



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 8 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 23 de febrero de 2017.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tazacorte en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de concesión para el uso privativo de un Kiosco Bar de propiedad municipal, sito en (...) del municipio de Tazacorte, suscrito con la empresa (...) (EXP. 11/2017 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Tazacorte, es la Propuesta de extinción de la concesión de un kiosco-bar sito en la (...) y la resolución del contrato.

2. La legitimación del Alcalde para solicitarlo resulta de los arts. 11.1.D.d) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto citado con el art. 211.3, a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el cual es de aplicación en virtud de los arts. 2.1 y 3.1, a) del mismo y por la remisión del art. 78.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, a la legislación de contratación administrativa.

3. Se recaba Dictamen en cumplimiento del fallo de la sentencia de 14 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo contencioso-Administrativo Nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, recaído en Procedimiento Ordinario nº 356/2013, tramitado a instancia de la mercantil (...), contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 6 de agosto de 2013 por el que se declara la extinción de la concesión del kiosco-bar referenciado,

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

fallo que estima el recurso interpuesto, anula el acuerdo impugnado y acuerda la retroacción de actuaciones con la finalidad de que se solicite el preceptivo Dictamen de este Consejo Consultivo.

4. El presente procedimiento de resolución contractual -tras el inicio y la declaración de caducidad de uno anterior (de fechas 30 de enero y 20 de junio de 2013, respectivamente)- se inició de oficio el 20 de junio de 2013 por Decreto de la Alcaldesa y se resolvió por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento el 6 de agosto de 2013, que fue posteriormente anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Pleno del Ayuntamiento, el 9 de julio de 2015 asume la propuesta contenida en el informe jurídico emitido el 2 de julio de 2015 y, en cumplimiento de sentencia, tiene por anulado el Acuerdo de 6 de agosto de 2013, retrotrae actuaciones y solicita de este Consejo el preceptivo Dictamen.

5. El Acuerdo municipal de 9 de julio de 2015 fue remitido a este Consejo para dictamen en el que, debido a la existencia de informes insuficientes para valorar la resolución solicitada -pues no se responde a todas las cuestiones planteadas por la entidad concesionaria en sus alegaciones y ofrecimientos, ni se justifica motivadamente la imposibilidad de aplicar, en toda su extensión, el art. 223.g) TRLCSP, en lo que se refiere a «(...) la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I»-, se concluye con que no procede emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto debiéndose, en consecuencia, proceder a dar cumplida respuesta a las cuestiones planteadas, tras lo que se deberá elaborar una nueva Propuesta de Resolución que sea remitida a este Consejo para su dictamen.

6. Se remitió nueva documentación a este Consejo, que se concreta en el Decreto Nº 71/2016, del Alcalde, por el que se desestiman las alegaciones presentadas por (...), y en el Informe Propuesta de Resolución en relación con el expediente de extinción de concesión administrativa para uso privativo de un Kiosko-Bar a la citada entidad.

Por Dictamen 65/2016 este Consejo entendió no ajustada a Derecho la Propuesta de Resolución remitida, al apreciar la existencia de deficiencias procedimentales que producían indefensión al concesionario, lo que impedía emitir Dictamen sobre el fondo del asunto, debiéndose retrotraer las actuaciones a fin de pedir informe al Servicio Técnico sobre la veracidad de las manifestaciones vertidas por el concesionario, así como ponerle de manifiesto la nueva documentación obrante en el

expediente y que, una vez realizados esos trámites y redactada nueva Propuesta de Resolución, se solicitara dictamen de este Consejo Consultivo.

7. Se remite nueva documentación consistente en Informe del Servicio Técnico Municipal, alegaciones realizadas por el concesionario, así como Propuesta de Resolución, previo informe jurídico, por lo que procede entrar en el fondo del asunto.

II

1. Los antecedentes relevantes acreditados en el expediente sobre la concesión administrativa que se pretende resolver son los siguientes:

- Por acuerdo plenario de fecha 27 de septiembre de 2012, se procedió a la adjudicación del contrato de concesión administrativa de un Kiosco-Bar, en la (...), a la entidad mercantil (...). El contrato se suscribe el día 11 de octubre de 2012.

- La concesión administrativa tenía por objeto otorgar el uso privativo de un Kiosco Bar de propiedad municipal, sito en (...), de este municipio, mediante la modalidad de concesión administrativa, estableciéndose en dicho pliego que el plazo de utilización del bien de dominio público era de 15 años, a contar desde la firma del contrato.

Además, el adjudicatario debía realizar a su costa las obras de adecuación-reforma del kiosco existente y del entorno inmediato según el proyecto realizado por la Oficina Técnica Municipal (OTM) que se adjuntaba como anexo al Pliego de Condiciones, estableciéndose un plazo de ejecución de seis meses. Entre los deberes del concesionario, en la cláusula octava del Pliego de Condiciones se establecía la realización a su costa de las obras de adecuación y mejoras estéticas del Kiosco, previa autorización de la OTM y la construcción de un baño adaptado para personas con movilidad reducida.

