



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 209/2010

(Sección 1ª)

La Laguna, a 14 de abril de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la extinción de una concesión cedida a la entidad mercantil S.T., S.L., sin derecho a indemnización, como consecuencia de una infracción administrativa muy grave (EXP. 160/2010 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

Mediante escrito de 2 de marzo de 2010, con registro de salida 10 de marzo y de entrada en este Consejo de 11 de marzo de 2010, el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife solicita, preceptivamente, por el procedimiento ordinario, conforme al art. 11.1.D.d) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, Dictamen sobre la Propuesta de Resolución relativa a la extinción de la concesión administrativa para la explotación comercial de kiosco-bar, sin derecho a indemnización, que hasta ahora ha venido explotando la entidad S.T., S.L., por "infracción administrativa muy grave prevista en la cláusula 10 del pliego de condiciones económico-administrativas"; es decir, "no respetar el objeto de la concesión y los límites establecidos en la misma", con dación de cuenta a la Junta de Gobierno Local de la ciudad.

II

Los antecedentes más relevantes del procedimiento tramitado son los siguientes:

El Ayuntamiento Pleno, en su sesión del día 22 de diciembre de 2000, acordó aprobar el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas que habría de regir la

* PONENTE: Sr. Díaz Martínez.

contratación de referencia, habiéndose modificado el mismo por Acuerdo del mismo Ayuntamiento Pleno de fecha 16 de marzo de 2001.

Tramitado el expediente de contratación, por Acuerdo plenario de fecha 22 de junio de 2001 se resolvió la adjudicación a favor de R.V.M., habiéndose formalizado y firmado el contrato el 14 de septiembre de 2001.

El Pleno, en sesión ordinaria celebrada el día 21 de noviembre de 2003, acordó autorizar la cesión de la concesión administrativa para la explotación comercial del kiosco-bar sito en el Parque D.Q. a la entidad S.T., S.L., habiéndose firmado el contrato de cesión entre el Ayuntamiento y la mencionada entidad cesionaria el día 23 de diciembre de 2003.

Desde dicha fecha constan en el expediente numerosas incidencias: informes, actas policiales y denuncias vecinales acerca del defectuoso funcionamiento del referido kiosco (mal estado del local, carencia de medidas de seguridad, exceso de horario de cierre establecido, incumplimiento de la normativa sobre derecho de admisión, ruidos y molestias a los vecinos, desórdenes en las vías y espacios anejos, etc.), habiéndose procedido, en los meses de octubre a diciembre de 2006, a la instrucción de un expediente sancionador por no mantener la seguridad, salubridad y ornato del dominio público concedido, con adopción de la medida provisional de clausura inmediata de la instalación hasta la subsanación de las anomalías existentes.

El 3 de octubre de 2006, el Servicio de Proyectos Urbanos, Infraestructuras y Obras emitió informe según el cual "en el acta policial de fecha 12 de agosto de 2006, se denuncia que carece de seguro de responsabilidad civil obligatorio que establece la cláusula 9, apartado 12, del pliego de condiciones económico-administrativas relativo a la concesión". Asimismo, se denuncia "la instalación de una máquina expendedora de tabaco contraviniendo la cláusula 9, apartado 16 del pliego anteriormente mencionado, constituyendo una falta grave tipificada en la cláusula 10.e) de dicho pliego". También "se denuncian las molestias que según manifestaciones de los vecinos son reiteradas constituyendo una falta grave tipificada en la cláusula 10.f) del pliego de condiciones". Por todo ello "se considera debe incoarse expediente sancionador, teniendo en cuenta que la reiteración de dos faltas graves sancionables dan lugar a la extinción de la concesión [cláusula 10.a) y cláusula 11 del pliego mencionado]".

Por Decreto del Concejal Delegado en materia de Infraestructura y Obras de fecha 9 de octubre de 2006 se acuerda el inicio de expediente sancionador contra la

entidad S.T., S.L., concesionaria del kiosco-bar, por posible comisión de infracción tipificada como muy grave.

