



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero y
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 22 de octubre de 2015, ha examinado el procedimiento *de resolución del contrato suscrito entre la Consejería de Educación y la U.T.E. qqq1, S.A. – qqq2, S.L.U.*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 7 de octubre de 2015 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento relativo a la resolución del lote 1 del contrato de gestión del servicio público de comedor escolar en los centros públicos docentes dependientes de la Consejería de Educación de la provincia de xxx1 durante los cursos 2014/2015, 2015/2016 y 2016/2017, suscrito entre la Consejería de Educación y la Unión Temporal de Empresas qqq1 S.A. – qqq2 S.L.U.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con la misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 417/2015, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Ramos Antón.

Primero.- *El contrato suscrito.*

El 10 de septiembre de 2014 se formaliza el contrato de gestión del servicio público de comedor escolar en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación en la provincia de xxxx1, durante los cursos 2014/2015, 2015/2016 y 2016/2017 (lotes 1 y 2), entre la Consejería de Educación y la Unión Temporal de Empresas qq1 S.A.-qq2 S.L.U. (en adelante, la concesionaria). El contrato prevé la posibilidad de prórroga hasta un máximo de cinco cursos escolares, por acuerdo del órgano de contratación.

Obra en el expediente remitido:

- El documento de formalización del contrato, al que se adjuntan el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) que rigen la contratación para la provincia de xxxx1.

- El proyecto de explotación del contrato, firmado por el Director Provincial de Educación de xxxx1 el 6 de junio de 2014.

- El Acuerdo de 26 de junio de 2014, de la Junta de Castilla y León, por el que se autoriza la celebración de los contratos de gestión del servicio público de comedor escolar en la modalidad de concesión en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación de las provincias de Ávila, Burgos, León, Palencia, Salamanca, Segovia, Soria, Valladolid y Zamora, durante los cursos escolares 2014/2015 a 2016/2017, por ser el valor estimado del contrato superior a 2.000.000 euros. El presupuesto total de licitación, incluidas las eventuales prórrogas, es de 113.102.163,08 euros (10 % de I.V.A. incluido). El presupuesto de licitación para el contrato correspondiente a la provincia de xxxx1 asciende a 3.729.719,97 euros, sin incluir las prórrogas, y a 9.945.919,91 euros con las eventuales prórrogas (en ambos casos, incluido el I.V.A.).

- El resguardo de depósito de la garantía definitiva constituida por la concesionaria por importe de 169.532,73 euros.

Segundo.- *Los hechos ocurridos.*

El 14 de mayo de 2015 se produce un incidente en el comedor escolar del C.E.I.P. cccc de xxxx2, al hallarse una tuerca metálica en un plato de crema de hortalizas servido a los alumnos.

También consta en el expediente que ese mismo día hubo que retirar varios platos de crema de hortalizas servidas en otros comedores escolares de la provincia de xxxx1, por detectarse "acidez" en ellos.

Tercero.- Informes emitidos en relación con el incidente ocurrido en el C.E.I.P. cccc de xxxx2 (aparición de una tuerca en un plato).

El mismo día 15 de mayo emiten informe:

- El director del colegio, que indica que el hallazgo de la tuerca metálica, de 7 milímetros de diámetro -que se le entregó para su custodia-, se produjo por un alumno de 2º de Educación Primaria "al coger una cucharada" del plato de puré que se le había servido, detalla las actuaciones de control e inspección realizadas tras el suceso y expone la información ofrecida sobre el incidente a las familias. Se adjuntan dos fotografías de la tuerca aparecida.

- El Inspector de Educación, que señala que la tuerca "no parece proceder de ningún mobiliario ni menaje de la cocina o del comedor, después de haber realizado un inspección ocular de todas las instalaciones".

- El Director Provincial de Educación de xxxx1, que considera:

"Que se ha producido una perturbación grave del servicio público de comedor escolar, ya que el hecho ha supuesto un grave riesgo para la salud e integridad física del usuario del comedor máxime si se tiene en consideración que fue el menor quien detectó la presencia del elemento metálico en su puré al ir a ingerirlo, lo que pone de manifiesto la realidad del riesgo creado durante el servicio. Además, como consecuencia del precedente existente en la ejecución de este contrato en el mes de octubre de 2014 y por el que se impusieron las penalidades correspondientes (...), se ha causado una lesión grave al interés público al haberse visto seriamente afectado el bienestar y la seguridad del grupo que componen los usuarios del comedor escolar y sus familias.

»El hecho expuesto implica un incumplimiento de las cláusulas 4.4.1 y 4.4.3 del pliego de prescripciones técnicas: `El concesionario garantizará que el consumo de los menús por los alumnos se realiza en las debidas condiciones de higiene y seguridad alimentaria´. `El concesionario garantizará que las comidas servidas a los alumnos les llegan en perfectas

condiciones en los referente a cantidades prescritas, calidades, higiene, temperatura y puntualidad´´.

Cuarto.- Orden de inicio del procedimiento de resolución del contrato y de adopción de medida provisional de cese en la prestación del servicio. Contratación de emergencia. Recurso de reposición frente a la medida cautelar adoptada.

A) Por Orden de 15 de mayo de 2015 el Consejero de Educación resuelve:

1.- Iniciar el procedimiento de resolución del lote 1 del contrato de gestión del servicio público de comedor escolar en los centros públicos docentes dependientes de la Consejería de Educación en la provincia de xxxx1 durante los cursos 2014/2015, 2015/2016 y 2016/2017, "como consecuencia de un incumplimiento por parte del contratista que ha supuesto una perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público de comedor escolar que entraña un grave riesgo para la salud de los menores destinatarios del servicio público de comedor escolar, con fundamento en el artículo 285 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

2.- Adoptar, como medida provisional, el cese inmediato, con fecha 16 de mayo, en la prestación del servicio público de comedor escolar por la U.T.E. durante la tramitación del procedimiento de resolución del contrato, con base en la aplicación supletoria del artículo 72.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3.- Iniciar los trámites para la contratación de emergencia del servicio público de comedor escolar objeto del lote 1 del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 113 del TRLCSP.

Dicha orden se notifica a la concesionaria y a la entidad avalista el 18 y 22 de mayo respectivamente. El 3 de junio el representante de la concesionaria examina el expediente y obtiene copia de los documentos solicitados.