Tal y como se señalaba en nuestro Dictamen 306/2015, «Los términos pactados son los contenidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares que han de servir de base a la concesión administrativa, que incluye (cláusula séptima) que el adjudicatario realizará a su costa las obras de adecuación-reforma del kiosco existente y de su entorno delimitado por el proyecto realizado por la Oficina Técnica Municipal. En ese proyecto, que contiene cómo ha de quedar el kiosco remodelado, existe descripción pormenorizada de las obras a realizar y en el capítulo dedicado a los presupuestos parciales (presupuesto parcial nº 1 DEMOLICIONES, folio 132). De la

lectura de las unidades de obra contenidas en el citado presupuesto parcial no se deduce que se trate de un previsión de demolición de todo el kiosco: "demolición de tabique (...)" ; demolición de solado de losa hidráulica (...)" ; arranque carpintería (...) por medios manuales, incluso limpieza, apilado y acopio de material a pie de obra" ; "levantado de fregadero (...)" ; "levantado de inodoro (...)" ; "levantado de lavabo (...)" ; "transporte de escombros (...)" ; y, finalmente, demolición de pavimento de hormigón en masa y de forjados de semiviguetas y bovedillas (...)" ».

- Con fecha 3 de diciembre de 2012, se emite informe por el Arquitecto Municipal, en el que se pone de manifiesto que las obras que se encuentran en ejecución en el Kiosco-Bar sito en (...), no se ajustan al Proyecto redactado por la OTM. Trece días antes, el 20 de noviembre de 2012 se había presentado instancia por (...), en representación de la entidad mercantil (...), solicitando licencia de obras en el Kiosco-Bar en (...).

- Mediante Decreto nº 514/2012 del Concejal de Planificación Urbanística, Obras Municipales, Vivienda, Playas y Nuevas Tecnologías, de fecha 7 de diciembre de 2012, se ordena la paralización de obras a la Sociedad concesionaria, por no contar con la preceptiva licencia municipal e incumplimiento con el contenido del Proyecto Técnico redactado por la OTM anexo al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para las obras de la citada concesión.

Se emite nuevo informe por el Arquitecto Municipal, de 11 de enero de 2013, en el que se manifiesta que «"se observa que se ha ejecutado una estructura de dos pórticos con las siguientes medidas: longitudinal 10 metros y transversal 5,50 metros con una altura libre de 2,50 metros y una sobre altura con una altura libre de 1,80 metros en toda la superficie de esta construcción".

"Que referente al kiosco antiguo fue demolido, pues se observa que lo que existe al día de la fecha es obra nueva, y que según consta en el expediente no se ha emitido licencia de obras para la reforma que se planteaba del kiosco antiguo, que fue solicitada por (...) en fecha 20 de noviembre de 2012 y ya no procede, pues el objeto de la licencia, que era la reforma del antiguo Kiosco (...), no es viable, por haberse demolido" ».

- Por Resolución de la Alcaldía nº 17/2013, de 18 de enero, se deniega la autorización y legalización solicitada por (...) y se le requiere para restablecer el orden jurídico perturbado, al resultar inviable la legalización de las mismas por haberse procedido por el concesionario a la demolición de la totalidad de la

edificación objeto del proyecto redactado por la OTM, convirtiéndose en obras de nueva planta, no amparadas por el planeamiento.

- En sesión extraordinaria del Pleno de la Corporación, celebrada con fecha 6 de agosto de 2013, se acordó la extinción de la concesión administrativa y resolución del contrato, así como la incautación de la garantía constituida por un importe de 5.250,00 € -acuerdo luego anulado por Sentencia de 14 de mayo de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de los de Santa Cruz de Tenerife- al considerar que los arts. 223 y siguientes (causas de resolución) y 237 y siguientes (estricta sujeción a las estipulaciones del Pliego, al proyecto y a las instrucciones recibidas) TRLCSP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como los arts. 109 y siguientes del Real Decreto 998/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas y, en concreto, el apartado g) del art. 223 del TRLCSP que establece como causa de resolución la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, así como el apartado 4 del art. 225 TRLCSP, que establece la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso culpable del contratista ya que como se desprende del expediente incoado que se ejecutaron obras por el concesionario no amparada en una autorización municipal, demoliendo el Kiosco Bar existente, de propiedad municipal, haciendo imposible el objeto de la concesión administrativa adjudicada.

