

En Logroño, a 23 de diciembre de 2016, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José María Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

47/16

Correspondiente a la consulta formulada por la Ilma. Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Logroño, a través del Excmo. Sr. Consejero de Fomento y Política Territorial del Gobierno de La Rioja, sobre la *Propuesta del Ayuntamiento de Logroño, para la resolución del contrato de prestación del Servicio de ayuda a domicilio, Lote IV, "Comidas a domicilio", celebrado entre dicho Ayuntamiento y la empresa S.S.A, por incumplimiento imputado a ésta y con oposición de la misma.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Previo el oportuno procedimiento administrativo y tras la adjudicación acordada por la Junta de Gobierno Local (JGL) el 25 de noviembre de 2015 (fols.493-495), se firmó, el **2 de diciembre de 2015, un contrato**, entre el Ayuntamiento de Logroño y la mercantil S.S.A. (fols. 702-708), en virtud del cual esta última se comprometía a la prestación del servicio de ayuda a domicilio (Lote IV), con entera sujeción al *Pliego de prescripciones técnicas* (PPT), aprobado por la Corporación municipal (fols.766-791), así como al *Pliego de cláusulas administrativas particulares* (PCAP, fols.720-765).

En el citado contrato, se pactaba un plazo de duración de tres años, a contar desde la fecha del Acta de inicio de la prestación de los servicios, y se establecía que serían causas de resolución las previstas en los arts. 223 y 308 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (LCSP'11).

Segundo

Constan en el expediente los siguientes **informes sobre incumplimientos** imputados a la empresa contratista en la prestación contractual del expresado Servicio de comidas a domicilio:

1. Informe de 14 de enero de 2016.

En el informe de 14 de enero de 2016, se hace constar lo siguiente:

“El pasado 14 de diciembre de 2015, comenzó a prestar el servicio de comidas a domicilio la empresa S, recogándose las primeras quejas en los días siguientes.

Durante la semana del 21 de diciembre, se reciben varias llamadas relacionadas con la calidad y cantidad del servicio y con la presencia de siete barquetas hinchadas, que son requeridas para su análisis por laboratorio especializado.

El lunes 28, se mantiene una reunión con la empresa S. y, al comunicar el estado de esas siete barquetas, informan que puede ser debido al proceso térmico de abatimiento utilizado en su línea fría con envasado en atmósfera modificada.

Este proceso difiere del requerido en el Pliego de Proceso térmico de Pasteurización. (“1.- Objeto del contrato. Condiciones específicas del servicio de comidas, condición b). El 30 de diciembre, se les requiere, vía correo electrónico y mediante carta certificada, para que, con carácter inmediato, procedan al suministro de las comidas conforme a las exigencias del Pliego.

El viernes 8 de enero, la empresa comunica que, hasta el lunes 18, no comenzarán a servir el producto pasteurizado.

Por todo lo expuesto, se considera que la empresa S. está realizando una prestación defectuosa del Servicio de comidas a domicilio y que está incumpliendo el requerimiento municipal de servir, con carácter inmediato, el producto pasteurizado, como marca el Pliego de condiciones, se propone la imposición de penalidades, considerando que su actuación debe ser tipificada como muy grave, proponiéndose una sanción de 16.000 euros”.

2. Informe de 20 de enero de 2016, del Laboratorio regional de la CAR.

Consta, a continuación, un informe, de 20 de enero de 2016 (fols.1034-1036) relativo al resultado de los análisis realizados por el Laboratorio regional de la Comunidad Autónoma de La Rioja (CAR) a cuatro muestras de comida preparada que usuarios del Servicio remitieron al comprobar que los envases presentaban abombamiento.

En dicho informe, se indica que, finalizado el análisis microbiológico, se observa que todas las muestras presentan un elevado contenido de microorganismos con respecto a criterios higiénicos utilizados como referencia para este tipo de alimentos. En tres de las

cuatro muestras, se detecta la presencia de *listeria monocytogenes* y, en dos, la concentración de este microorganismo es muy superior a la permitida en la legislación.

3. Informe de 11 de febrero de 2016.

En informe de 11 de febrero de 2016 (fol.1038), el Adjunto responsable de familia e igualdad de oportunidades del Ayuntamiento de Logroño indica lo siguiente:

“Debido al elevado número de quejas y renuncias al Servicio de comidas a domicilio, se han registrado, a fecha de hoy, 19 renuncias, el contrato se inició con 124, motivadas, según los usuarios, por la escasa calidad y cantidad de alimentos, y por repetir alimentos con excesiva frecuencia. Indican los usuarios que algunos platos se presentan muy poco cocidos y que el tipo de carne servida son trozos pequeños y cuadrados de una masa de carne picada y cortada, de escaso sabor.

Desde la Unidad y dentro del seguimiento que se hace del contrato, se ha podido apreciar, por las muestras remitidas, que la presentación, aspecto, textura, color y sabor de los mismos distan de resultar apetecibles, pudiendo concluir que el servicio se está prestando con escasa calidad de los alimentos, entendida ésta como el conjunto de cualidades que hacen aceptables los alimentos a los consumidores y les satisfacen sus necesidades.

Este Servicio atiende a una población muy vulnerable, personas mayores solas o matrimonios sin capacidad funcional para realizar todas las tareas relacionadas con la compra y elaboración de comidas o para trasladarse diariamente a comer fuera de su domicilio. Para estas personas, el servicio de comidas a domicilio municipal supone asegurarse una adecuada alimentación, evitando riesgos en su salud y garantizando la permanencia en su domicilio el mayor tiempo posible.

Por lo expuesto, se considera que la empresa S. está realizando una prestación que afecta desfavorablemente al servicio, por lo que se propone la imposición de penalidades, considerando que su actuación debe ser tipificada como grave, proponiéndose una sanción de 10.000 euros.

Tercero

Mediante **Acuerdo de 24 de febrero de 2016**, de la Junta de Gobierno Local, notificado a la empresa contratista mediante correo certificado con acuse de recibo el 29 de febrero de 2016 (fols.1041-1044), se inicia el procedimiento para la imposición a dicha empresa, si procede, de las penalidades especiales establecidas en la cláusula 12 del PPT, concediendo a la misma un plazo de 10 días para formular alegaciones.

Las deficiencias consideradas son las siguientes: i) incumplimiento del sometimiento de la comida a un proceso térmico de pasteurización; ii) presencia en la comida de una alta concentración de *listeria monocytogenes*; y iii) escasa calidad y cantidad de los alimentos, que han dado lugar a quejas y bajas del servicio por parte de usuarios del mismo.