B) El mismo día 15 de mayo el Consejero de Educación, tras avocar la competencia delegada, dispone la contratación de emergencia del lote 1 del

citado contrato con qqq3 Servicios de Catering S.L.U., por importe de 150.000,00 euros. De dicha orden se da cuenta a la Junta de Castilla y León, que tiene conocimiento de ella el 11 de junio de 2015.

C) El 12 de junio la concesionaria presenta recurso de reposición frente a la medida provisional adoptada, en el que alega que la aparición de una tuerca metálica en el plato es un hecho puntual y concreto que no ha generado peligro o riesgo y que no existe fundamento alguno que justifique que se ha producido una perturbación grave del servicio, por lo que la medida provisional es claramente desproporcionada e irrazonable. Además, señala que no concurren los requisitos para adoptar una medida provisional (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) ni tampoco para acudir a la contratación de emergencia previsto en el artículo 113 del TRLCSP. Dicho recurso tiene entrada en el registro de la Consejería de Educación el 16 de junio.

Previo los informes del Servicio de Contratación Administrativa, que considera que procede desestimar el recurso, y de la Asesoría Jurídica de la Consejería, favorable a la propuesta de desestimación del recurso, por Orden de 25 de junio de 2015, del Consejero de Educación, se desestima el recurso de reposición interpuesto.

Quinto.- Informes técnicos emitidos durante el procedimiento de resolución del contrato.

Se han emitido los siguientes informes técnicos durante la tramitación del procedimiento de resolución contractual:

- Informe de Sección de Higiene de los Alimentos y Sanidad Ambiental, del Servicio Territorial de Sanidad y Bienestar Social de xxxx1, de 28 de mayo, sobre las actuaciones realizadas por los servicios veterinarios de control oficial ante los incidentes ocurridos en los menús servidos por la concesionaria el 14 de mayo de 2015 en comedores escolares de la provincia de xxxx1: incidente alimentario por detectarse "acidez" en la crema de hortalizas servida en varios comedores escolares e incidente alimentario por la presencia de una tuerca en un plato de crema de hortalizas. En relación con éste último incidente, el informe indica que los servicios veterinarios visitaron el centro escolar el 18 de mayo y revisaron "los utensilios de cocina (horno, grifo, utensilios de servir la comida,...) verificando que ninguno tiene tornillos. El tubo de extracción de humos lleva

tornillos sin tuerca. En su actuación reflejan que las barquetas con comida vienen cerradas y que antes de introducirlas en el horno se pincha el plástico superior para que salga el vapor; cuando se sacan del horno se ponen en una mesa y se traspasa su contenido a una sopera o bandeja de acero inoxidable desde la cual se sirve la comida a los niños”.

- Informe del Servicio de Gestión de Centros Públicos, de la Dirección General de Política Educativa Escolar, de 1 de julio, en el que se señala que “la adjudicataria no ha realizado obra o instalación alguna en los comedores escolares gestionados desde el inicio del curso 2014/2015 y que, en consecuencia, no hay pendiente de abono importe alguno por este concepto”.

- Informe del Jefe del Servicio Territorial de Sanidad y Bienestar Social de xxxx1, de 17 de julio, en el que se exponen las actuaciones realizadas por el Servicio de Seguridad Alimentaria en relación con los incidentes alimentarios referidos. De él procede destacar lo siguiente:

“En todos los colegios se aprecia un correcto estado de las instalaciones y condiciones higiénicas. Se comprueban los registros de temperatura y la trazabilidad de los alimentos. La crema de hortalizas en la que se halló la tuerca “procede de la cocina central con nº RGSEAA 26.11008/MA, cuyo titular es qq1 S.A. xxxx3 (...).

»El 18 de mayo se pasa nueva inspección al colegio cccc y se revisan los equipos y útiles de la cocina (hornos, campana de extracción, grifería, cucharones, resto de menaje de cocina, etc.), comprobando que ninguno de los utensilios/equipos revisados tiene tuercas y, en consecuencia, la tuerca hallada en el plato no procede de la cocina del colegio.

»(...).

»Se da traslado de las actuaciones, así como de la tuerca encontrada, al Servicio de Seguridad Alimentaria de xxxx4 para que comunique el incidente a las autoridades sanitarias de xxxx3.

»Las autoridades sanitarias de xxxx3 han efectuado actuaciones de control en el establecimiento elaborador del producto, informando que el único elemento de la cocina en el que existen tuercas es la campana

extractora, pero que éstas son distintas a la hallada, están bien fijadas y fuera de la zona de influencia sobre el producto. Además, presentan documento de una empresa de mantenimiento en el que se indica que la tuerca implicada no es compatible con ninguno de los equipos utilizados en la cocina central.

»(...).

»Los Servicios Oficiales de Salud Pública de xxxx4 realizaron una visita de inspección en el distribuidor de [la U.T.E.] (...) en xxxx4 y procedieron a revisar el plan de autocontrol en relación con las condiciones de distribución y transporte, así como la trazabilidad y el control de temperaturas hasta la llegada del producto a los comedores escolares implicados; no observándose no conformidades en relación con la trazabilidad y las condiciones de temperatura en el transporte y en el almacenamiento”.

Sexto.- Solicitud de documentación por la concesionaria.

El 21 de julio la U.T.E. solicita copia de los documentos nuevos incorporados al expediente. El 29 de julio se entregan a la concesionaria los tres informes emitidos (referidos en el antecedente de hecho anterior).

Séptimo.- Informe-propuesta del Servicio de Contratación Administrativa.

El 29 de julio el Jefe de Servicio de Contratación Administrativa de la Consejería de Educación emite un informe-propuesta en el que se propone:

“Primero.- Resolver, por causa de interés público, el lote 1 del contrato de gestión del servicio público de comedor escolar en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación en la provincia de xxxx1 durante los cursos escolares 2014/2015, 2015/2016 y 2016/2017 (Expediente 15118/2014/3), suscrito por esta Administración con la [concesionaria] como consecuencia de un incumplimiento por parte del contratista que ha supuesto una perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público de comedor escolar que entraña un grave riesgo para la salud de los menores destinatarios del servicio público de comedor escolar y que genera una posibilidad cierta de producción de un riesgo grave al interés público.

»Segundo.- De conformidad con lo establecido en el penúltimo párrafo de la cláusula 20 del PCAP, en consonancia con lo establecido en el apartado 3 del artículo 225 del TRLCSP, no procede acordar la devolución de la garantía definitiva constituida por el contratista hasta que no se determinen los daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato haya podido ocasionar a la Administración contratante.