El día 20 de octubre de 2006, los técnicos municipales del Servicio de Proyectos Urbanos realizan visita de inspección a la instalación y levantan acta en la que se recogen las anomalías e irregularidades detectadas, elaborándose informe de fecha 25 de octubre de 2006 del siguiente tenor: "La habitación de acceso al kiosco-bar, que según manifiesta (el concesionario) lo utiliza de almacén, se encuentra desordenada y sucia, con numerosos muebles apilados, cubos de basura con desperdicios, botellas de butano, cajas de refrescos y cervezas apiladas, cajas de carne congelada fuera del congelador, circón congelador, sacos de papas, máquina expendedora de tabaco, neumáticos (...). En dicha habitación existe un habitáculo en cuyo interior se encuentra almacenado, bajo llave, las bebidas alcohólicas y sacas de granos. En la cocina, en el momento de la visita, se encontraban elaborando comidas, actividad para la que no están autorizados. También se observan alimentos perecederos apilados en condiciones higiénico-sanitarias no adecuadas [huevos, carnes, quesos, pescados, granos, productos lácteos, etc. (...)]. Los aseos, tanto de señoras como de caballeros, se encuentran sucios, con falta de azulejos, cisternas y lozas sanitarias rotas, carpintería muy deteriorada e incluso una puerta rota. En uno de los aseos se encuentran almacenadas cajas de cerveza. En el vestíbulo de distribución de los aseos hay cubo de fregona, sillas, chapas metálica y de madera. En la terraza exterior solo [tiene (...)] instalado un televisor de gran tamaño".

En general, las condiciones de conservación, limpieza e higiene de la instalación del kiosco-bar no son las adecuadas. Por tanto, y visto lo anteriormente expuesto, se considera que como medida cautelar y hasta tanto no se corrijan las deficiencias observadas, se debe proceder al cierre del kiosco-bar, dándole un plazo de un mes al concesionario para que repare las mismas, pasado el cual se deberá girar de nuevo visita para comprobar si se encuentra en condiciones de volver a iniciar la actividad.

Al mismo tiempo, se considera que "debe sancionarse" a la empresa por falta recogida en la cláusula 9, apartado 3), sancionable como falta grave en la cláusula 10 o).

En cuanto al seguro de responsabilidad civil obligatorio, que asegure los riesgos de incendio y daños catastróficos que pudieran afectar a las instalaciones, así como seguro de responsabilidad civil y daños a terceros (cláusula 9.12), "*se debe pedir factura o certificado de haber abonado el mismo*".

El Servicio de Control y Gestión Medioambiental emite informe con fecha 24 de octubre de 2006, según el cual, "en el día de la fecha, siendo las 18:50 horas, personado en el citado kiosco (...) se observa falta de limpieza en el almacén, con objetos ajenos a la actividad, bombonas de gas, cartones, cables eléctricos, maquinaria en desuso. Los productos alimenticios no estaban aislados del suelo y los del frigorífico y neveras se encontraban sin cubrir y en recipientes no adecuados. No (...) agua caliente ni lavavajillas, para la limpieza de utensilios, cubiertos, vajilla, vasos (...). Se observa que los servicios sanitarios en el momento de la inspección se encontraban limpios, pero falta reponer inodoros y grifería.

Por lo observado, hay que acometer una limpieza puntual y diaria en todo el local, maquinaria, utensilios, techos, paredes, alicatado, etc."

La Junta de Gobierno de la Ciudad, en sesión celebrada el día 13 de noviembre de 2006, acordó la "iniciación de expediente sancionador" a la entidad S.T., S.L. adoptando como medida de carácter provisional la clausura inmediata del kiosco-bar hasta la subsanación de las anomalías detectadas. El 4 de diciembre de 2006 se procedió a la clausura y precinto del establecimiento. Esta medida provisional fue levantada por Acuerdo de la Junta de Gobierno el 22 de enero de 2007, *al haberse informado favorablemente las reparaciones y adecuaciones hechas en la instalación, y sin que conste la efectiva imposición de sanción alguna.*