El Acuerdo reputa *grave* la infracción cometida y propone la imposición de una penalidad de 10.000 euros a la empresa.

Cuarto

Mediante correo electrónico de fecha 1 de marzo, la contratista solicita copia del expediente administrativo a fin de poder evacuar el trámite de alegaciones concedido (fol.1047), que se le remite, por la misma vía, el propio día 1 de marzo (fol.1048).

Consta, a continuación, un **escrito de la contratista**, remitido por correo certificado el día 7 de marzo (fols.1049-1209), en el que, respecto a las deficiencias que se le atribuyen, indica lo siguiente:

1. Sobre el incumplimiento del sometimiento de la comida a un proceso térmico de pasteurización:

-No podemos sino reconocer el error inicial en la ejecución de la prestación. No obstante lo anterior, desde el momento en que, con fecha 30 de diciembre de 2015, se notificó a mi representada dicha circunstancia, puso en marcha todos los recursos personales y materiales necesarios para que, en un plazo no superior a tres semanas, todos los platos quedaran sometidos al proceso térmico de pasteurización.

-Asimismo, el proceso de elaboración y los envíos en transporte refrigerado hasta el almacén de distribución, ubicado en Agoncillo, han sido auditados con resultado satisfactorio en ambos casos.

-Es por todo ello que consideramos procedente solicitar una ponderación de dicha sanción.

2. Sobre la presencia en la comida de una alta concentración de listeria monocytogenes.

-Las barquetas de bacalao a la riojana, de entre las cuales una ha resultado afectada por la bacteria, llegaron a Logroño el día 21 de diciembre de 2015, y se repartieron en los distintos hogares durante los días 22, 23 y 24 de diciembre.

-El consumo previsto, según el menú establecido, era para el día 28 de diciembre de 2015. Por lo tanto, desde la fecha de su entrega en el domicilio y hasta el registro por el laboratorio de análisis el día 30 de diciembre o incluso desde el registro de la muestra hasta el inicio del análisis el 4 de enero de 2016, existe un amplio espacio temporal durante el cual no se tiene constancia de la conservación del producto en refrigeración <4°C según las instrucciones de conservación del etiquetado.

-No es posible imputar a S. el resultado atípicamente elevado de los análisis practicados a instancias de esta Administración, cuando (no) se conocen las condiciones en las que se mantuvo la muestra hasta que se entregó al laboratorio.

3. Sobre la escasa calidad y cantidad de los alimentos que ha dado lugar a numerosas quejas y bajas del servicio por parte de los usuarios del mismo.

-El equipo titulado del Área de Nutrición de S. revisa y valora los menús, con el objetivo de adecuarse a las recomendaciones adaptadas a los usuarios de Servicio de Atención domiciliaria.

-Centrándonos en las ingestas suministradas a los usuarios del SAD Logroño, comidas y cenas, y valorándolas nutricionalmente en una semana de menú, los aportes energéticos correspondientes a dichas ingestas son los que a continuación se indican: 806,69 Kcal y 790,65 Kcal.

-El menú valorado aporta una energía suficiente, una media de 807 Kcal en las comidas y 791 Kcal en las cenas.

-El aporte energético del menú total suministrado por S. supone una media de 1600 Kcal, teniéndose que complementar con desayunos y meriendas por parte del usuario y alcanzando así la media de 2000 kcal diarias recomendadas por la OMS en personas mayores.

En base a ello, la contratista concluye que está dispuesta a asumir, por la primera de las infracciones, una penalidad por importe de 8.001 euros, y, por la tercera, una cantidad no superior a 5.000 euros, al considerarla como un incumplimiento leve; pero sin admitir responsabilidad alguna por la segunda de las deficiencias que se le atribuyen.

Quinto

Consta, a continuación, en el expediente, un **informe, de 11 de abril de 2016** (fols. 1210-1213), de la Dirección General de Contratación del Ayuntamiento de Logroño, (solicitado como consecuencia de la Moción aprobada por el Pleno de dicho Ayuntamiento en sesión de 3 de marzo de 2016), así como otro informe, de 13 de mayo de 2016 (fol. 1214 y 1214 vto.), de dos Profesoras titulares del Área de Tecnología de los Alimentos de la Universidad de La Rioja (solicitado por el Adjunto responsable de Familia y Política Social del Ayuntamiento de Logroño), que confirma: i) que los datos obtenidos por el Laboratorio Regional de la CAR en las barquetas, son preocupantes, pues aparecen recuentos elevados de microorganismos mesófilos y enterobacterias, así como estafilococos coagulosa; y ii) que resulta especialmente llamativa la presencia, tanto en el bacalao a la riojana, como en el champiñón salteado, de recuentos de la bacteria patógena *listeria monocytogenes*.

Esta última bacteria, según estos informes, estaba presente en el producto de origen por dos motivos: i) la utilización del abatidor de temperatura únicamente ralentiza su metabolismo, pero no la elimina; y ii) al estar los envases alterados herméticamente cerrados, no existe posibilidad de contaminación posterior a la elaboración.

No obstante se indica en el citado informe que: *“existe un cierto retraso en la tramitación del problema. Las barquetas se repartieron a los domicilios entre los días 22, 23 y 24 de diciembre de 2015, las muestras llegaron al Laboratorio el 30 de diciembre y no fueron analizadas hasta el día 4 de enero de 2016. Posiblemente, las festividades navideñas fueran la causa de este retraso en el análisis pero, cuando se trata de crecimiento bacteriano, 10 días pueden ser tiempo suficiente para incrementar los recuentos iniciales”*.

Sexto

Consta, a continuación, un **informe, de 18 de mayo de 2016** (fols.1215-1218), del Adjunto responsable de Familia e Igualdad de Oportunidades y del Director General de Política Social, ambos del Ayuntamiento de Logroño, en el que se contesta a las alegaciones presentadas en su día por la empresa S. S.A, y cuyas conclusiones (fol.1218) son las siguientes:

-Desestimar las alegaciones planteadas al primer incumplimiento, sometimiento de la comida a un proceso térmico de pasteurización, y confirmar la sanción propuesta de 14.000 euros.