»Tercero.- No habiendo ejecutado la contratista obra o instalación alguna en los comedores escolares gestionados desde el inicio del curso 2014/2015, no procede abonar a la [U.T.E.] cuantía alguna por este concepto”.

El informe propuesta fundamenta la resolución contractual en lo previsto en la cláusula 9 del PCAP, que remite a lo establecido en el artículo 285 del TRLCSP para el caso de incumplimiento por el contratista de las prestaciones definidas en el PPT (considera incumplidas las cláusulas 1.3, 4.4.1, 4.4.3 y 4.4.4 del PPT), y también en la causa prevista en el artículo 223, letra g), del TRLCSP.

Octavo.- *Trámite de audiencia. Alegaciones de la concesionaria.*

El 3 de agosto se notifica a la concesionaria y a la entidad avalista el informe-propuesta referido y se les concede plazo para formular alegaciones.

El 13 de agosto la concesionaria presenta un escrito en el que se opone a la resolución contractual pretendida con base en los siguientes fundamentos:

a) Improcedencia de la resolución del contrato por inexistencia del incumplimiento imputado a la concesionaria.

Niega que haya existido incumplimiento contractual puesto que la concesionaria ha cumplido estrictamente con todas las exigencias derivadas del contrato: se han efectuado todos los controles necesarios para garantizar que los platos se sirven a los usuarios en perfectas condiciones de higiene y se han seguido todos los protocolos para asegurar la trazabilidad de los alimentos y la seguridad alimentaria.

Afirma que la aparición de la tuerca no es en modo alguno imputable a la concesionaria, ya que no procedía de su cocina, instalaciones o

procesos productivos y “todos los elementos de juicio de que se dispone apuntan a una procedencia de la tuerca ajena a [la concesionaria], dado que no consta evidencia alguna que permita acreditar que la presencia de dicha tuerca sea consecuencia del proceso productivo o de las instalaciones empleadas por [la concesionaria]”.

Por ello, alega que se trata de caso fortuito o fuerza mayor, de la que no puede derivarse responsabilidad alguna para la concesionaria, o incluso podría tratarse de la actuación de un tercero ajeno a la concesionaria, y en este sentido apunta que las monitoras del comedor “intuyen que algún niño puede haber hecho llegar la tuerca al plato” y que “se ha comprobado que existen tuercas de características muy similares a la aparecida en juguetes utilizados por los alumnos del centro escolar”.

b) Improcedencia de la resolución del contrato por inexistencia de una perturbación grave del servicio no reparable por otros medios.

Incluso si se admitiera el incumplimiento contractual que refiere la Administración, asevera que tal incumplimiento no supondría en modo alguno una perturbación grave del servicio “y mucho menos, no reparable por otros medios”. Señala que se trata de un hecho puntual y aislado (una tuerca en un plato, cuya procedencia es desconocida) acaecido en el marco de un servicio que se presta en 19 colegios de la provincia de xxxx1 y sobre un total de 152 colegios cuyo servicio de comedor gestiona la concesionaria. Por ello, entiende que tal hecho aislado no puede considerarse en ningún caso una perturbación grave y no reparable que impida la continuidad del servicio en condiciones normales, máxime cuando el incidente se solventó inmediatamente por la concesionaria sin ningún tipo de consecuencia para el servicio.

Alega que el informe-propuesta no contiene fundamento alguno que “justifique en qué se traduce dicha perturbación y menos aún que la misma no pueda ser reparable por otros medios”, ya que no ha comprometido la prestación efectiva del servicio puesto que podría haber seguido “prestándose con normalidad tras la aparición de la tuerca”. Por ello, considera que no está justificada la aplicación del artículo 285 del TRLCSP que permita al órgano de contratación la resolución del contrato.

c) Improcedencia de la resolución del contrato por inexistencia de perjuicios para el interés público ni para la salud de los menores.

Señala que la aparición aislada de la tuerca no ocasionó perjuicio alguno al servicio ni a los usuarios de éste y no se vio perjudicada en ningún momento la salud de los menores destinatarios de la comida. Afirma que las anomalías organolépticas (sabor y textura principalmente) advertidas en las cremas de hortalizas servidas en algunos centros de la provincia (y retiradas por presentar acidez) no suponían riesgo alguno para la salud de los menores y que "la aparición de la tuerca, en sí misma considerada, no puede calificarse como un riesgo para la salud de los menores". A tal efecto, aporta un informe médico pericial sobre la "valoración de lesiones y consecuencias de la ingesta de una tuerca metálica de 3 mm x 7 mm en niños de entre 3 y 15 años".

Consecuentemente con lo anterior, considera que, al no haber existido riesgo para la salud, no puede tampoco hablarse de perjuicio para el interés público determinante de la resolución del contrato.

Finalmente, en cuanto a la alarma social creada, alega que "tiene su origen en la nota de prensa hecha pública por la Consejería de Educación apenas 28 horas después de los acontecimientos, aún sin tener ningún resultado de los diferentes estudios, inspecciones y análisis"; y que la noticia aparecida en el zzzz [diario] de xxxx1 "se generó principalmente en relación con otra incidencia acaecida el mismo día de la aparición de la tuerca, como fue la retirada de determinados platos en otros colegios por una supuesta acidez de los mismos, cuestión que ya fue resuelta demostrándose que en modo alguno se había puesto en riesgo la salud de los usuarios". De hecho, afirma, que "en esa noticia se dice, en relación con la aparición de la tuerca, que se han adoptado las medidas oportunas y que se trata de un caso aislado", por lo que no ha generado ningún tipo de alarma.

No consta alegación alguna de la entidad avalista.

Noveno.- Nuevo informe del Servicio de Contratación Administrativa.

El 25 de agosto el Servicio de Contratación Administrativa de la Consejería emite informe sobre las alegaciones presentadas en el que señala lo siguiente:

1.- Sobre el incumplimiento de la concesionaria:

Señala que la causa de inicio del procedimiento de resolución contractual no reside en un posible incumplimiento de las condiciones higiénico-sanitarias de las instalaciones de la concesionaria, transporte, distribución y servicio de la comida a los destinatarios, ni en el estado de la crema de hortalizas servida, sino en el hecho objetivo de la aparición de una tuerca metálica en el plato de comida.