Con fecha 20 de diciembre de 2007, y a solicitud del Servicio de Proyectos Urbanos e Infraestructuras motivado por denuncias vecinales, el Servicio de Control y Gestión Medioambiental de esta Administración elabora informe según el cual, "el día de la fecha, siendo las 19:02 horas, personado en el citado kiosco, donde se encontraban presentes dos personas (J.L.C. y C.Z.S.), que presentan los carnets de manipulador de alimentos en vigor de fecha 27 de septiembre de 2007 y de 26 de septiembre de 2007, (constando) la realización del curso de formación. En el momento de la inspección se estaban elaborando empanadillas en el almacén adjunto. El citado almacén se encuentra en desorden con objetos acumulados por doquier, bombonas, cartones, bolsas, maquinaria en desuso, sillas. Los productos alimenticios no están aislados del suelo y deben de estarlo; bolsas de azúcar, agua embotellada, pastas, harina. Las neveras a falta de limpieza y sin cubrir los alimentos con envases aptos para ello. Los productos de limpieza deben estar en lugar diferenciado y aislados del suelo. En la dependencia ubicada en la entrada donde tiene instalada una cocina, se encuentra suciedad y grasa en su alicatado, campana, extractor, maquinaria, y el bloque visto no alicatado. Es evidente que se

está elaborando comida. Parte del mostrador o encimera de material de mármol está con rotura que necesita su reposición. Aunque según nos comenta tiene realizado el control de plagas y desratización, no presenta documento alguno. Los servicios sanitarios se encontraban limpios, a falta de reparar dos grifos que no funcionan.

Ante los hechos observados, "hay que acometer una limpieza puntual y diaria en estas dependencias: pavimento, alicatado, maquinaria, neveras. Debiendo instaurar un sistema de autocontrol basado en análisis de peligros y puntos de control crítico (APPCC)".

El Servicio de Proyectos Urbanos e Infraestructuras, el 2 de mayo de 2008, en base a informes de la Policía Local relativos a que, según manifiesta un empleado, "sólo abren los fines de semana", así como que entre el día 13 y el 16 de febrero de 2008 "no ha habido actividad de ningún tipo" y el mencionado informe del Servicio de Control y Gestión Medioambiental, de fecha 20 de diciembre de 2007, propone que *debe incoarse expediente sancionador*, habida cuenta que con fecha 13 de noviembre de 2006 la Junta de Gobierno Local adoptó la medida de carácter provisional de la clausura inmediata del citado kiosco-bar, entre otros fines para garantizar la seguridad, salubridad u ornato del dominio público. Así como que se *deberá averiguar quien está explotando el citado kiosco-bar* e instar al concesionario en relación con *la falta de actividad en días laborables*. Teniendo en cuenta que dada la gravedad de las faltas o la reiteración de las mismas, faltas similares fueron denunciadas por este Servicio con fecha 3 de octubre de 2006, *se deberá estudiar la posibilidad de extinción de la concesión [cláusula 10.a) y cláusula 11] del Pliego de Cláusulas administrativas que rige la concesión*".

Con fecha 16 de mayo de 2008, a la vista de las denuncias de nuevas irregularidades en el desarrollo de la actividad del kiosco-bar, "se dicta Resolución por la Consejera Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo en la que se otorga trámite de audiencia a la entidad (concesionaria) y se le apercibe de la posible instrucción de expediente sancionador".

El 3 de abril de 2009 la Policía Local remite al Servicio de Proyectos Urbanos e Infraestructuras nuevas actas por infracción administrativa [a resultas de (...)] "controles policiales motivados por quejas vecinales".

El Servicio de Control y Gestión Medioambiental del Área de Gobierno de Calidad Ambiental, Seguridad y Servicios Públicos emite, con fecha 2 de abril de 2009, informe de inspección del kiosco bar del Parque del siguiente tenor literal: "*Almacén*

en desorden, objetos acumulados, bombonas, cartones, sillas. Productos alimenticios que no están aislados del suelo. Las neveras con falta de limpieza y sin cubrir los alimentos. Se está cocinando donde no reúne condiciones. Hay grasa, suciedad en alicatados y paredes. Los servicios sanitarios con suciedad, con la grifería estropeada y con mesas y sillas depositadas en el interior. La persona que estaba presente en el momento de la inspección, C.Z.S. se encuentra con el carnet de manipulador en vigor.