-Desestimar las alegaciones planteadas al segundo incumplimiento, Presencia en la comida de una alta concentración de listeria monocytógenes, recalificando el carácter del incumplimiento pasando de grave a muy grave, proponiendo una sanción de 18.000 euros realizándose al efecto los trámites legales oportunos.

-Estimar parcialmente las alegaciones planteadas al tercero de los incumplimientos, Escasa calidad y cantidad de los alimentos que han dado lugar a diversas quejas por parte de los usuarios y proponer una sanción grave en su grado mínimo de 8.000 euros.

Séptimo

Tras el citado informe, consta en el expediente un **Acuerdo, de 24 de mayo de 2016**, de la Junta de Gobierno Local (fols.1219-1220), por el que se decide:

-Estimar parcialmente, por los motivos señalados en el expositivo quinto del presente Acuerdo, las alegaciones presentadas por la empresa S. S.A. relativas a la escasa calidad y cantidad de los alimentos que ha dado lugar a numerosas quejas y bajas del servicio por parte de los usuarios del mismo, declarando el siguiente incumplimiento contractual parcial, e imponiendo a la citada mercantil la penalidad en su grado mínimo. El citado incumplimiento contractual se describe como “escasa cantidad de los alimentos, que ha dado lugar a numerosas quejas y bajas del servicio por parte de los usuarios del mismo”. Este incumplimiento se considera una infracción consistente en la “prestación defectuosa o irregular del servicio con incumplimiento de las condiciones establecidas sin causa justificada”, según la cláusula 12ª PPT. Esta infracción se tipifica como grave; y se impone por la misma una penalidad de 10.000 euros. El Acuerdo aclara que: “el importe de la penalidad especial impuesta en el dispositivo primero se hará efectivo mediante compensación con el importe que en concepto de precio del contrato deba percibir el adjudicatario”.

Octavo

1. Tras el citado Acuerdo, consta, en el expediente, otro **Acuerdo, de 24 de mayo de 2016**, también de la Junta de Gobierno Local (fols. 1234-1236), por el que se decide:

-Desestimar, por los motivos señalados en el expositivo quinto del presente Acuerdo, las alegaciones presentadas por la empresa S. S.A. relativas a la presencia en la comida de una alta concentración de listeria monocytógenes.

*-Recalificar la citada infracción, a la vista de las consideraciones señaladas en el informe referido en el expositivo quinto, declarando su tipificación como incumplimiento contractual parcial **muy grave**, y proponiendo la imposición a la citada mercantil de la penalidad a continuación señalada. El citado incumplimiento contractual se describe como: “cumplimiento defectuoso del contrato caracterizado por la presencia en la comida de una alta concentración de listeria monocytogenes de conformidad con lo recogido en la parte expositiva de este Acuerdo”. El Acuerdo considera como preceptos infringidos el art. 212 del LCSP’11 y las cláusulas 16ª.2, b) PCAP y 12 PPT. Como hemos señalado, esta infracción se tipifica como *muy grave*; y se impone por la misma una penalidad de 18.000 euros.*

-Iniciar el procedimiento para la imposición a la empresa S. S.A. si procede, de la penalidad especial establecida en las cláusulas 16ª.2,b) PCPA y 12ª PPT... y concretada en el dispositivo segundo del presente Acuerdo.

-Conceder a la empresa S. S.A, un plazo máximo de diez días hábiles, para que alegue y presente los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

-Suspender, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42.5 LPAC’92, el transcurso del plazo máximo legal para resolver, hasta que transcurran los plazos habilitados para la audiencia a la adjudicataria del servicio y se haya realizado, en su caso, las pruebas técnicas o análisis contradictorios propuestos por aquélla.

2. Asimismo, consta en el expediente otro **Acuerdo, de 24 de mayo de 2016**, de la Junta de Gobierno Local (fols. 1251-1254), por el que se decide:

*-Desestimar, por los motivos señalados en el expositivo quinto del presente Acuerdo, las alegaciones presentadas por la empresa S. S.A. **relativas al sometimiento de la comida a un proceso térmico de pasteurización**, declarando el siguiente incumplimiento contractual parcial, e imponiendo a la citada mercantil la penalidad que a continuación se detalla, en atención al perjuicio causado a los intereses municipales. El citado incumplimiento contractual se describe como: “prestación defectuosa o irregular del servicio con Incumplimiento de las condiciones establecidas sin causa justificada”. El Acuerdo considera como precepto infringido la cláusula 12 PPT. Esta infracción se tipifica como **grave** y se impone por la misma una penalidad de 14.000 euros. Además, se acuerda que “el importe de la penalidad especial impuesta en el dispositivo primero se hará efectivo mediante compensación con el importe que en concepto de precio del contrato, deba percibir el adjudicatario”.*

Noveno

Figura, a continuación, en el expediente (fols. 1259-1271), un **escrito de alegaciones** de la empresa contratista (en cumplimiento del trámite concedido en la notificación del Acuerdo de 24 de mayo de 2016, de la JGL, referido en el Antecedente Octavo del asunto), por el que solicita (fol. 1271 vto.) que la Administración municipal contratante:

-Declare que el procedimiento de toma de muestras no se ha realizado conforme a Derecho y, en consecuencia, revoque y deje sin efecto la totalidad de las actuaciones.

-Subsidiariamente a lo anterior, declare no haber lugar a exacción de responsabilidad alguna a cargo de mi representada y proceda al archivo de las actuaciones sin imposición de penalidad.

-Subsidiariamente a lo expuesto en los dos puntos anteriores, acuerde no haber lugar a recalificar como muy grave el incumplimiento que se imputa.

Décimo

Tras las alegaciones y el informe sobre las mismas (fols. 1272-1276 vto.) consta en el expediente un **Acuerdo, de 10 de octubre de 2016**, de la Junta de Gobierno Local (fols.1277-1282 vto.), por el que se decide:

-“Levantar la suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver, una vez transcurridos los plazos habilitados para la audiencia a la adjudicataria del servicio, recibidas las correspondientes alegaciones y emitidos los informes técnicos pertinentes.