Considera que no pueden admitirse las meras insinuaciones de la concesionaria, no probadas, de que los menores que se encontraban en la mesa del comedor en la que se produjo el incidente intervinieron en la producción de los hechos. Y ello porque los alumnos "fueron entrevistados o explorados (sic) por el director del centro, manifestando que ninguno de los allí presentes presenciaron ningún comportamiento anormal hasta que su compañero sacó la cuchara del plato y les dijo lo que había visto (...)" y porque la mera intuición de las monitoras no se confirmó en la posterior entrevista realizada a éstas por el director del centro ni durante el presente procedimiento de resolución contractual, al no haber solicitado la concesionaria la realización de prueba testifical alguna.

En cuanto a la alegación de que existen tuercas de características muy similares a la aparecida en juguetes utilizados por los alumnos del centro, el informe señala que tal afirmación "es una mera suposición del alegante" y que, en cualquier caso, "siendo conocedora la concesionaria de la utilización de este tipo de juguetes con tuercas metálicas (o de cualquier otro objeto) en el recinto del comedor escolar y siendo además la concesionaria responsable de adoptar cuantas medidas organizativas [que] estimare pertinentes para un buen funcionamiento del servicio, debería haber previsto su uso con objeto de eliminar o minimizar al máximo aquella situación de riesgo potencial que la presencia en el local de los citados elementos genera durante la prestación del servicio de comidas, máxime teniendo en cuenta que es a la concesionaria a quien le incumbe el deber de vigilancia, asistencia y control de los alumnos durante la prestación del servicio de comidas en virtud de lo establecido en el artículo 4.4.4 del PPT, sin perjuicio del resto de deberes establecidos en relación con la seguridad alimentaria hasta que los alimentos son consumidos por los usuarios. Al ser, por tanto, un riesgo previsible y evitable, no existe caso fortuito ni, evidentemente, fuerza mayor. Concluye que la mera inobservancia de los deberes

de vigilancia, asistencia y control de los alumnos durante la prestación del servicio de comidas, determina la culpa de la concesionaria y excluye el caso fortuito.

Concluye que "Lo cierto es que algo falló durante la prestación del servicio de comedor, existe un dato objetivo que es la presencia de la tuerca metálica en el interior de un plato que consumía un escolar y el hecho de que no se pueda determinar con exactitud el origen de su causa no puede ser elemento suficiente para eximir de responsabilidad a la concesionaria a quien le incumbe la gestión integral de la prestación del servicio público de comedor escolar y a quien, por tanto, le corresponde en todo caso y en términos de prueba, la cumplida demostración del exacto cumplimiento del contrato o, en su caso, la concurrencia de alguna circunstancia que exonere de responsabilidad por el incumplimiento constatado, cuestiones que no acredita (...)".

2.- Sobre la consideración del incumplimiento como un hecho puntual, grave, no reparable por otros medios y perjudicial para el interés público y para la salud de los menores.

Señala que tal alegaciones ya se analizaron en la Orden de 25 de junio de 2015, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la medida provisional acordada el 15 de mayo anterior. En ella se indica que "El incidente no es una mera anécdota, es un suceso objetivo que en sí mismo es generador de un grave riesgo potencial en la salud e integridad física de las personas, derechos que son constitucionalmente amparados en su artículo 15 (...). El riesgo potencial se acredita desde el momento del hallazgo de la tuerca metálica con un diámetro aproximado de 7 milímetros que se encontraba dentro de un plato de crema de hortalizas y que fue detectada por un alumno de 2º curso de primaria al coger una cucharada (...). Este riesgo potencial reviste trascendencia y gravedad desde el mismo instante por considerarse en potencia lesivo para la salud e integridad física de los escolares, y es por ello que fue esta Administración y no la recurrente quien puso en marcha desde un principio cuantas actuaciones inspectoras estimó oportunas para adoptar las medidas que en derecho procediesen".

Manifiesta que el informe pericial aportado por la concesionaria es "un mero cálculo estadístico que minimiza, pero no elimina en absoluto, la existencia del riesgo potencial que el hallazgo de la tuerca metálica ha generado en la salud de los usuarios directos del servicio y en el que no se tiene en cuenta

otras variables que pudieran coadyuvar en los daños que pudieran provocar su ingesta”.

Por último, afirma que “la causa directa de la alarma social generada principalmente en los padres de los usuarios del servicio de comedor escolar no es la publicación en prensa de los hechos producidos, sino el hecho en sí de la aparición de la tuerca en el plato de un escolar menor de edad, su riesgo potencial para la salud del menor y la quiebra de la legítima confianza en la prestación del servicio por la concesionaria”.

Décimo.- Propuesta de orden de resolución contractual.

El 26 de agosto la Dirección General de Política Educativa Escolar de la Consejería de Educación formula propuesta de orden de resolución del contrato en los siguientes términos:

“Primero.- Con la íntegra desestimación de las alegaciones efectuadas por la concesionaria durante el trámite de audiencia otorgado en el presente procedimiento, procede resolver, por causa de interés público, el lote 1 del contrato de gestión del servicio público de comedor escolar en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación en la provincia de xxxx1 durante los cursos escolares 2014/2015, 2015/2016 y 2016/2017 (Expediente 15118/2014/3), suscrito por esta Administración con la [concesionaria] como consecuencia de un incumplimiento por parte del contratista que ha supuesto una perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público de comedor escolar que entraña un grave riesgo para la salud de los menores destinatarios del servicio público de comedor escolar y que genera una posibilidad cierta de producción de un riesgo grave al interés público.

»Segundo.- De conformidad con lo establecido en el penúltimo párrafo de la cláusula 20 del PCAP, en consonancia con lo establecido en el apartado 3 del artículo 225 del TRLCSP, no procede acordar la devolución de la garantía definitiva constituida por el contratista hasta que no se determinen los daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato haya podido ocasionar a la Administración contratante.

»Tercero.- No habiendo ejecutado la contratista obra o instalación alguna en los comedores escolares gestionados desde el inicio del curso 2014/2015, no procede abonar a la [concesionaria] cuantía alguna por tal concepto”.

La Administración fundamenta la propuesta de resolución del contrato en dos motivos:

a) Como causa principal, la prevista en el artículo 285 del TRLCSP, esto es, “un incumplimiento del contratista que ha supuesto una perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público de comedor escolar que entraña un grave riesgo para la salud de los menores destinatarios del servicio público de comedor escolar y que genera una posibilidad cierta de producción de un riesgo grave al interés público”.