En el capítulo de "Medidas correctoras, recomendaciones sanitarias, etc. y plazo de ejecución" se indica que "hay que ordenar, limpiar, retirar objetos en desuso, limpiar neveras, azulejos, paredes, pavimento. Hay que limpiar baños y reparar grifería".

La Dirección Territorial del Distrito Salud-La Salle, uniendo copia de acta policial por infracción administrativa consistente en incumplir el horario de cierre establecido, el 21 de abril de 2009 remite comunicación a este Servicio, en el que concluye que *"a la vista de las innumerables quejas recibidas por los vecinos y la falta de responsabilidad por parte de las personas que regentan dicho kiosco-bar, se solicita el rescate de la concesión administrativa del kiosco-bar D.Q"*.

La Consejera Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo dicta Resolución el 29 de mayo de 2009 mediante la que da inicio al "expediente sancionador (...) por presunta comisión de infracción grave de las previstas en el cláusula nueve del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas rector de la contratación, consistente en no mantener la seguridad, salubridad y ornato del dominio público concedido", nombrando "instructora (...) Secretaria". Asimismo, se otorga a la entidad interesada "trámite de audiencia por plazo de QUINCE DIAS hábiles a contar desde el siguiente a la recepción de la notificación de esta Resolución, a los efectos de presentar cuantas alegaciones, documentos o informaciones estime conveniente y, en su caso proponer pruebas", con advertencia "de que, en caso de no hacerse uso del derecho concedido, la iniciación del expediente sancionador podrá ser considerada propuesta de resolución, con los efectos previstos en los arts. 18 y 19 del referido Reglamento. Requerir a la entidad interesada (...) a fin de que aporten a esta Administración, en el mismo plazo previsto en el apartado anterior, documentación acreditativa de la suscripción (...) de la póliza aseguradora de los riesgos de incendio y daños catastróficos, así como del seguro de responsabilidad civil de daños a terceros. Advertir, asimismo, a la entidad concesionaria de la posible adopción de medidas de

carácter provisional, si así resulta necesario para evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción para la salvaguarda de los intereses generales”.

A fin de practicar la notificación de la anterior Resolución, debido a las dificultades puestas por el concesionario, se solicita el auxilio de la Policía Local, la cual redacta parte de servicio y practica la notificación con fecha 9 de junio de 2009.

P.L.P.P., actuando en nombre de la entidad interesada, presentó escrito de alegaciones dentro del trámite de audiencia concedido, con fecha de entrada en el Registro de la Subdelegación del Gobierno de 2 de julio de 2009. Al escrito de alegaciones se une documentación relativa a “posibles ataques xenófobos y recibo de abono de póliza [de seguros (...)] correspondiente al periodo 23 de marzo de 2009 a 23 de septiembre de 2009”.

El día 31 de julio de 2009 se lleva a cabo la inspección del kiosco-bar D.Q. por inspectores y técnicos de la Gerencia de Urbanismo acompañados por dos agentes de la Policía Local. Se formaliza y firma la correspondiente acta de inspección, de la que queda constancia en el expediente, junto a una amplia galería fotográfica.

En cuanto al acta de inspección sanitaria, las observaciones de la inspección son las siguientes: “las neveras carecen de control de temperaturas, los alimentos no están correctamente separados, donde se está cocinando no reúne condiciones sanitarias, los productos de limpieza no están en lugar adecuado y separado de los alimentos, no se lleva implantación de las APPCC, se siguen almacenando objetos en almacén adjunto y está pendiente un carnet de manipulador de alimentos”.