*-Desestimar, por los motivos señalados en el expositivo siete del presente Acuerdo, las alegaciones presentadas por la empresa **relativas a la presencia en la comida de una alta concentración de listeria monocytogenes**, declarando el siguiente incumplimiento contractual parcial, e imponiendo a la citada mercantil la penalidad que a continuación se detalla, en atención al perjuicio causado a los intereses municipales”: El citado incumplimiento contractual se describe como: “cumplimiento defectuoso del contrato caracterizado por la presencia en la comida de una alta concentración de listeria monocytogenes, de conformidad con lo recogido en la parte expositiva de este Acuerdo”. El Acuerdo considera como precepto infringido la cláusula 12 PPT. Esta infracción se tipifica como muy grave y se impone por la misma una penalidad de 18.000 euros. Además, se acuerda que “el importe de la penalidad especial impuesta en el dispositivo segundo se hará efectivo mediante compensación con el importe que en concepto de precio del contrato, deba percibir el adjudicatario”.*

Décimo primero

El expediente (fols. 1312-1317) recoge, igualmente, un **informe técnico, de 10 de octubre de 2016**, sobre evaluación de las alegaciones presentadas por la empresa contratista, emitido por el Departamento de Seguridad Alimentaria y Microbiológica del Centro Nacional de Tecnología y Seguridad Alimentaria (CNTA), encargado por el Ayuntamiento de Logroño y al que se refiere el Acuerdo municipal referido en el Antecedente Décimo del asunto, cuyas conclusiones (fols. 1316 vto. y 1317) son las siguientes:

“Con los datos aportados por la empresa, no hay evidencia de que estén cumpliendo los criterios de seguridad alimentaria establecidos en el Régimen Europeo 2073/2005 y, por tanto, cumpliendo con su responsabilidad de poner alimentos seguros en el mercado y de garantizar su seguridad a lo largo de toda la vida útil, ya que:

-Si se consideran alimentos para usos médicos: i) en ninguno de los casos presentados, se han tomado 10 muestras; y ii) ninguna de las analíticas se ha hecho a fin de vida útil de producto, con lo que no hay evidencias de que el producto llegue a fin de vida útil cumpliendo el criterio legal.

-Si se consideran alimentos para población en general: i) al igual que en el supuesto anterior, ninguna de las analíticas se ha hecho a fin de vida útil de producto con lo que no hay evidencias de que el producto llegue a fin de vida útil cumpliendo el criterio legal; y ii) en el periodo presentado de las comidas servidas a los usuarios del SAD, sólo en el caso de los “contramuslos de pollo fecha elaboración 20/11/2015 caduca 14/12/2015” se han tomado las 5 muestras reglamentarias establecidas por el Reglamento 2073/2005 para el control de listeria.

Además (es de) reseñar que: i) el requisito del Ayuntamiento de Logroño respecto que las comidas tienen que ser pasteurizadas una vez envasadas, tiene que cumplirse de cara a minimizar el riesgo de presencia de patógenos en las comidas distribuidas, ya que, por los resultados obtenidos, no se ha podido garantizar la ausencia de recontaminación microbiológica de la comida una vez preparada y antes de su envasado definitivo; y ii) de los numerosos casos de abombamiento que se observaron a final de diciembre de 2015, se concluye que hubo problemas productivos o de transporte/almacenamiento en las comidas preparadas afectadas. Por lo tanto, se recomienda solicitar a la empresa (contratista) el parte de incidencias que se ha generado en base a esta alteración de producto para verificar el estudio de las causas realizado y las acciones correctoras que han implantado para subsanar dichas deficiencias, así como del seguimiento de las mismas”.

Décimo segundo

Obra, a continuación, en el expediente (fols. 1320-1322), un Acuerdo, de 19 de octubre de 2016, de la Junta de Gobierno Local, por el que se decide:

*-“Iniciar expediente en orden a la **resolución del contrato** suscrito con la empresa S. S.A. para la prestación del servicio de ayuda a domicilio, Lote IV: Comidas a domicilio, en base a los argumentos esgrimidos en el dispositivo 10 del presente Acuerdo. El citado dispositivo 10, tiene el siguiente tenor literal:*

«El informe emitido con fecha 14 de octubre de 2016 por el Adjunto Responsable de Familia y Política Social, poniendo de manifiesto que el PPT, en su cláusula 12ª, define, como obligación contractual esencial cuyo incumplimiento podrá dar lugar a la resolución del contrato, “la no comisión de dos faltas muy graves en el período de un año”. Dado que la empresa S. S.A., adjudicataria del servicio de comidas a domicilio ha sido sancionada por la comisión de dos incumplimientos graves (cuya acumulación tiene la consideración de incumplimiento muy grave según lo dispuesto en la cláusula 12 del PPT), y otro muy grave, se ha producido el incumplimiento de la citada obligación contractual esencial, lo que faculta la incoación de expediente en orden a la resolución del servicio de comidas a domicilio».

-Conceder a la empresa S.S.A. un plazo de 10 días naturales de audiencia para que alegue lo que estime por conveniente.

-Conceder a la entidad avalista B.S.A. un plazo de 10 días naturales de audiencia para que alegue lo que estime por conveniente”.

Décimo tercero

En fecha 2 de noviembre de 2016 (fols. 1344-1354), la contratista presentó un **escrito de oposición** a la resolución contractual, solicitando el archivo del procedimiento; y, en fecha 8 de noviembre (fols. 1402-1432), **recurre en reposición** el Acuerdo (de 10 de octubre de 2016) referido en el Antecedente Décimo del asunto, interesando, además, como medida cautelar, la suspensión del Acuerdo impugnado, así como la de los actos subsiguientes, esto es, el Acuerdo por el que se inicia el procedimiento de resolución contractual de fecha 19 de octubre de 2016 (fols. 1320-1322), referido en el Antecedente Décimo segundo del asunto.

Décimo cuarto

El recurso es desestimado por **Acuerdo de 30 de noviembre de 2016**, de la Junta de Gobierno Local (fols. 1460-1467), sin que conste en el expediente haber sido impugnado en sede jurisdiccional.

Décimo quinto

Por último, consta en el expediente un **informe, de 5 de diciembre de 2016**, de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Logroño (fols. 1472-1474), mostrando la conformidad con la existencia de la causa de resolución, al tratarse del incumplimiento de una obligación contractual esencial por parte del contratista, lo que faculta al Ayuntamiento para incautar la garantía prestada.

El citado informe concluye con la necesidad de solicitar el dictamen al Consejo Consultivo, determinando que el órgano competente para acordar la resolución es el órgano de contratación, es decir, la Junta de Gobierno Local.