En este sentido, la propuesta de orden señala que está constatada de manera objetiva la aparición de una tuerca metálica en un plato de crema de hortalizas en un comedor escolar; que está descartada la intervención en los hechos de los escolares usuarios y de otras personas ajenas a la concesionaria; que no concurren causas de fuerza mayor y de caso fortuito, al constatarse la falta de previsión de la concesionaria respecto de los deberes de vigilancia, asistencia y control así como de seguridad alimentaria contenidos en el PPT y que la prueba aportada por la concesionaria es insuficiente para demostrar el exacto cumplimiento del contrato. Por ello, considera producido el incumplimiento referido.

Manifiesta asimismo que “con total independencia de cuál sea la exacta procedencia de la tuerca metálica que fue hallada en el plato del escolar, el hecho descrito es igualmente constitutivo de un incumplimiento grave de la contratista por cuanto ésta es responsable de la gestión integral del servicio que presta”, conforme se establece en las cláusulas 1.3, 4.4.1 y 4.4.2 del PPT.

b) De manera acumulativa y complementaria a la causa principal, la establecida en el artículo 223.g) del TRLCSP, “pues, habida cuenta de la gravedad que revisten los hechos descritos, del riesgo creado y de las consecuencias que se hubiesen podido producir –de no haberse detectado a tiempo- en la salud e integridad física de los destinatarios del servicio, así como la alarma social provocada en los usuarios del servicio prestado, si la contratista continuase en la ejecución de la prestación del servicio, existiría una posibilidad

cierta de producción de una lesión grave al interés público, por otra parte ya generado por causa solamente imputable a la contratista consistente en la ruptura de la legítima confianza que debe presidir las relaciones jurídicas existentes entre la contratista, la Administración y los destinatarios finales del servicio que se presta, por lo que las citadas circunstancias aconsejan, al amparo de lo establecido en el apartado 6 del artículo 225 del TRLCSP, iniciar un procedimiento para la adjudicación de un nuevo contrato, cuya adjudicación se efectuará una vez que finalice el presente procedimiento de resolución”.

La Administración considera que “la gravedad de los hechos acaecidos (...) tiene la suficiente entidad para que la Administración opte directamente por la resolución del contrato sin acordar una intervención previa del servicio público prestado por la contratista, y ello por estar en juego la salud y la integridad física de los menores destinatarios del servicio”. Añade que “La salud de los menores es un bien jurídico cuya protección y salvaguarda por esta Administración está por encima de cualquier otro interés y esta protección exige adoptar las medidas necesarias para evitar cualquier riesgo de menoscabo en la salud de los menores, al quebrar la legítima confianza de la Administración en el concesionario y que es necesaria para la continuidad en la ejecución del especial servicio que se presta, por no hallarse garantizadas las obligaciones a las que la concesionaria viene siendo obligada y que aparecen descritas en la cláusula 4, puesta en relación con la cláusula 1.3 del PPT”.

Decimoprimer.- *Informe de los Servicios Jurídicos.*

El 31 de agosto la Asesoría Jurídica de la Consejería de Educación informa favorablemente la propuesta de orden referida.

Decimosegundo.- *Autorización de la Junta de Castilla y León para la resolución del contrato.*

Por Acuerdo de 10 de septiembre la Junta de Castilla y León autoriza la resolución del lote 1 del contrato objeto de dictamen.

Decimotercero.- *Informe de la Intervención General.*

El 24 de septiembre el Jefe de Servicio de Intervención y Fiscalización de la Intervención General de la Administración “no tiene reparo que oponer a la

propuesta formulada y a que se instruya posteriormente el expediente para determinar la posible indemnización por los citados daños y perjuicios”.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para su dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h),3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.e) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

La preceptividad del dictamen resulta de lo previsto en el artículo 211.3.a) del TRLCSP, que establece que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de resolución del contrato, cuando se formule oposición por parte del contratista.

2ª.- La normativa aplicable al contrato viene determinada por el PCAP, el PPT, el TRLCSP y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

3ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 210 y 224 del TRLCSP y 109 del RGLCAP.

4ª.- El procedimiento se ha ajustado a lo establecido en el artículo 109.1 del RGLCAP para la resolución de los contratos: se ha dado audiencia a la contratista y a la entidad avalista -preceptiva al proponerse la incautación de la garantía definitiva-, y figura el informe de los Servicios Jurídicos, exigible a tenor de lo previsto en el artículo 109 del RGLCAP.

Ha de indicarse que el procedimiento no ha caducado, puesto que no ha transcurrido, desde la fecha del acuerdo de inicio (15 de mayo de 2015), el plazo máximo de ocho meses, establecido en el apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, para resolver y notificar los procedimientos de resolución de los contratos celebrados por la Administración General e Institución de la Comunidad de Castilla y León.

Por otra parte, dado que la celebración del contrato exigía, por razón de la cuantía, autorización de la Junta de Castilla y León, consta en el expediente remitido la autorización para su resolución, *ex* artículo 8.4 de la Ley 11/2014, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León.

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la resolución del lote 1 del contrato de gestión del servicio público de comedor escolar en los centros públicos docentes dependientes de la Consejería de Educación de la provincia de xxxx1 durante los cursos 2014/2015, 2015/2016 y 2016/2017, suscrito entre la Consejería de Educación y la concesionaria, que se opone a tal actuación.

Con carácter previo ha de recordarse que la función consultiva de este Consejo, al dictaminar sobre los expedientes sometidos a consulta, debe ceñirse a las actuaciones practicadas por la Administración consultante durante el procedimiento, sin que pueda realizar acto de instrucción alguno. Por ello, el presente dictamen ha de limitarse a valorar y a ofrecer el pronunciamiento del Consejo sobre lo que figura en la documentación obrante en el expediente.

Sentada esta premisa, deben examinarse las cuestiones que suscita el expediente objeto de dictamen y cuya respuesta determinará la procedencia o no de la resolución del contrato de gestión de servicio público: a) el origen o procedencia de la tuerca metálica que se halló en el plato de comida y b) la entidad del incumplimiento alegado como causa de resolución, causante de una perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público de comedor escolar y de un riesgo para la salud e integridad física de los menores usuarios del comedor. Procede el análisis separado de cada una de ellas.