Por su parte, los técnicos del Servicio de Proyectos Urbanos e Infraestructuras, a consecuencia de la inspección practicada, elaboran informe del siguiente tenor: “En el momento de la inspección se encuentran en el kiosco-bar P.L.P.P. y C.Z.S. (...) sólo contando con carnet de manipulador de alimentos C.Z.S. El almacén (...) se encuentra desordenado y sucio, con numerosos muebles apilados, cubos de basura con desperdicios, cajas de frutas, cajas de refrescos y cervezas apiladas, varios recipientes plásticos con agua sucia. En la cocina, en el momento de la visita, se encontraban elaborando grandes cantidades de comida, *actividad para la que no están autorizados*. También se observan alimentos perecederos apilados en condiciones higiénico-sanitarias no adecuadas. Fregadero con agua sucia empozada. Los aseos, tanto de señoras cómo de caballeros, se encuentran sucios, con falta de azulejos, cisternas y lozas sanitarias rotas, carpintería muy deteriorada, lucernarios sucios (...). En el vestíbulo de distribución de los aseos hay diferentes objetos

almacenados [cubo de fregona, sillas mesas (...)]. En la terraza exterior sólo se está ocupando, con mesas y sillas, la zona techada, aproximadamente 46 m², teniendo instalado un televisor de gran tamaño. Las mesas y sillas son de material plástico. En el techo del kiosco-bar la rejilla de uno de los lucernarios está rota, lo que permite la entrada de suciedad por el hueco. Se ha abierto un hueco en la fachada del kiosco-bar, para la extracción de la cocina *sin autorización*.

En general, las condiciones de conservación, limpieza e higiene de las instalaciones (...) no son las adecuadas y, dadas las numerosas quejas recibidas en este Servicio sobre las condiciones del mismo y las molestias reiteradas del vecindario, así como que en el mismo año 2006 fue necesario proceder al precinto del local por las condiciones insalubres del mismo, se considera deben iniciarse los trámites para el rescate de la concesión”.

El 14 de septiembre de 2009, la Oficina de Distrito Salud-La Salle solicita, nuevamente, el rescate la concesión administrativa.

En fecha 9 de diciembre de 2009 se emite Resolución de la Consejera-Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo, en la que a la vista de los hechos acaecidos se propone *modificar la primera Propuesta de Resolución de forma que en lugar de sancionar la comisión de una falta grave se pasa a falta muy grave con todas las consecuencias que se derivan de la misma*.

En fecha 29 de diciembre de 2009 tiene registro de salida la notificación de la Resolución citada en el párrafo anterior; notificación que fue realizada el día 21 de enero de 2010 gracias al auxilio de la Policía Local, ya que ni en el lugar en el que se hallan ubicados los bienes de la concesión, ni en la sede que se señala como domicilio de la empresa [interesada (...)] se ha podido realizar la misma.

El día 8 de febrero de 2010 tiene entrada, en el registro de la Subdelegación del Gobierno en Tenerife, escrito de alegaciones de la entidad interesada, fuera de plazo.

El 26 de febrero de 2010 se emite informe-Propuesta del Servicio de Proyectos Urbanos, Infraestructuras y Obras, en el que se propone adoptar el Acuerdo de sancionar a la entidad mercantil S.T., S.L. con la extinción de la concesión, sin derecho a indemnización.

III

1. En lo que se refiere al régimen jurídico de la concesión, como señala la Propuesta de Resolución, la cláusula segunda del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas que rige la presente contratación indica que estamos en presencia de un "uso privativo de bienes de dominio público", regulado en los arts. 78.1.a) y 79 a 82 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por R.D. 1372/1986, de 13 de junio (RBCL), mediante concesión administrativa para la explotación de un *servicio público*, cuyo régimen jurídico se precisa en los arts. 114 a 137 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL).

La cláusula segunda del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas dispone, también, que "supletoriamente y en lo que no se prevé en el presente Pliego de Condiciones (...) se aplicarán con preferencia las normas contenidas en la Ley 7/1985 de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, el Reglamento de Bienes y el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), así como el Reglamento General de esta Ley, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Por lo demás, supletoriamente se aplican las restantes normas de Derecho público y, en su defecto, las de Derecho privado".