Décimo sexto

Con fecha 22 de diciembre de 2016, la Adjunta responsable de compras y servicios, de la Dirección General de Contratación, Responsabilidad Social y Servicios Comunitarios del Ayuntamiento de Logroño, remitió, al Consejo Consultivo de La Rioja, para completar el expediente, la **Propuesta municipal**, de fecha 21 de diciembre de 2016, para la resolución del contrato que nos ocupa, en la que se propone lo siguiente:

-“Declarar el incumplimiento por el contratista de la obligación contractual esencial establecida en la cláusula 12ª PPT: “...comisión de dos faltas muy graves en el período de un año”.

-Resolver el contrato suscrito con la empresa S.S.A. para la prestación del Servicio de ayuda a domicilio, Lote IV: comidas a domicilio, por incumplimiento de la referida obligación contractual esencial establecida en la cláusula 12ª PPT.

-Incautar la garantía definitiva, por importe de 53.437,50 euros, constituida por la empresa S. S.A. mediante carta de pago, según número de diario, 15/1108, de fecha 16 de noviembre de 2015, demorando el cálculo de los daños y perjuicios irrogados a esta Administración, en cuanto pudieran exceder del importe de aquélla, a un momento posterior, en el que se tendrán en cuenta, entre otros, los costes adicionales de adjudicación del nuevo contrato”.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 12 de diciembre de 2016, registrado de entrada en este Consejo el día 13 de diciembre de 2016, el Ayuntamiento de Logroño, a través del Consejero de Fomento y Política Territorial del Gobierno de La Rioja, remite, al Consejo Consultivo de La Rioja, concretamente a su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 13 de diciembre de 2016, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

El 22 de diciembre de 2016 se recibió en este Consejo la Propuesta de resolución a que hemos aludido en el Antecedente Décimo sexto del asunto.

Cuarto

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo

Atendiendo a la fecha de celebración del contrato, el 2 de diciembre de 2015, así como a la fecha de inicio del procedimiento de resolución, mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 19 de octubre de 2016, la legislación aplicable, tanto al fondo de la cuestión sometida a nuestra consideración, como respecto al procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria del contrato, es la contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (LCSP'11).

Pues bien, el art. 211.3 LCSP'11 determina la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos de oposición al contratista.

Por su parte, nuestra Ley reguladora de 31 de mayo de 2001, recoge, en su art. 11,i), la preceptividad de nuestro dictamen, en el mismo supuesto, lo que reproduce el art.12,I), de nuestro Reglamento, aprobado por Decreto 8/2202 de 31 de mayo.

Por lo tanto y como quiera que ha existido oposición de la contratista, nuestro dictamen, en este caso, resulta ser preceptivo.

Segundo

Sobre el procedimiento para la resolución de los contratos administrativos.

Ya hemos indicado, respecto del procedimiento, que resulta de aplicación lo establecido en el art. 211 LCSP'11, así como lo establecido en los arts. 109 y ss. del todavía vigente RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (RCAP'01).

En ellos, se determina que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, con cumplimiento de una serie de requisitos: i) audiencia al contratista y al avalista o asegurador, si se propone la incautación de la garantía; informe del Servicio jurídico, en ciertos supuestos; y dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, cuando se formule oposición por parte del contratista.

En el presente caso, el Acuerdo de resolución lo adopta el órgano de contratación, se ha dado traslado, tanto al contratista, que ha mostrado su oposición, como al avalista, sin que éste haya realizado manifestación alguna al respecto. Consta, igualmente, un informe del Servicio jurídico, y una Propuesta de resolución.

Tercero

Sobre la existencia de causa de resolución del contrato

1. De lo relatado en los Antecedentes del asunto, se desprende que, inicialmente, se incoa un único procedimiento para la imposición de penalidades a la contratista, por considerarla responsable de *tres incumplimientos* contractuales, tipificados como *graves*: i) no sometimiento de los alimentos a un proceso de pasteurización; ii) presencia en la comida de una dosis alta de la bacteria *listeria monocytógenes*; y iii) escasa calidad y cantidad de los alimentos suministrados.

Tras las alegaciones de la contratista, se dictan, por la Junta de Gobierno Local, *tres Acuerdos* diferentes, por cada uno de los referidos incumplimientos, todos ellos amparados en la cláusula 12ª PPT. En estos Acuerdos, se ratifican los incumplimientos relativos al sometimiento a proceso de pasteurización de los alimentos y la escasa cantidad y calidad de los mismos, manteniendo la tipificación de ambos como infracciones *graves*, así como la sanción de 14.000 euros propuesta por la primera, y rebajando la penalidad de la segunda, de los 10.000 euros propuestos, a los 8.000 euros que se imponen.

Sin embargo, respecto al incumplimiento derivado de la presencia de *listeria monocytógenes*, que se tipificaba como *grave*, proponiéndose una sanción de 10.000 euros, se recalifica la misma como *muy grave*, considerando infringidos, además de la prescripción 12 PPT, el art. 212 LCSP'11 y la cláusula 16.2,b) PCAP, y suspendiendo el plazo máximo para resolver el expediente hasta que transcurra el de audiencia que se concede a la contratista y se hayan realizado las pruebas técnicas o análisis contradictorios propuestos por aquella.

Desestimadas las alegaciones presentadas por la adjudicataria del Servicio, se le impone la penalidad propuesta, tipificando la infracción como *muy grave*, mediante Acuerdo, de 10 de octubre de 2016, de la Junta de Gobierno Local.

La imposición de esta tercera penalidad es la que determina la incoación del procedimiento para la resolución del contrato, pues se considera, por el Ayuntamiento de Logroño, de conformidad con el **informe de 14 de octubre de 2016**, del Adjunto Responsable de Familia y Política Social, que:

*“El PPT, en su cláusula 12ª, define, como obligación contractual esencial, cuyo incumplimiento podrá dar lugar a la resolución del contrato, la “comisión de **dos faltas muy graves** en el período de un año”. Dado que la empresa adjudicataria del Servicio de comidas a domicilio ha sido sancionada por la comisión de dos incumplimientos graves (cuya acumulación tiene la consideración de incumplimiento muy grave, según lo dispuesto en la cláusula 12 del PPT), y otro calificado como muy grave, se ha producido el incumplimiento de la citada obligación contractual esencial, lo que faculta la incoación de expediente en orden a la resolución del servicio de comidas a domicilio”.*

Así pues, el Ayuntamiento considera que concurre causa de incumplimiento, imputable al contratista, al haber cometido el mismo dos faltas *muy graves* en el período de un año. Una de ellas, es la presencia de la alta concentración de *listeria monocytógenes*; y, la otra, la aplicación del conjunto de las otras dos faltas *graves*, por las que se ha penalizado a la adjudicataria del servicio (pues la prescripción 12 del PPT considera que tendrá la consideración de incumplimiento *muy grave* la acumulación de dos incumplimientos *graves* en un año).