A) En primer lugar, la concesionaria niega que la aparición de la tuerca metálica hallada en el plato sea imputable a ella y que haya existido incumplimiento contractual: por un lado, porque afirma que se ha cumplido

estrictamente con todas las exigencias derivadas del contrato: se han realizado los necesarios controles para garantizar que los platos se sirven a los usuarios escolares en perfectas condiciones de higiene y se han seguido todos los protocolos para asegurar la trazabilidad de los alimentos y la seguridad alimentaria; por otro lado, porque asevera que la tuerca no procedía de su cocina, instalaciones o procesos productivos y que “todos los elementos de juicio de que se dispone apuntan a una procedencia de la tuerca ajena a [la concesionaria], dado que no consta evidencia alguna que permita acreditar que la presencia de dicha tuerca sea consecuencia del proceso productivo o de las instalaciones empleadas por [la concesionaria]”. Alega que se trata de caso fortuito o fuerza mayor, de la que no puede derivarse responsabilidad alguna para la concesionaria, o incluso insinúa que podría tratarse de la actuación de un tercero ajeno a la concesionaria, ya que las monitoras del comedor “intuyen que algún niño puede haber hecho llegar la tuerca al plazo” y que “se ha comprobado que existen tuercas de características muy similares a la aparecida en juguetes utilizados por los alumnos del centro escolar”.

La Administración, por su parte, descarta la intervención en los hechos ocurridos de personas ajenas a la concesionaria, considera no acreditada la implicación de los escolares usuarios del comedor escolar y niega la existencia de causas de fuerza mayor o de caso fortuito.

La controversia sobre el origen o la procedencia de la tuerca metálica es una cuestión de carácter eminentemente probatorio, para cuya solución debe valorarse, de acuerdo con las reglas generales sobre la carga de la prueba, no solo el esfuerzo probatorio desplegado por las partes en el procedimiento, sino también, y sobre todo, los elementos de prueba obrantes en el expediente remitido.

Sobre esta cuestión, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de junio de 2004, señaló que “debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba, más que una obligación o deber jurídico constituye una facultad cuyo ejercicio es necesario para la obtención de un interés, y su determinación sirve para señalar en cuál de las partes del proceso recae la consecuencia derivada de la falta de ejercicio de tal facultad. El problema que resuelve la carga de la prueba es el de la determinación de quién debe soportar el riesgo de la falta de prueba. Las reglas que distribuyen entre las partes la carga de la prueba de los hechos necesitados de ella importan sólo en

el supuesto de que el hecho o hechos de que se trate no lleguen a ser probados. El *onus probandi*, señala la jurisprudencia, no tiene otro alcance que determinar las consecuencias de la falta de prueba (STS 9 de abril de 1999). El Tribunal, en el momento de dictar sentencia, debe realizar un juicio de verosimilitud de las afirmaciones fácticas aportadas o introducidas por las partes a fin de procurar la satisfacción jurídica de las pretensiones deducidas a través de la subsunción de los hechos en las normas jurídicas aplicables. En el supuesto de que el Tribunal no pueda vencer el estado de incertidumbre por la falta de prueba o por la insuficiencia de la practicada, el ordenamiento jurídico señala las reglas en virtud de las cuales se determina la parte que resulta perjudicada al no considerarse probadas determinadas afirmaciones.

»El reparto de la carga de la prueba entre las partes obedece a una determinación legal sustraída a la disponibilidad de aquellas. Y ante la falta de referencia expresa en la LJCA, el problema no se resolvía de acuerdo con el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, que sólo impone al administrado la carga de recurrir, no la de probar, sino que se acudía, en el momento a que se contraen las actuaciones, al derogado artículo 1.214 CC ubicado sistemáticamente en la regulación de la prueba de las obligaciones, elaborándose sobre el principio general que atribuía a cada parte la carga de la prueba sobre los presupuestos de la norma invocada a su favor”.

Es indiscutido el hecho que ha motivado la incoación del procedimiento de resolución contractual, esto es, la aparición de un objeto extraño, una tuerca metálica, en uno de los platos de comida servido a los usuarios de un comedor escolar. Tampoco ofrece duda que este hecho, en sí mismo, constituye una anomalía en la ejecución del contrato. Es por ello que, de acuerdo con las reglas sobre la carga de la prueba antes citada, ante esta evidente irregularidad ocurrida durante la prestación del servicio de comedor escolar, incumbe a la concesionaria probar que esta alteración en el desarrollo normal del contrato se ha producido por una causa no imputable a ella, ya sea caso fortuito, fuerza mayor o intervención de terceros ajenos a la concesionaria.

Sin embargo, de la documentación aportada al expediente no se infiere que el origen o procedencia de la tuerca haya sido la intervención de terceros ajenos a la concesionaria.

La concesionaria afirma que “todos los elementos de juicio de que se dispone apuntan a una procedencia de la tuerca ajena a [la concesionaria], dado que no consta evidencia alguna que permita acreditar que la presencia de dicha tuerca sea consecuencia del proceso productivo o de las instalaciones empleadas por [la concesionaria]”. Basa tal conclusión en la manifestación recogida en el informe del director del centro escolar, según la cual, las monitoras del comedor “intuyen que algún niño puede haber hecho llegar la tuerca al plato”, en el hecho de que la presencia de la tuerca se detectó después de servidos los platos, no en el momento de servir los platos (alega que “no consta en ninguna de las declaraciones efectuadas por el personal a cargo del servicio que se advirtiera sonido metálico alguno al servir los platos que pudiera hacer notar la presencia de dicha tuerca en la crema de hortalizas) y en el hecho, comprobado por la concesionaria según indica ésta, de que “existen tuercas de características muy similares a la aparecida en juguetes utilizados por los alumnos del centro escolar”.

Tales afirmaciones no se consideran suficientes, a juicio de este Consejo, para tener por probado que la presencia de la tuerca en el plato se debió a la intervención de los escolares usuarios del comedor. En el informe del director del colegio, aludido por la concesionaria, se hace constar la “intuición” de las monitoras sobre el posible origen de la tuerca, pero también se refleja que los escolares negaron cualquier intervención en el suceso (“todos los de la mesa [en la que se produjo el incidente] dicen que no observaron nada raro hasta que su compañero sacó la cuchara del plato y les dijo lo que veía”). Tal y como señala la propuesta de orden, la mera intuición de las monitoras del comedor no es suficiente para confirmar el origen escolar de la tuerca y tampoco la simple alusión por la concesionaria a unas declaraciones del personal a cargo del servicio (que además no obran en el expediente remitido). Debe ponerse de manifiesto que la propia concesionaria, a la que incumbe la carga de probar el origen extraño de la tuerca y la intervención de terceras personas como circunstancia exonerante de su responsabilidad, no ha propuesto la práctica de la prueba testifical, al menos de las monitoras y del personal a cargo del servicio; trámite éste, más que oportuno en este caso, que habría permitido examinar a aquellos y, quizá, esclarecer o, al menos, despejar algunas dudas sobre el posible origen de la tuerca (la propia concesionaria, en la página 4 del escrito de alegaciones matiza “en el caso de que supusiéramos que la tuerca se introdujo por uno de los alumnos, lo cual ni se ha acreditado ni se ha descartado”).