2. Retrotraído el procedimiento por Sentencia de 14 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo contencioso-Administrativo Nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, recaído en Procedimiento Ordinario nº 356/2013, tramitado a instancia de la mercantil (...), contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 6 de agosto de 2013 por el que se declara la extinción de la concesión del kiosco-bar referenciado, se incorpora al expediente la siguiente documentación:

- Informe de los Servicios Técnicos Municipales, suscrito por el Arquitecto Municipal, en el que niega la veracidad de las manifestaciones vertidas por el concesionario, ya que no se comunicó ni al Ayuntamiento ni a los técnicos de la Oficina Técnica Municipal el inicio de obra por lo que no se dieron instrucciones al concesionario sobre las obras realizadas en el kiosco-bar sito en la (...).

- En las alegaciones, el concesionario recuerda que el 20 de noviembre de 2012, una vez formalizado el contrato de concesión, presentó solicitud de Licencias de Obras, dando cumplimiento así y de esta manera a la cláusula séptima y octava del

pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el sentido de solicitar la previa autorización de la Oficina Técnica Municipal.

Que en este mismo momento comienzan las obras de adecuación del KIOSKO BAR, en virtud de autorización verbal otorgada por la oficina técnica Municipal del Ayuntamiento de Tazacorte y concretamente de su Arquitecto Municipal (...), coincidente con la Dirección Facultativa de la obra y del concejal de obras y de planificación urbanística vivienda y playas y nuevas tecnologías.

Que con fecha 16 de diciembre se notificó Decreto número 514/2012 sobre paralización de obras a la Sociedad (...) representada por (...) En dicho decreto se explica que se suspenden como medida cautelar las obras por no contar con la preceptiva licencia municipal y por incumplir el contenido o prescripciones del Proyecto Técnico redactado por la Oficina Técnica Municipal y conceden plazo para legalizar obras.

Que con fecha 16 de enero de 2013 se presenta por parte del Adjudicatario escrito de solicitud de legalización además de la innecesaridad de solicitud de licencia de obras por ser una obra de iniciativa municipal.

Con fecha de notificación 25 de enero de 2013 se comunica al adjudicatario resolución del Ayuntamiento de Tazacorte sobre la desestimación de la Licencia de Obras presentada el pasado día 20 de noviembre de 2012, así como la imposibilidad de legalización de las obras ejecutadas hasta la fecha, y requerimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado.

Que a la vista de la no existencia de posibilidades de legalización de las obras ejecutadas hasta la fecha, según resoluciones de la Administración concedente, por no tener las mismas encuadre en el vigente Plan General de Ordenación Urbana y estando las obras suspendidas y con orden de restablecimiento del bien jurídico perturbado, y con el fin de la que las nuevas obras que se puedan ejecutar por el adjudicatario se adecúen a lo planificado en el vigente plan de Ordenación urbana del Municipio de la Villa y Puerto de Tazacorte es por lo que se solicita licencia de obras para la construcción de un Kiosko con las características técnicas y constructivas que indique el Ilustre Ayuntamiento de Tazacorte a través de su oficina técnica.

Reitera que siempre ha seguido las instrucciones indicadas desde la OTM, su dirección facultativa y el Concejal de Obras del Ayuntamiento de Tazacorte, instrucciones que se daban de forma verbal *in situ* en la obra.

Pone en conocimiento del Ayuntamiento que la Licencia de Obras fue solicitada ante el mismo sin que el mismo se pronunciara hasta la fecha, entendiéndose de igual forma que al tratarse de una obra de carácter e iniciativa municipal y por tanto un acto promovido por la Administración pública no hay necesidad de la concesión de licencia Administrativa de obras y, visto, que el Proyecto de Construcción fue redactado por la Oficina técnica del Ilustre Ayuntamiento de la Villa y Puerto de Tazacorte (se adjuntó el mismo a la solicitud de concesión administrativa) es por lo que entiende que la dirección facultativa de la Obra correspondería a las técnicas de la meritada oficina técnica, mostrando estos desde el inicio de las obras la conformidad con la demolición del antiguo Kiosco existente, así como la indicación por parte de la dirección facultativa a la concesionaria de cómo se debería realizar la obra, a sabiendas que estas indicaciones eran contrarias al Proyecto redactado por la misma oficina técnica. De igual forma el concesionario ha seguido fielmente las indicaciones de la Dirección técnica y facultativa de la obra, que en definitiva son los técnicos de la Administración.

Manifiesta que en el pliego de la concesión no consta como causa de resolución expresa la que se invoca, y a lo sumo la causa que se invoca es por interés público, por lo que entiende que no ha existido esa gravedad manifiesta para la extinción y/o resolución del contrato, elemento este necesario para resolver el mismo, máxime si se tiene en cuenta su voluntad manifiesta para la resolución del presente controversia, por lo que estima que de adoptar la presente medida se le estaría ocasionando un grave perjuicio económico además de la pérdida de unas expectativas de negocio a lo largo de la vida de la concesión.