2. Frente a esta imputación del Ayuntamiento de Logroño, la contratista manifiesta su postura, fundamentalmente, en *tres documentos* del expediente: i) en el escrito de alegaciones a la imposición de penalidades contractuales (fols. 1259-1271); ii) en el escrito de oposición a la resolución del contrato (fols. 1341-1354); y iii) en el recurso de reposición contra el Acuerdo de recalificación de una infracción como *muy grave* (fols. 1402-1432). En estos escritos, la empresa presenta los siguientes argumentos, que pasamos a resumir y analizar:

A) Una primera alegación estriba en la pretendida **caducidad del procedimiento de imposición de penalidades** por incumplimiento *muy grave*, que, a juicio de la empresa, debió concluir con el archivo del mismo. Se alega que, al no tener el procedimiento de resolución de los contratos un plazo específico señalado en la Ley, resulta de aplicación el plazo genérico de 3 meses del art. 42.2 LPAC'92, transcurrido en exceso, desde la incoación, el 24 de mayo de 2016, hasta el inicio del procedimiento de resolución, el 10 de octubre de 2016, resultando, así, no ajustada a Derecho la suspensión del plazo para resolver. Se aduce que, como quiera que se trata de un procedimiento de naturaleza sancionadora, el transcurso del plazo para la resolución determina la caducidad del procedimiento.

A este respecto, debemos precisar que la jurisprudencia ha delimitado la naturaleza jurídica de las penalidades imponibles en la contratación administrativa. La regla general es que tales penalidades no son sanciones en sentido estricto y, en consecuencia, no debe seguirse el procedimiento sancionador, criterio que puede verse reflejado en Sentencias del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1995 y 6 de marzo de 1997, que configuran la imposición de estas penalidades contractuales como un medio coercitivo aplicado para asegurar el cumplimiento regular del contrato por parte del contratista, subsumible en los poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se

atribuyen a la Administración contratante. Son, por tanto, estipulaciones de carácter accesorio, doctrinalmente conocidas como “cláusulas penales”, debidamente plasmadas en el contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal de que se trate (función *estimulante*).

Respecto a la naturaleza jurídica de estas penalidades, es conveniente acudir también a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia, contenida en varias Sentencias; entre otras, podemos señalar la Sentencia de 6 de marzo de 1997, relativa al recurso por la imposición de penalidades por una Corporación local en el transcurso de la ejecución de un contrato de limpieza viaria, que, en su Fundamento Jurídico Segundo, afirma: «... multa o penalidad que, en el seno de la contratación administrativa, permite a la Administración pública ejercer facultades de coerción sobre los contratistas para una correcta ejecución del contrato... La naturaleza jurídica de estas penalidades, que constituyen un medio de presión que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual, ha sido discutida en sede doctrinal, siendo subsumida en los poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuyen a la Administración contratante». La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 parte de que la normativa que regula el procedimiento de contratación establece, entre los dos contratantes, Administración y particular, desde que se ha aprobado la oferta y se ha adjudicado el contrato, un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, en el caso examinado, no nos encontramos ante un procedimiento, autónomo e independiente e iniciado de oficio, en el que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, sino ante una mera incidencia de la ejecución del contrato, ya que el Tribunal Supremo afirma que sólo existen procedimientos específicos en materia contractual en lo atinente a peticiones de clasificación de contratistas, modificación, cesión o resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación, sin que exista procedimiento específico alguno relativo a la ejecución del contrato, donde debe incluirse la imposición de penalidades por defectos en su ejecución, derivadas del incumplimiento de obligaciones contractuales, que vinculaban a la empresa recurrente, y que aparecen recogidas en el PCAP.

Consecuentemente, la imposición de penalidades, dentro de la ejecución del contrato, no se encuentra sujeta a procedimiento especial alguno, estando la Administración sólo obligada a cumplir las previsiones atinentes a la constatación del incumplimiento contractual y a dar traslado de las citadas actuaciones a la recurrente, para que formule las alegaciones que considere convenientes, antes de dictar la resolución definitiva, acordando o no la imposición de penalidades.

Por tanto, esta alegación de caducidad puede ser rechazada.

B) Una segunda alegación de la contratista estriba en la falta de acreditación de la responsabilidad de dicha empresa en la presencia en la comida de una alta concentración de la bacteria *listeria monocytogenes*.

Alega la empresa contratista que el *Plan analítico* de la cocina central, en la que se elaboran las barquetas que se reparten en Logroño, así como los análisis practicados sobre maquinaria, utillaje, platos, zonas de envasado, etc., no han encontrado ningún microorganismo patógeno en las muestras analizadas. Además, a instancia de la contratista, el 23 de enero de 2016, se llevó a cabo, por un Laboratorio acreditado, un análisis sobre una barqueta del mismo plato y lote que la que fue analizada en el Laboratorio regional de la CAR, y este análisis determinó la ausencia de la bacteria *listeria monocytogenes*. Además, se alega el lapso de tiempo transcurrido entre el suministro de las barquetas presuntamente defectuosas y el análisis realizado por el citado Laboratorio regional. Por todo ello, considera la contratista que no se le puede imputar responsabilidad en el incumplimiento que se le atribuye con la tipificación de *muy grave*.

Respecto de esta alegación, tal y como indica el informe de las Profesoras de la Universidad de La Rioja (UR), los datos obtenidos en el análisis realizado por el Laboratorio regional de las barquetas son realmente preocupantes. En las cuatro barquetas, aparecen recuentos elevados de *microorganismos mesófilos* ($<10^8$ ufc/g) y *enterobacterias* (muy próximos o superiores a 10^6 ufc/g). También los recuentos de *estafilococos coagulasa* (+) exceden los límites de detección del método utilizado en tres de las cuatro barquetas. Pero lo que resulta especialmente llamativo es la presencia, tanto en el *bacalao a la riojana*, como en el *champiñón salteado*, de recuentos de la bacteria patógena *listeria monocytogenes* en cantidades importantes ($6,8 \times 10^7$ y $> 1,5 \times 10^4$ ufc/g respectivamente).