Sin perjuicio de lo anterior, se echa en falta en el expediente algún pronunciamiento técnico por parte de la Administración sobre la existencia o no de “tuercas de características muy similares a la aparecida en juguetes utilizados por los alumnos del centro escolar” –hecho éste alegado por la concesionaria-. Si bien es cierto que la simple alegación de esta circunstancia no prueba, por sí sola, la realidad de su existencia, debe reprocharse a la Administración que, puesto que indica en el informe propuesta y en la propuesta de orden que tal afirmación “es una mera suposición del alegante”, no haya fundamentado el rechazo a tal aseveración con algún informe técnico que avale la inexistencia de tuercas similares en el recinto del comedor escolar o del centro escolar.

Por otra parte, la concesionaria tampoco ha aportado al procedimiento indicio o prueba documental o pericial alguna acreditativa de que en el ejercicio de sus deberes de vigilancia, asistencia y control, así como de seguridad alimentaria, previstos en el PPT, ha adoptado las necesarias medidas técnicas y organizativas para que un suceso de estas características no pueda producirse sin la concurrencia de terceros ajenos a la concesionaria.

En cualquier caso, prescindiendo de meras conjeturas o hipótesis fácticas no acreditadas, ante la omisión probatoria referida y la ausencia de otros datos que razonablemente permitan concluir lo contrario, a juicio de este Consejo Consultivo, los elementos probatorios aportados al expediente se consideran insuficientes para tener por probada la participación de los escolares en la producción del incidente.

Sobre la valoración de pruebas, la Sentencia de 21 de junio de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, antes citada, señala que “la valoración de las pruebas según ‘la sana crítica’ excluye la convicción judicial formada caprichosamente o por simples conjeturas, debiendo suponer aquella una deducción racional o lógica acorde con las máximas de la experiencia. Así, pues, es necesario que la convicción judicial formada sobre los hechos debatidos sea el resultado de la utilización de la lógica en el proceso intelectual. En definitiva, el convencimiento judicial no ha de basarse en ‘criterios subjetivos de apreciación *ex animi sententia*, sino de acuerdo con los criterios objetivos de las reglas de la lógica en cuanto uniformidades rectoras de las relaciones de inferencias que acreditan, cuando son observadas en el raciocinio jurídico, la correcta asignación de certeza procesal a hechos discutidos por los

litigantes y sometidos a la verificación de los medios probatorios' (cfr. SSTs de 27 de enero de 1977 y 28 de septiembre de 1993, entre otras)".

La anterior conclusión conlleva que tampoco pueda acogerse la alegación de la concurrencia de causas de fuerza mayor ni de caso fortuito. La concesionaria considera que se trata de un suceso que, de haberse podido prever, resulta prácticamente inevitable, y justifica la concurrencia de estas causas por la intervención efectiva de terceros ajenos y a la imposibilidad de "una vigilancia individual, continua y permanente de todos y cada uno de los alumnos para evitar que introduzcan objetos en la comida [en caso de estar este hecho probado] pues esto exigiría la presencia de un cuidador por alumno (debe recordarse que el PPT exige un cuidador por cada 25 alumnos, en el caso de primaria)". Como se ha expuesto, la alegación no puede encontrar favorable acogida al no estar suficientemente acreditada la intervención de terceros ajenos a la concesionaria (escolares u otras personas) en el incidente.

B) La segunda cuestión que plantea el expediente es la relativa a la entidad del incumplimiento de la contratista, alegado por la Administración como causa de resolución, y su aptitud para ocasionar una perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público de comedor escolar y un riesgo para la salud e integridad física de los menores usuarios del comedor.

La Administración afirma que "con independencia de cuál sea la exacta procedencia de la tuerca metálica que fue hallada en el plato del escolar, el hecho descrito es igualmente constitutivo de un incumplimiento grave de la [concesionaria] por cuanto ésta es responsable de la gestión integral del servicio que presta". Considera que el incumplimiento ha supuesto una perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público de comedor escolar, "consistente en la creación de una situación de riesgo real que ha puesto en peligro la salud y la integridad física de un menor, generando además una alarma social en los destinatarios del servicio, que es en todo caso contraria al interés público perseguido por la Administración, con la consiguiente quiebra de la legítima confianza que es necesaria para la correcta prestación del servicio de comedor escolar".

La concesionaria alega, en su defensa, que se trata de un hecho puntual y aislado que fue solventado inmediatamente sin ningún tipo de consecuencia para el servicio; que no ha existido perturbación grave y no reparable que impida

la continuidad del servicio en condiciones normales, por lo que no es de aplicación el artículo 285 del TRLCSP; y que no se han producido perjuicios para el interés público ni para la salud de los menores, por lo que no concurre la causa prevista en el artículo 223.g) del TRLCSP.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2014, antes citada, a la que se remite en lo que atañe a la entidad de los incumplimientos contractuales la Sentencia 797/2010, de 10 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, declara que "es cierto, en el plano teórico, que la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal.

»De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de esta Sala como de la Primera del mismo Tribunal, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en que consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato. O, dicho en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones accesorias o complementarias, que no impidan, por su escasa entidad, alcanzar el fin del contrato".

Este mismo criterio se reitera en la Sentencia de 12 de marzo de 2008, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, que exige, para poder acordar la resolución del contrato, que el incumplimiento en que se incurra de las obligaciones contraídas con ocasión del mismo sea de calificar como grave en cuanto afecta a la propia esencia y objeto del contrato.

De acuerdo con ello, reviste fundamental importancia la valoración del incidente ocurrido y su trascendencia en relación con la prestación esencial del

contrato, al objeto de determinar si este incumplimiento es o no sustancial a los efectos de la resolución del contrato.