La Propuesta, asimismo, considera aplicable la Ley 1/1998, de 8 de enero, de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas (LEP), ya que estamos ante una "actividad clasificada".

2. En lo que respecta a la competencia sancionadora/resolutoria, la Propuesta de Resolución en el Fundamento de Derecho undécimo se remite a lo dispuesto en el art. 127 de la citada Ley 7/1985, modificada por la Ley 57/2003, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, sobre competencias de la Junta de Gobierno Local. El acuerdo tercero del informe-Propuesta prevé "dar cuenta del Acuerdo a la Junta de Gobierno Local".

Dicho art. 127 citada Ley 7/1985, modificado, en su apartado f) establece que corresponde a la Junta de Gobierno Local las contrataciones y concesiones, incluidas las de carácter plurianual, así como la gestión, adquisición y enajenación del patrimonio.

El art. 112.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP, dispone que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine (art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre). Esta normativa es aplicable a la presente contratación de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007, de 30 octubre, al ordenar en su apartado 2 que “los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

Sin embargo, el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas que rigió la contratación de la concesión de la explotación comercial del kiosco-bar, anterior a la modificación de la Ley 7/1985, de la citada Ley 7/1985, en su cláusula 4 estableció que el órgano de contratación será en todo caso el Excmo. Ayuntamiento Pleno.

IV

La secuencia de hechos, expuesta en el Fundamento II, nos permite efectuar algunas consideraciones sobre el procedimiento, que debe contar también con el informe del Servicio Jurídico de la Corporación, conforme el art. 109.1.c) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

1. La tramitación del procedimiento ha tenido una larga duración, de forma que estamos a algo más de un año de la extinción natural de la concesión. En efecto, adjudicada la concesión el 22 de junio de 2001, por 10 años improrrogables a contar de la fecha del contrato -14 de septiembre de 2001- el Pleno, en sesión celebrada el día 21 de noviembre de 2003 acordó autorizar la cesión de la concesión administrativa para la explotación comercial del kiosco-bar sito en el Parque D.Q. a la entidad S.T., S.L., firmándose el contrato de cesión el día 23 de diciembre de 2003.

Al respecto se señala una importante dilación en la adopción de la decisión de incoar el correspondiente procedimiento resolutorio, cuando se habían incorporado a

las actuaciones toma de razón suficiente de acciones y omisiones, que eran indicativas de tipos de infracción previstas en el Pliego.

Es de tener en cuenta que ya en su día se efectuaron inspecciones de las instalaciones advirtiendo de diversas irregularidades, que motivaron el precinto de las instalaciones a los efectos de que se procediera a su subsanación, levantándose el mismo el 22 de enero de 2007, al haberse informado favorablemente las reparaciones y adecuaciones hechas en las mismas.

Depurada la situación, el 20 de diciembre de 2007 se emite el primero de muchos otros informes, por parte de los servicios con competencias en la materia, acreditativos de múltiples incumplimientos y deficiencias, proponiéndose la incoación de expediente sancionador por posible causa extinción de la concesión [cláusula 10.a) y cláusula 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas que rige la concesión].

Tras una larga serie de informes, casi dos años después del primero de ellos, el 9 de diciembre de 2009 fue cuando se emite Resolución de la Consejera-Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo, en la que a la vista de los hechos acaecidos se propone modificar la primera Propuesta de Resolución, de forma que en lugar de comisión de una falta grave se considera como falta muy grave, con todas las consecuencias que se derivan de la misma. Notificada el 21 de enero de 2010, el 8 de febrero de 2010, tiene entrada en el registro de la Subdelegación del Gobierno escrito de alegaciones de la entidad interesada, fuera de plazo.

El 26 de febrero de 2010 se emite informe-Propuesta del Servicio de Proyectos Urbanos, Infraestructuras y Obras, en el que se propone adoptar el Acuerdo de sancionar a la entidad mercantil S.T., S.L. con la extinción de la concesión, sin derecho a la indemnización por infracción administrativa muy grave, prevista en la cláusula 10 del Pliego de Condiciones Económico Administrativas que han de regir la concesión administrativa: "no respetar el objeto de la concesión y los límites establecidos en la misma".