Añaden el informe de las Profesoras de la UR que el hinchamiento de las barquetas, observado por el usuario, es explicable, fundamentalmente, por los altos recuentos de *enterobacterias* de las muestras, ya que, en esta familia de las bacterias, aparecen especies que producen una gran cantidad de gas en su metabolismo. Este deterioro tan evidente resultó providencial al evitar el consumo de estas barquetas que, especialmente en aquellas que contenían altos niveles de *listeria monocytogenes*, podrían haber causado problemas de salud importantes.

Con respecto a la explicación de la empresa elaboradora sobre el origen del problema, reconoce el informe de la UR que es cierto que la cadena de frío debe mantenerse de manera constante para evitar la proliferación bacteriana y que no hay ninguna evidencia de que esta condición se haya cumplido en las barquetas alteradas; pero tampoco de lo contrario, y, además, resulta evidente que las bacterias estaban presentes en el producto de origen por dos motivos: i) la utilización del abatidor de temperatura únicamente ralentiza su metabolismo, pero no las elimina; y ii) dado que los envases

alterados estaban herméticamente cerrados, no existe posibilidad de contaminación posterior a la elaboración.

Por lo tanto, el informe de la UR señala que almacenamientos prolongados, aún a baja temperatura (pues hay que resaltar que la *listeria monocytógenes* es capaz de multiplicarse en condiciones de refrigeración), o exposiciones a temperaturas abusivas, pueden ocasionar la proliferación de los microorganismos. Las autoras de este informe recomiendan encarecidamente que las bandejas sean sometidas a tratamiento térmico que garantice la destrucción de los microorganismos presentes. Obviamente, si no están vivos, cualesquiera que sean las circunstancias a las que se someta el producto, la proliferación de microorganismos no será posible.

Así las cosas, no parecen existir dudas razonables acerca de la presencia de la citada bacteria en las barquetas que fueron analizadas, lo que conduce a considerar la existencia del incumplimiento *muy grave* que se atribuye a la adjudicataria del servicio.

C) Una tercera alegación consiste en la **falta de valor probatorio del análisis bacteriano efectuado por el Laboratorio regional debido a la falta de garantías en la toma de muestras y al lapso de tiempo transcurrido** desde que se detectó el problema hasta la realización de dicho análisis oficial.

Alega la empresa y no puede pasarse por alto que, como indican las citadas Profesoras de la UR, existió un retraso en la realización del análisis bacteriano. En efecto, las barquetas se repartieron a los domicilios entre los días 22, 23 y 24 de diciembre de 2015, las muestras llegaron al Laboratorio regional el 30 de diciembre y no fueron analizadas hasta el día 4 de enero de 2016. Posiblemente, las festividades navideñas fueran la causa de este retraso en el análisis pero, cuando se trata de crecimiento bacteriano, 10 días pueden ser tiempo suficiente para incrementar los recuentos iniciales.

Para la empresa, este lapso temporal es una circunstancia ajena a la adjudicataria del servicio que ha influido en el resultado del análisis debido al retraso en la realización del mismo y ello con independencia de otra alegación conexas relativa a la nulidad de procedimiento de toma de muestras, al desconocerse las condiciones en que la barqueta se entregó al Ayuntamiento para su remisión al Laboratorio regional

En apoyo de dichas manifestaciones, se cita la Sentencia del T.S, Sala de lo Contencioso de 21 de octubre de 2009, aunque, revisada la misma, lo cierto es que la cita mencionada no corresponde a la Sentencia del Tribunal Supremo, sino a la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía recurrida en casación.

A este respecto, entendemos que, si bien es cierto que, en el expediente, no consta ningún dato acerca de la forma en que se llevó la muestra por el usuario al Ayuntamiento,

ni la conservación de la misma en el propio Ayuntamiento hasta su entrega al Laboratorio regional y también que hubo una tardanza en la realización del análisis que pudo influir en su resultado incrementando los valores del mismo; sin embargo, no menos cierto es que resulta indudable la existencia de un incumplimiento puesto que las bacterias existían en la barqueta, y, así, entendemos que estas alegaciones de la contratista tampoco pueden ser estimadas, por los siguientes motivos:

-De la documentación aportada por la empresa, no puede afirmarse que se cumpla con lo exigido en el Reglamento CE 2073/2015, de 15 de noviembre, relativo a los criterios microbiológicos aplicables a los productos alimenticios, tal y como consta acreditado en el informe pericial emitido por el Centro Nacional de Tecnología y Seguridad Alimentaria; y ello pese a las analíticas presentadas por la contratista.

-En los análisis practicados, el día 4 de enero de 2016, por el Laboratorio regional de la CAR, se indica que, en tres de las cuatro muestras analizadas, se detecta la existencia de *listeria* y, en dos, la concentración de este microorganismo es muy superior a la permitida en la legislación.

-La empresa tuvo que retirar, por hinchamiento, más de cincuenta y cuatro barquetas en más de veinte domicilios; además, tuvo que retirar dos barquetas de su propia nave, por lo que carece de sentido achacar exclusivamente a la ruptura de la cadena de frío esta multitud de anomalías.

-Parece lógico buscar las causas más en el proceso productivo que en la conservación, aspecto que se acredita por el correo electrónico remitido por la empresa, en el que se pone de manifiesto la retirada de las barquetas hinchadas.

-También se suscitan serias dudas sobre la garantía del proceso productivo explicado por la empresa porque, como se recoge en el informe emitido por el Centro Nacional de Tecnología y Seguridad Alimentaria, existe la posibilidad de *recontaminación* microbiana, así como la existencia de equipos susceptibles de aportar esta *recontaminación*, que no se han contemplado en su plan analítico, como, por ejemplo, los carros de bandejas que contienen la comida ya preparada.

D) Una cuarta alegación de la empresa estriba en la falta de motivación para recalificar como *muy grave* la infracción contractual cometida por la contratista consistente en la contaminación bacteriana de los alimentos.

La empresa, sabedora de que había reconocido en el expediente la comisión de dos infracciones calificadas como *graves* y de que las mismas computan, según la prescripción 12.1, e) PPT, como una *muy grave*, se opone a que la tercera infracción (consistente en la contaminación bacteriana de los alimentos), calificada inicialmente como *grave*, sea

recalificada como *muy grave*, ya que la prescripción 12.2, *in fine* PPT considera la comisión de dos infracciones calificadas como *muy graves* en un mismo año como un incumplimiento esencial del contrato que da causa para la resolución del mismo a instancia de la Administración contratante.