No ofrece duda alguna que la prestación esencial del contrato es la de servicio de comedor escolar, es decir, el "suministro" de comida, adecuada y en perfecto estado de sanidad y seguridad alimentaria, a los escolares, y tampoco que la aparición de un objeto metálico (en este caso, una tuerca metálica) en la crema de hortalizas servida a uno de los usuarios constituye una importante anomalía en la prestación del servicio cuya trascendencia es evidente, no solo para la adecuada consecución del fin del contrato, sino también para la salud e integridad física de los menores usuarios del comedor.

La concesionaria pretende minimizar, con base en el informe médico pericial que aporta, los riesgos que la ingesta de la tuerca metálica podría haber ocasionado para la salud e integridad física del menor (de 7 años de edad, al estar cursando 2º de Primaria). Pero lo cierto es que dicho informe, aunque considera improbable que pueda producirse perforación u obstrucción en caso de ingerirse tal elemento, no descarta por completo que pueda ocurrir este hecho (el informe señala que "al ser un objeto como difícilmente produciría obstrucción", que "es difícil que produzca obstrucción, salvo que exista patología intestinal previa" o que por "las dimensiones y la forma del objeto (como) difícilmente podría enclavarse ni producir obstrucción"); de lo que se infiere que tal riesgo para la salud e integridad física de los menores, aunque mínimo, potencialmente existía.

Ahora bien, no cabe obviar que la nota determinante del incumplimiento que ha dado lugar al procedimiento de resolución contractual no es la forma, tamaño o peligrosidad del objeto encontrado sino la presencia misma de un objeto metálico en una comida servida en un comedor escolar, cuya ingesta reviste peligrosidad, con los potenciales riesgos que de ello podrían derivarse para la salud y la integridad física de los menores. De no ser así, es decir, de atenderse a la forma o tamaño del objeto detectado, se llegaría a la irracional -a juicio de este Consejo- conclusión de que la entidad del incumplimiento dependería, no de la aparición misma de un objeto metálico extraño a la alimentación, aun cuando estuviera acreditado que procede de las instalaciones de la empresa o tiene su origen en la trazabilidad de su producción, sino de la forma, tamaño o peligrosidad del objeto. Esta conclusión, que conllevaría una diferente consecuencia si se tratara, como en este caso, de una tuerca, de pequeñas

dimensiones y de forma roma, que si se hubiera hallado una punta, una escarpia o pendiente puntiagudo u otro objeto de mayores dimensiones, no parece razonable.

Sentado lo anterior, puede afirmarse que el simple hallazgo en la comida servida en un comedor escolar de un objeto que, en caso de ser ingerido, es potencialmente peligroso para la salud y para la integridad física, al no haberse acreditado un origen o procedencia del objeto ajeno a la concesionaria (como se ha expuesto *ut supra*), sugiere la existencia de una negligencia, fallo o control inadecuado en la trazabilidad y seguridad de los alimentos, desde su preparación hasta su destino final para ser servida y consumida por los usuarios del comedor escolar; deficiencia que constituye un incumplimiento grave de la concesionaria como responsable de la gestión integral del servicio público de comedores escolares.

Esta deficiencia en la vigilancia de la adecuada gestión del servicio, que ha impedido detectar en este caso concreto la presencia en la comida de un objeto no consumible y potencialmente peligroso para la salud, conlleva una perturbación grave, y no reparable por otros medios, del servicio público, en la medida que se ha quebrado la legítima confianza en la concesionaria para que pueda prestar adecuadamente el servicio; y ello no solo porque ésta no ha acreditado en el procedimiento su capacidad técnica y organizativa para poder detectar y prevenir sucesos como el ocurrido, sino porque tampoco parece estar garantizado que un hecho de similares características no pueda producirse en el futuro; lo que compromete seriamente la prestación efectiva del servicio.

Como indica la Sentencia de 26 de diciembre de 2013, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, citada por la concesionaria en sus alegaciones, el incumplimiento al que se refiere el actual artículo 285 del TRLCSP "ha de ser no sólo de índole objetiva -es decir, inclusive ajena a la voluntad subjetiva del contratista-, sino revestir especial trascendencia y gravedad para el propio y normal desempeño de la gestión del servicio público encomendado, comprometiendo su prestación efectiva -según sentó reiterado, añejo y consolidado tenor jurisprudencial plasmado, entre otras, por aquellas sendas Sentencias de fechas 26 de Marzo de 1987; 27 de Julio de 1988 y 9 de Abril de 1990, dictadas por la Sala III de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo-, al resultar patente la `perturbación del servicio público´".

En definitiva, este Consejo Consultivo considera que la concurrencia de las circunstancias expuestas (presencia de un objeto extraño, y peligroso para la salud, en la comida, falta de acreditación de que la concesionaria dispone de los medios técnicos y organizativos precisos para detectar, y evitar, a futuro hechos similares) son suficientes para apreciar que se ha producido una perturbación grave y no reparable por otros medios del servicio público de comedores escolares que habilita para proceder a la resolución del contrato, conforme a lo previsto en el artículo 285 del TRCLSP; y ello a pesar de que afortunadamente, como alega la empresa, no se haya producido ninguna lesión o problema sanitario al detectarse la tuerca antes de ser ingerida.

Finalmente, ha de indicarse que la medida resolutoria no se considera desproporcionada, puesto que es indudable que la Administración ha de ser extremadamente exigente sobre las condiciones en las que los alimentos se sirven a los usuarios en los comedores escolares, pues está en juego la protección y salvaguarda de un bien jurídico fundamental como es la salud e integridad física de los menores escolares.

En conclusión, se aprecia, por los motivos expuestos, que existe causa suficiente para resolver el contrato de gestión del servicio público de comedores escolares, respecto del lote 1, por incumplimiento de la concesionaria, que sólo puede ser calificado como culpable.

6ª.- El incumplimiento culpable del contratista provoca, como efectos de la resolución, la obligación de la concesionaria de indemnizar los daños y perjuicios que hayan podido ocasionarse a la Administración contratante por la actuación de aquella, resarcimiento que deberá hacerse efectivo en primer lugar sobre la garantía definitiva que se hubiera constituido, *ex* artículo 225.3 del TRLCSP.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede resolver el lote 1 del contrato de gestión del servicio público de comedor escolar en los centros públicos docentes dependientes de la Consejería de Educación de la provincia de xxxx1 durante los cursos 2014/2015, 2015/2016 y 2016/2017, suscrito entre la Consejería de Educación y la Unión Temporal de Empresas qq1 S.A. – qq2 S.L.U.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.