2. La concesión puede extinguirse como consecuencia del procedimiento de resolución del contrato.

El art. 111.g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP, prevé como causa de resolución del contrato el incumplimiento de las restantes

obligaciones contractuales esenciales. Al respecto, el art. 112.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dispone que la resolución por causas establecidas expresamente en el contrato tendrá las consecuencias que en éste se establezcan y, en su defecto, se regularán por las normas de la Ley y de este Reglamento sobre efectos de la resolución que sean aplicables por analogía.

El Pliego de Condiciones Económico-Administrativas que rigen la contratación de la concesión, en su cláusula 10, relativa a faltas muy graves, en los apartados b) y c) califica como tales “no respetar el objeto de la concesión y los límites establecidos en la misma” y “no ejercer directamente la explotación, traspasándola sin autorización municipal”. En la cláusula 11 se establece que “la comisión de faltas muy graves se sancionará en todo caso con la extinción de la concesión, previo trámite de audiencia al concesionario”.

Sin embargo, se consideran faltas graves no mantener “la seguridad, salubridad y ornato del dominio público concedido” [apartado d)], “realizar actividades no contenidas en el Pliego o efectuar obras e instalaciones sin la pertinente autorización municipal” [apartado e)], “causar molestias a la vecindad” [apartado f)] “el retraso en el cumplimiento de las directrices del Ayuntamiento tendentes a mejorar las instalaciones o a corregir las deficiencias en el mismo” [apartado g)]. Estas infracciones, reiteradamente advertidas -sanitarias e higiénicas-, son calificables según el pliego como graves y por ello llevan aparejadas sanción de multa (cláusula 11).

3. La Propuesta de Resolución en su Fundamento de Derecho sexto considera que el objeto de la concesión es claro en cuanto que la cláusula primera del Pliego de Condiciones establece que el kiosco se destinará a la venta de productos propios de los establecimientos denominados “bares”, sin que pueda dársele ningún otro uso que no sea el expresado. De conformidad con ello, señala que la actividad que se puede desarrollar es estrictamente la de bar, no pudiendo desarrollar la de restaurante, considerando que ha habido un evidente exceso en el desarrollo de la actividad y una vulneración del objeto de la concesión administrativa.

En efecto, conforme al objeto de la concesión (cláusula 1 del Pliego), el kiosco debe limitarse a vender productos propios de los “bares”, *sin que pueda dársele ningún otro uso que no sea el expresado*. Al actuar como restaurante vulnera el objeto de la concesión, por lo que es falta muy grave.

Por otra parte, de varios de los informes emitidos, 2 de abril y 14 de septiembre de 2009, resulta que la inspección acreditó que “la persona que regentaba en ese momento el local no pertenecía al titular de la concesión”, lo que sugiere un ejercicio no directo de la explotación, que de ser así, con traspaso de la explotación sin autorización municipal, constituiría, asimismo, una falta muy grave. Aunque no se determina con precisión en qué condición se encontraba la citada persona en el kiosco, del término utilizado (“regentaba”) *puede inducirse que no se trataba de un mero empleado, sino de alguien distinto del titular legal de la concesión, que actuaba ejerciendo directamente la explotación.*

Existen, por ello, causas para extinguir la concesión indicada.

4. Extinguida la concesión, consecuencia de los antedichos incumplimientos, deberá estarse a lo que se dispone en la legislación contractual respecto de la resolución culpable del contrato (cláusula 28), particularmente en lo que atañe a la fianza y los daños y perjuicios sufridos por los intereses generales.

El art. 113.4 TRLCAP dispone que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. De conformidad con el apartado 5 del citado art. 113 TRLCAP, en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida. Si se propone la incautación de la garantía es necesaria la audiencia, por plazo de diez días naturales, al avalista o asegurador [art. 109.1.b) del Reglamento General de la Ley de Contratos].

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, siendo procedentes la resolución contractual de la concesión y sus consecuencias. Al respecto se realizan diversas observaciones en los Fundamentos III y IV.