Y, así, como quiera que la recalificación jurídica de la infracción, llevada a cabo por el Acuerdo municipal de 24 de mayo de 2016, se ampara en la cláusula 16.2.b) PCAP (cumplimiento defectuoso calificado de *muy grave*) y en la precitada prescripción 12.1,b) PPT (“*Dispensar a los participantes un trato degradante o incompatible con la dignidad de las personas*”), dadas las consecuencias para la salud de los usuarios que, hubieran podido derivarse por el consumo de las barquetas contaminadas, la empresa contratista alega que los hechos no pueden ser incluidos en estas normas contractuales de tipificación de infracciones, por lo que insta al archivo de las actuaciones.

A juicio de este Consejo, esta alegación debe ser desestimada y, por el contrario, la recalificación municipal es procedente, ya que concurren las siguientes circunstancias agravantes de la situación:

-La cláusula 16.2. b) PCAP y la prescripción 12.1.b) PPT son complementarias y que, aun en el supuesto caso de que la infracción no encontrara total acomodo en su graduación de muy grave de “trato degradante o incompatible con la dignidad de las personas”, bastaría asociarlo al supuesto de cláusula 16.2.b) PCAP, que define el tipo infractor como “*cumplimiento defectuoso*”, en ausencia de tipificación por el PPT.

-Es durante la tramitación del expediente cuando se conoce el alcance de la gravedad de la contaminación existente en las barquetas suministradas a los usuarios de la ayuda a domicilio.

-La *listeria monocytógenes* es un patógeno que puede generar enfermedad antes que sea detectable cualquier alteración del alimento.

-Los grupos poblacionales más susceptibles de desarrollar la listeriosis severa comprenden las mujeres embarazadas, las personas mayores de 65 años y los pacientes inmunocomprometidos por causas diversas. Teniendo estos grupos consecuencias muy graves para la salud.

-La variación de las circunstancias que originaron la iniciación del expediente de penalidades es clara, puesto que el hecho de que existiera la bacteria y de que alguno de los usuarios pudiera haberla consumido con riesgo importante de su salud exigía recalificar la gravedad de los hechos, pasando los mismos a tener la consideración de infracción contractual *muy grave*.

-Concurren, además, evidentes perjuicios causados al Servicio de comidas a domicilio del Ayuntamiento de Logroño, como revela la producción de cerca del 30% de bajas de usuarios en el mismo.

3. La Administración local actuante trata de amparar la resolución contractual que pretende llevar a cabo, por un lado, en el art 212 LCSP'11, que legitima a la Administración contratante para la imposición al contratista de las penalidades previstas en los documentos contractuales para el caso de incumplimientos en la ejecución del contrato, y, por otro, en la precitada prescripción 12.2 *in fine* PPT, que considera incumplimiento esencial del contrato la comisión en un mismo año de dos infracciones calificadas como *muy graves*, siendo una de ellas la contaminación bacteriana recalificada como tal y la otra la producida por la consideración de infracción *muy grave* que, con arreglo a la prescripción 16.1.e) PPT, conlleva la acumulación de las otras dos infracciones reputadas *graves*.

Como hemos expuesto, este Consejo se muestra conforme con esta Propuesta municipal, pero entendemos que, aunque no concurriese en el caso la circunstancia de haberse cometido en un mismo año dos infracciones calificadas como *muy graves* (apreciadas mediante el complejo mecanismo de unir la recalificación, de una *grave* en una *muy grave*, a la acumulación de dos *graves* que conlleva la comisión de una *muy grave*), procedería también la resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista de la prestación esencial del mismo, que no es sino prestar alimentación sana a los usuarios del Servicio municipal de alimentación a domicilio.

Así resulta del art. 223,f) LCSP'11 que considera causa de resolución el incumplimiento de obligaciones esenciales pues, aunque el precepto requiere, en su reciente redacción, que tales obligaciones estén “*calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*”, hay que entender que tal calificación no sólo puede ser expresa (como, en este caso, sucede con la que deriva de la precitada prescripción 12.2 *in fine* PPT o de la cláusula 20.3,a) PCAP, aducidas por el Ayuntamiento logroñés) sino también deducirse del contenido esencial de la prestación alimenticia precitada, que constituye objeto del contrato, como resulta, no sólo del art. 1258 del Código civil (a cuyo tenor, los contratos obligan “*no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”); sino también del propio art. 223,f) LCSP'11, que se refiere a las “*restantes*” obligaciones contractuales esenciales.

Esta interpretación es compartida en la Función consultiva española, para evitar un rigorismo literalista que impida el ejercicio de la potestad administrativa de resolución cuando los incumplimientos sean materialmente esenciales, ya que la voluntad evidente del legislador es incentivar el celo de los redactores de los documentos de contratación y moderar el empleo de la potestad de resolución, pero no impedirla en casos de

incumplimientos groseros y flagrantes o que demuestren una voluntad del contratista rebelde al cumplimiento, en los que tradicionalmente la Jurisprudencia civil del Tribunal Supremo ha aceptado la resolución de los contratos *ex. art. 1.124 del Código civil*; y, así, el dictamen D.258/2009, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, señala que, en la propia tipificación por el Pliego de los incumplimientos con posible efecto resolutorio, “*se encuentra ínsita su calificación como obligación esencial*”; y el dictamen D.22/2009, del Consejo Jurídico Consultivo de la Región de Murcia, informa favorablemente una resolución por incumplimientos “*esencialísimos*”, aunque los Pliegos no los calificaban expresamente como tales, criterio que también siguen los dictámenes D.1222/2009 y D.1456/2009, del Consejo Consultivo de Castilla y León.

4. En suma, por todo lo anterior, debemos mostrar nuestra conformidad con el contenido de la Propuesta de resolución, tanto en lo relativo a la resolución del contrato, como en cuanto a la incautación de la garantía, al tratarse de un incumplimiento esencial que es imputable a la empresa adjudicataria del servicio.

CONCLUSIONES

Única

Procede la resolución del contrato, con incautación de la garantía, en la forma y con las demás consecuencias propuestas por el Ayuntamiento de Logroño, por incumplimiento, imputable a la empresa contratista, de obligaciones contractuales esenciales, al amparo del art. 223,f) LCSP'11, en relación con las prescripciones 12.2 *in fine* y 16.1,e) PPT.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero