procedimientos».

Aplicando las anteriores consideraciones al caso sometido a dictamen, la consecuencia que se desprende es la de que el presente expediente no está caducado ya que el Acuerdo por el que se procede a la incoación del expediente de resolución contractual data de 17 de diciembre de 2010, pero se advierte al órgano de contratación del escaso tiempo que resta para la finalización del plazo de tres meses, dado que no se ha hecho uso de la facultad de suspensión del plazo para la emisión del preceptivo dictamen de este Consejo, como permite el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC.

CUARTA.- Llegados a este punto procede analizar los alegados incumplimientos contractuales en que ha incurrido la contratista, y que determinan la necesidad, a juicio del Ayuntamiento, de resolver el contrato.

Previamente es preciso indicar que la resolución de los contratos administrativos queda sujeta a la concurrencia de alguna de las causas previstas con carácter general para todos los contratos administrativos en el artículo 206 de la LCSP que, en sus apartados h) e i) remite, respectivamente, a las causas que se establezcan expresamente en el contrato y a las que se especifiquen para cada categoría de contrato en la propia ley, en este caso, en el artículo 284 de la LCSP.

La Corporación local pretende la resolución del contrato del servicio de catering de la escuela infantil al amparo de la causa contemplada en el apartado g) del mencionado artículo 206, que dispone: “*Son causas de resolución del contrato (...): g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*”, invocando una muy deficiente prestación del servicio que constituye el objeto del contrato, consistiendo básicamente en la escasez de las raciones de comida, confusión en los menús, falta de variedad de los mismos para los niños alérgicos, falta de raciones de pan y ausencia o escasez en la guarnición de los platos.

La cláusula 6.3.2. del PCAP -a la que se remite la cláusula 8, relativa a la resolución del contrato- establece cuáles son las obligaciones contractuales esenciales que facultan para la resolución, a saber: “*La negligencia en la prestación del servicio, la inobservancia de las instrucciones impartidas por el responsable del contrato o por el órgano de contratación, el descuido en general, el cumplimiento defectuoso del contrato, el retraso en el inicio de la prestación, la interrupción injustificada a juicio del Ayuntamiento y la no utilización de alimentos*

adecuados se consideran como incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista”.

A la vista de los términos de la citada cláusula, procede examinar si los incumplimientos invocados en el caso que nos ocupa son subsumibles en alguno de los genéricos incumplimientos que en ella se prevén, anticipando ya una respuesta afirmativa. En efecto, es reiterada la deficiencia consistente en la insuficiencia de cantidad de las raciones (lo que resulta acreditado con fotografías de las raciones de comida) y ello supondría un incumplimiento de lo previsto en la cláusula 3 del PPTP -que forma parte integrante del contrato- según la cual *“la cantidad de comida a proporcionar por cada menú debe ser suficiente para cada comensal y adecuada según su diferente franja de edad y características”*, y, a su vez, es subsumible en la consideración de “cumplimiento defectuoso del contrato” a que se refiere la cláusula 6.3.2 del PCAP.

Asimismo, se denuncia frecuentemente la falta de variedad del primer plato para los alumnos con alergia al huevo (así sucede en gran número de los partes de incidencia incorporados al expediente), o la reiteración de la manzana como postre en tres días de la misma semana (documento 37), en tanto que la cláusula 3 del PPTP establece que *“los menús responderán a los principios de una dieta sana, variada y equilibrada”*, lo que igualmente constituye un defectuoso cumplimiento del contrato.

Por otra parte, algunas otras deficiencias como la sustitución de uno de los platos previstos en el menú por pinchos morunos adobados (documento 9), el suministro de costillas de cerdo adobadas para niños de 1-2 años, el pescado rebozado especiado como segundo plato del menú de dieta (documento 20) son supuestos de “no utilización de alimentos adecuados” para la edad de los comensales, al que se alude en la meritada cláusula 6.3.2 del PCAP y, en consecuencia, de incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales.

En el PPTP se estipula que de, forma general, los menús a suministrar deben constar de primer plato, segundo plato, postre (fruta o lácteo), agua mineral (cantidad diaria) y pan. Sin embargo, son reiteradas las faltas de agua mineral –según consta en el documento 33, desde que se comenzó la prestación del servicio por la contratista no se ha recibido agua mineral, asumiendo ese coste la escuela infantil y, por tanto, el Ayuntamiento–, constantes las faltas de raciones de pan (incidencia que se manifiesta casi a diario), falta de yogures (documentos 6 y 7) lo que constituye otro caso de “cumplimiento defectuoso del contrato”.

A la misma conclusión se llega en relación a la falta o insuficiencia de guarnición o de salsas del segundo plato, deficiencia advertida en los documentos 12, 15, 18, 19, 21, 23, 29, 31, entre otros; o la confusión en los menús que se indica en los documentos 13 y 30.

En definitiva, de lo expuesto resulta meridianamente claro y no requiere de mayores elucubraciones interpretativas que los incumplimientos alegados lo son de las prestaciones esenciales del contrato previstas en la tantas veces citada cláusula 6.3.2 del PCAP.

Además, de la documentación obrante en el expediente resulta que los incumplimientos, lejos de ser puntuales u ocasionales, son reiterados en el tiempo y de entidad suficiente como para permitir al Ayuntamiento hacer uso de su facultad de resolución, sin que el motivo de la resolución haya quedado desmentido por la mera alegación de la contratista de que los incumplimientos no se producen, alegación únicamente acompañada de los menús mensuales correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2010 que, de ningún modo, son suficientes para desvirtuar las pruebas obrantes en el expediente de que los incumplimientos han acontecido.

Quedando, pues, acreditado que concurre causa para la resolución por incumplimiento culpable de la contratista, ha de estarse a lo previsto en las cláusulas 6 y 8 del PCAP. Con arreglo a la primera de ellas: *“El Ayuntamiento podrá optar por resolver el contrato con pérdida de la garantía y abono de los daños y perjuicios que se hubieran causado.”*, estableciendo la segunda que: *“En casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceden del importe de la garantía incautada. La determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar al contratista se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia al mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración.”*

Es preciso recordar que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 208.5 de la LCSP *“en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*.

Además, si estimase el Ayuntamiento que se le ha irrogado un perjuicio a resultas del incumplimiento contractual, podrá tramitar un procedimiento para exigir indemnización de daños y perjuicios en lo que exceda de la garantía incautada, con audiencia, en todo caso, a la contratista.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El procedimiento seguido para la resolución del contrato adolece de un defecto subsanable consistente en la ausencia de Informe de la Intervención de la Corporación.

SEGUNDA.- Concorre causa suficiente y debidamente acreditada para la resolución, por parte de la Administración Local, del contrato de catering de la escuela infantil, con incautación de la garantía constituida, por incumplimiento por el contratista de las obligaciones esenciales del contrato.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto y saber entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 23 de febrero de 2011