Advierte que ha realizado a su costa las obras de adecuación reforma del Kiosco existente y de su entorno inmediato además de adaptarlo a personas con discapacidad, y de realizar obras para garantizar la conexión a las redes actuales y futuras, si bien todas estas obras las realizó siguiendo las estrictas órdenes de la Oficina Técnica Municipal, y todo ello una vez presentada la instancia o solicitud de licencia.

Igualmente advierte que una vez se constató que las obras no concordaban con el proyecto redactado por la oficina técnica se decretó orden de paralización de las mismas; que fueron demolidas a instancias del concesionario, pero antes el mismo solicitó nueva redacción de proyecto, que debería adecuarse a la normativa urbanística vigente, para someterse a la misma y cumplir con la cláusulas de la

concesión en aras de modificación del contrato conforme a lo dispuesto en el título V del Libro I.

En su opinión, lo anterior es muestra de la buena fe con la que ha actuado ante las diferentes decretos y órdenes de esa Institución, por lo que no es preciso resolver el presente contrato de concesión y menos aún requerir el pago de daños y perjuicios cuando es el concesionario el que ha manifestado sus intenciones de construir el nuevo Kiosko según proyecto redactado por la oficina técnica, el cual revertirá a la Institución finalizada la concesión.

Cree importante hacer hincapié en las declaraciones prestadas por (...) concejal del Ayuntamiento demandado, en el que observa poco fundamento en la justificación de la Administración, en las que el concejal de Obras, en sede de Comisión enseñó una portada en 3D en las que se reflejaba la realización de un nuevo Kiosko, es decir la realización de una obra nueva, que va en contra del plan general de Ordenación urbana y que ahora se pretende justificar por la destrucción del Kiosko cuando desde la OTM se autorizó en todo momento la construcción de esta obra siguiendo los pasos e instrucciones que de forma verbal se indicada al concesionario por parte de la Dirección facultativa de la misma.

Aprovecha el trámite de audiencia para proponer los siguientes medios de prueba:

1.- DOCUMENTAL, consistente en:

A) Unión al ramo de prueba de esta parte demandante los documentos acompañados al escrito de interposición del recurso y al de formalización de la demanda para lo cual se atenderá atento oficio al Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Uno Procedimiento Ordinario nº 358/2013. Materia Contratos Administrativos por lo que solicita un desglose de todos los documentos obrantes en los referidos autos.

B) Para que se aporte testimonio certificado de:

1.- Decreto 433/2013 sobre Declaración de caducidad del Expediente de Resolución de La Concesión Demanial para la Explotación de Un Kiosko Bar en la (...) del municipio de la Villa y Puerto de Tzacorte de fecha 24 de junio de 2013.

2.- Decreto 514/2012 sobre Paralización de Obras a sociedad (...) de fecha 7 de diciembre de 2012.

3.- Informe técnico/ Arquitecto Municipal de fecha 11 de enero de 2013, sobre el estado actual de la Concesión de Kiosko (...).

4.- Informe técnico/ Arquitecto Municipal de fecha 3 de diciembre de 2012, sobre la comprobación de si se ajustan las obras a la concesión.

5.- Informe Servicios Jurídicos del Ilustre Ayuntamiento de la Villa y Puerto de Tazacorte de fecha 14 de enero de 2013, sobre solicitud de licencia de obras de la Entidad (...).

6.- Informe de fecha 18 de febrero de 2013 sobre la valoración del Kiosko (...).

C) Para que se libre certificado de:

1.- Acta de sesión de la Comisión de urbanismo donde se autorizó la construcción en las que el concejal de Obras (...), en sede de Comisión enseñó una portada en 3D en las que se reflejaba la realización de un nuevo Kiosko, es decir la realización de una Obra nueva, que va en contra del plan general de Ordenación urbana, según manifestaciones de (...)

2.- TESTIFICAL, consistente en que se reciba declaración a:

(...) con domicilio a efectos de citaciones en Ilustre Ayuntamiento de Tazacorte sito (...), Santa Cruz de Tenerife.

(...) con domicilio a efectos de citaciones en Ilustre Ayuntamiento de Tazacorte sito (...), Santa Cruz de Tenerife.

(...) con domicilio a efectos de citaciones en Ilustre Ayuntamiento de Tazacorte sito (...), Santa Cruz de Tenerife.

(...), a citar por esta representación, cuando sea acordada por esta corporación.

D) PERICIAL: Para que el perito, Arquitecto Municipal (...), proceda a ratificarse en sus informes de fecha 11 de enero, 18 de febrero de 2013 y 3 de diciembre de 2013 (quiere decir 2012).

III

1. Finalmente, la Propuesta de Resolución, previo informe técnico jurídico, desestima las alegaciones presentadas por (...), por los motivos que se exponen a continuación:

- En relación a la licencia de obras, cuando se presenta solicitud de licencia de obras, el 20 de noviembre de 2012, las mismas ya se encontraban en curso de

ejecución, incluso el Kiosko ya demolido, incumpliendo, según consta en el informe del Arquitecto Municipal de fecha 3 de diciembre de 2012, las determinaciones del Proyecto de reforma del Kiosco redactado por la Oficina Técnica Municipal y anexo al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la concesión. Por tanto, tal solicitud de licencia debía entenderse como solicitud de legalización de las obras ejecutadas y así fue como se tramitó. La legalización de las mismas resultaba inviable, al haberse producido por el concesionario a la demolición de la edificación originaria y a la ejecución de una estructura totalmente alejada del Proyecto redactado por la Oficina Técnica Municipal. La demolición del inmueble modificó la naturaleza de la obra, convirtiéndose en obras «de nueva planta», las cuales no encuentran cobertura en el Plan General vigente. Por tanto, la pretensión del concesionario de que por parte de la Oficina Técnica Municipal se redacte un Proyecto para la legalización de las mismas resulta a todas luces una incongruencia, máxime cuando es responsabilidad del concesionario el incumplimiento de los términos de la concesión, al no contar con autorización e incumplir los términos del Proyecto anexo al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Y continúa:

No es cierto lo que afirma el concesionario en su escrito «Que la Licencia de Obras fue solicitada ante este Ayuntamiento sin que el mismo se pronunciara hasta la fecha (...)», pues consta en el expediente Decreto 17/2013 por el que se deniega la autorización y legalización solicitada por (...) y se le requiere para el restablecimiento del orden jurídico perturbado, extremo este que el propio concesionario reconoce en el punto Sexto de su escrito, por lo que entra en una clara contradicción al realizar esta manifestación. Asimismo, en el marco del Procedimiento Ordinario nº 356/2013 tramitado a instancia de (...) mediante resolución de fecha 13 de mayo de 2014, se solicitó la contestación por escrito a preguntas formuladas por el concesionario sobre estos extremos a (...) (arquitecto municipal) y (...) (concejal delegado del área), testimonios que obran en el expediente.

- En la cláusula séptima y octava del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la concesión administrativa del Kiosco Bar en la (...) de este término municipal, se establecen las obras a realizar por el concesionario, «previa autorización de la Oficina Técnica Municipal». Concretamente advierte como deber del concesionario «(...) obtener cuantos permisos y autorizaciones de las Administraciones u organismos públicos correspondientes que sean necesarios para el

ejercicio de la actividad, en concreto la licencia municipal de obras y la licencia de apertura». Se trata de actos de construcción realizados por particulares en bienes de dominio público, sin que en ningún momento conste autorización alguna o comunicación del inicio de las obras en cuestión, razón por la cual, mediante Decreto nº 514/2012 del Sr. Concejal de Planificación Urbanística, Obras Municipales, Vivienda, Playas y Nuevas Tecnologías, de fecha 7 de diciembre de 2012, se ordena a (...) la paralización inmediata de las obras que ha venido ejecutando en el Kiosco objeto de la concesión, las cuales no se ajustan al Proyecto redactado por la Oficina Técnica Municipal, ni cuentan con autorización de la misma. La ausencia de autorización así como de comunicación del inicio de las obras, impide que por parte de los Técnicos Municipales se lleve a cabo la labor de dirección facultativa, no constando en el expediente documento alguno que acredite que por parte de los Servicios Técnicos existía conocimiento de las obras en cuestión, ni que los mismos informaran al concesionario de la posible demolición del inmueble.

Resulta desconcertante que, por un lado se alegue por el concesionario que entiende innecesario solicitar licencia de obras a esta Administración y que asimismo conste presentada para dar supuesto cumplimiento a lo preceptuado en el pliego, a sabiendas que la presentación de la misma se efectuaba cuando las obras no solo se encontraban en curso de ejecución, sino se había procedido a demoler el kiosco originario, y se había ejecutado un kiosco de nueva planta, obras que resultaban contrarias al Proyecto de obras de la Oficina Técnica Municipal entregado al concesionario como anexo al Pliego de Cláusulas Administrativas.

- En relación a la ejecución de obras a costa del concesionario, entiende que según dispone la cláusula séptima del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la concesión administrativa del Kiosco Bar «El adjudicatario realizará a su costa las obras de adecuación-reforma del kiosco existente y de su entorno inmediato delimitado por el proyecto realizado por la Oficina Técnica Municipal, que se adjunta como anexo a este pliego, cuyo presupuesto de ejecución por contrata asciende a 75.287,39 €. Asimismo ejecutará a su costa cuantas obras sean precisas para garantizar la correcta conexión presente y futura de las redes propias de abastecimiento de agua, energía eléctrica y saneamiento con las redes generales de la zona y su adecuación a las normativas sobrevenidas (...) El plazo de ejecución de las obras de adecuación del kiosco y de las conexiones precisas para su funcionamiento, así como los baños y servicios será de SEIS meses a contar desde el

día siguiente al acta de comprobación del replanteo». No consta en el expediente remitido este Acta.

- En relación a la legalización de las obras, considera que la legalización de las obras ejecutadas resulta inviable al haberse procedido por el concesionario a la demolición de la edificación originaria, y a la ejecución de una estructura totalmente alejada del Proyecto redactado por la Oficina Técnica Municipal. La demolición del inmueble modifica la naturaleza de la obra, convirtiéndose en «obras de nueva planta», las cuales no encuentran cobertura en el planeamiento municipal vigente. Por tanto, la pretensión de que por parte de la Oficina Técnica Municipal se redacte un Proyecto para la legalización de las mismas resulta a todas luces una incongruencia, máxime cuando es responsabilidad del concesionario el incumplimiento de los términos de la concesión, al no contar con autorización y al incumplir los términos del Proyecto anexo al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la citada concesión. Recuerda que el Pliego es, en definitiva, la ley del contrato, con cita de jurisprudencia aplicable al caso.

- En informe emitido con fecha 11 de enero de 2013, (que consta en el expediente), el Arquitecto Municipal hace constar «(...) se observa que se ha ejecutado una estructura de hormigón de dos pórticos (...) Y que el kiosco antiguo ha sido demolido, pues lo que existe al día de la fecha es obra nueva (...) y que según consta en el expediente no se ha emitido licencia de obras para la reforma que se planteaba en el Kiosco antiguo (...)». Mediante Decreto de Alcaldía nº 17/2013, de fecha 18 de enero se deniega la autorización y legalización solicitada por (...), y se le requiere para restablecer el orden jurídico perturbado, al resultar inviable la legalización de las obras por haberse procedido por el concesionario a la demolición de la totalidad de la edificación objeto del proyecto redactado por la Oficina Técnica Municipal, convirtiéndose como hemos dicho en obras de nueva planta, no amparadas por el planeamiento.

El art. 64 de la citada Normativa de Ordenación Pormenorizada, al referirse a las condiciones particulares de las Plazas y Parques Infantiles (EL), en su párrafo 4 establece que «En las plazas y parques infantiles con superficie igual o superior a mil metros cuadrados (1.000 m²) se permiten edificaciones, construcciones e instalaciones fácilmente desmontables dedicados a kioscos, puestos de ventas, escenarios y servicios complementarios del uso característicos (aseos) con una edificabilidad máxima del 0,002 m²/m²». Por tanto, no cabe en la normativa vigente

la construcción de un kiosco de nueva planta, puesto que la normativa se limita a permitir construcciones e instalaciones fácilmente desmontables.

- En relación a la aplicación del art. 223 g) del TRLCSP, que contiene la causa de resolución del contrato «La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I», es aplicable en la medida en que la demolición del kiosco existente imposibilita ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, al desaparecer el objeto de la concesión, y no resultar posible reponerlo por tratarse de obras de nueva planta, no permitidas por el planeamiento vigente, y alejadas de la intención original de reformar un kiosco existente, acorde con el art. 64 de la Normativa de Ordenación Pormenorizada. «Ha de entenderse que si bien para esta Administración tal solución (la reconstrucción del inmueble) zanjaría la controversia suscitada, supondría ir en contra de la normativa urbanística vigente».

- En relación a la innecesaridad de la licencia por tratarse de una obra de iniciativa municipal se ha de considerar que se trata de una obra realizada por un particular en un inmueble municipal y, a este respecto, el art. 166 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias, y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo (TRLOTCENC, en adelante) en su párrafo 2º establece que «Están también sujetos a previa licencia urbanística los actos de construcción, edificación y uso del suelo que realicen los particulares en terrenos de dominio público, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que otorgue el ente titular de dicho dominio».

- En relación a lo manifestado sobre que «(...) la dirección facultativa de la Obra correspondería a los técnicos de la meritada oficina técnica, mostrando estos desde el inicio de las obras la conformidad con la demolición del antiguo kiosco existente, así como la indicación por parte de la dirección facultativa a la concesionaria de cómo se debería de realizar la obra, a sabiendas de que estas indicaciones eran contrarias al Proyecto redactado por la misma oficina técnica (...); se ha emitido por los Servicios Técnicos Municipales, tanto en el marco del Procedimiento Ordinario nº 356/2013 tramitado a instancia de (...), como en el expediente administrativo, sendos informes de fecha 3 de diciembre de 2012 , 11 de enero de 2013 y 31 de octubre de 2016, de los que se desprende que no se comunicó por el concesionario el

inicio de las obras y no dieron instrucciones al respecto en contra del Proyecto redactado por la Oficina Técnica Municipal. La ausencia de autorización así como de comunicación de inicio de las obras impide que por parte de los Técnicos Municipales se lleve a cabo la labor de dirección facultativa. Por otra parte, dice la técnico-jurídico que suscribe el informe, que no se encuentra en el expediente documento alguno que acredite que por parte de los servicios técnicos existiera conocimiento de las obras ni que los mismos informaran al concesionario de la posible demolición del inmueble, y no entra a valorar la veracidad de las declaraciones vertidas por el concesionario, apreciación que juzga subjetiva. Se adjuntan al informe los testimonios prestados por el arquitecto municipal y por el concejal delegado del área, emitidos a solicitud del concesionario.

- Se considera asimismo por el concesionario en su escrito de alegaciones que «(...) dado que en el pliego de Concesión no consta como causa de resolución expresa la que se invoca (...) entiende el concesionario que no ha existido esa gravedad manifiesta para la extinción y/o resolución del contrato (...)».

A la vista de la cláusula 11ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la concesión administrativa, que señala como causa de extinción de la concesión el incumplimiento grave por el concesionario de las cláusulas del Pliego y del contrato, se ha de señalar que el concesionario ha incumplido la cláusula 7ª y 8ª, en las que se establecía la obligación del concesionario de realizar a su costa las obras de adecuación y mejoras estéticas del kiosco, previa autorización de la Oficina Técnica Municipal y la construcción de un baño adaptado para personas con movilidad reducida conforme al Proyecto redactado por la Oficina Técnica Municipal, así como obtener cuantos permisos y autorizaciones de las Administraciones u organismos públicos fuesen necesarios para el ejercicio de la actividad, concretamente la licencia municipal de obras y la licencia de apertura, extremos estos incumplidos por el concesionario tal y como ha quedado acreditado en el expediente.

A lo anterior hay que añadir que el inmueble originario base de la concesión fue demolido por el concesionario, el cual procedió a ejecutar una edificación de nueva planta sin títulos habilitantes para ello, ni proyecto que lo amparase, edificación que no se ajustaba al planeamiento, razón por la cual, mediante Decreto de Alcaldía nº 17/2013 se insta al concesionario al restablecimiento del orden jurídico perturbado.

2. Igualmente, se rechazan la práctica de las pruebas propuestas al entender innecesarias o redundantes, ya que así mismo lo fueron en el seno del Procedimiento

Ordinario nº 356/2013 seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo Nº 1 de los de Santa Cruz de Tenerife, a instancia de (...) y ya constan aportados en sede judicial, en el expediente administrativo municipal y, por ende, a disposición de las partes.

3. Concluye la Propuesta de Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el art. 21.1. s) de la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las bases del Régimen Local, con: a) Declarar la extinción de la concesión para el uso privativo del kiosco-bar sito en (...), al no ser posible la ejecución del objeto de la concesión ya que se ha demolido el inmueble; b) resolver el contrato por incumplimiento culpable del concesionario incautando la garantía por un importe de 5.250,00 euros; c) reclamar al concesionario una indemnización de daños y perjuicios por una cuantía de 13.080 euros, correspondientes a la valoración de la instalación demolida, realizada por la OMT, de la que se deducirá el importe de la garantía incautada.

IV

1. El argumento principal que esgrime la Propuesta de Resolución para resolver el contrato de concesión del Kiosko bar es que la demolición de la estructura existente por parte del concesionario imposibilita ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, al desaparecer el objeto de la concesión, y no resultar posible su reposición por tratarse de obras de nueva planta, no permitidas en el planeamiento vigente, y alejadas de la intención original de reformar un kiosco existente.

Tal como se afirma en la Resolución por la que se deniega la licencia de obras solicitada por el concesionario, de acuerdo con la Disposición Transitoria Segunda de la Normativa Urbanística de Ordenación Estructural, el Kiosko está en situación legal de fuera de ordenación, en las que solo se permiten determinadas actuaciones siempre que se den las condiciones establecidas en la normativa aplicable. Y el art. 64 de la Normativa Pormenorizada, en su párrafo 4 establece que: «En las plazas y parques infantiles con superficie igual o superior a mil metros cuadrados se permiten edificaciones, construcciones e instalaciones fácilmente desmontables dedicados a kioscos, puestos de venta, escenarios y servicios complementarios del uso característicos (aseos) (...)».

Por su parte, en la Memoria descriptiva del Proyecto, se fija como objetivo del mismo «(...) obras de reforma de este kiosco, así como de su entorno más inmediato,

adaptándolo a unas soluciones estéticas más actuales que le den una imagen más atractiva para los usuarios (...). El proyecto comprende la reforma integral de este kiosco». En relación a la descripción de las obras, se hace en los términos siguientes: «Las obras consisten en eliminar parte de la cubierta formada por tejado y tabiquillos palomeros hasta regular los cuatro frentes del kiosco. En todo su perímetro se realizará una cimentación corrida para realizar un muro de bloque que modifica toda la fachada para generar nuevos huecos más acordes a la realidad de este espacio inmediato. Se modifican las dimensiones del cuarto de baño para adaptarnos al reglamento 227/1997 de 18 de septiembre que desarrolla la Ley 8/1995 de 6 de abril de accesibilidad. La reforma integral, cambiando todas las instalaciones que posee y adaptándolas a las normativas vigentes con sus pertinentes proyectos de ingeniería. Se modifican las carpinterías pasando a ser de acero inoxidable, incluso las persianas que hacen de cierre al kiosco».

2. La secuencia temporal, en lo que ahora importa, es la siguiente: La firma del contrato es de 11 de octubre de 2012. Junto con el contrato se suscribe, asimismo, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCP) que, como se sabe, es la verdadera ley del contrato.

No figura en el expediente acta de comprobación del replanteo, por lo que se ignora la fecha de iniciación de las obras, que tampoco fue comunicada por el concesionario a la dirección facultativa, según se desprende de los informes y documentación obrante en el expediente.

El art. 229 TRLCSP determina que la ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo dentro del plazo que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización, salvo casos excepcionales justificados, por lo que la comprobación y el Acta correspondiente debieron efectuarse antes del 11 de noviembre de 2012. Ahora bien, en el PCP, donde se establecen las obras a realizar por el concesionario, se determina: «previa autorización de la oficina Técnica Municipal», que no se pudo producir, pues no hubo comunicación entre el concesionario y la Oficina Técnica.

El concesionario plantea que recibió órdenes verbales de los técnicos municipales, pero, independientemente de que estos lo niegan, no existe en el expediente ninguna constancia de que tal actuación se haya producido. El art. 230.2 TRLCSP es muy claro: «Cuando las instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible, para que sean vinculantes para las partes».

El 20 de noviembre de 2012 el concesionario solicita licencia de obras.

El 3 de diciembre de 2012 (12 días después) informa el arquitecto municipal que se están realizando obras que no se corresponden, no se ajustan al proyecto realizado por lo OTM y que figura deben realizarse según el PCP de la concesión administrativa.

El 7 de diciembre de 2012 se ordena la paralización de las obras por carecer de licencia e incumplimiento con el contenido del proyecto técnico. Tras nuevo informe del arquitecto municipal de 13 de enero de 2013, en el que se indica que el kiosco antiguo ha sido demolido y existe una nueva estructura de obra carente de licencia y de posibilidad de legalización, por Decreto de la alcaldía 17/2013, de 18 de enero, se deniega la autorización y legalización solicitada por (...) y se le requiere para el restablecimiento del orden jurídico perturbado.

En la fase de alegaciones expone que el concejal de obras, en sede de comisión, enseñó una portada en 3D en la que se reflejaba la realización de un nuevo kiosco, es decir, la realización de una obra nueva.

Aún admitiendo la veracidad de lo expuesto, lo cierto es que la licitación lo fue para la reforma del kiosco existente.

Un último informe de 31 de octubre de 2016 del arquitecto municipal expone que no se comunicó ni al arquitecto ni a los técnicos de la oficina Técnica Municipal el inicio de las obras, por lo que no se dieron instrucciones al concesionario en contra del proyecto redactado por la OTM.

Finalmente, la Propuesta de Resolución, de 20 de enero de 2017 culmina, como se ha indicado:

Primero.- Declarar la extinción de la concesión al no ser posible la ejecución del objeto de la misma ya que se ha demolido el inmueble de propiedad municipal.

Segundo.- Resolver el contrato por incumplimiento culpable del concesionario, al demoler el kiosco bar de propiedad municipal, haciendo imposible el objeto de la concesión administrativa, incautando la garantía constituida por un importe de 5.250, 00 euros.

Tercero.- Reclamar al concesionario una indemnización por daños y perjuicios por una cuantía de 13.080 euros, correspondientes a la valoración de la instalación

demolido, realizada por la OTM, de la que se deducirá el importe de la garantía incautada.

V

- El art. 166.2 TRLOTENC determina: «Están también sujetos a previa licencia urbanística los actos de construcción, edificación y uso del suelo que realicen los particulares en terrenos de dominio público, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que otorgue el titular de dicho dominio».

162.4 TRLOTENC: Cuando los actos de construcción, edificación y uso del suelo sean promovidos por el Ayuntamiento en su propio término municipal, el acuerdo municipal que los autorice o apruebe estará sujeto a los mismos requisitos y producirá los mismos efectos que la licencia urbanística.

Por otra parte: En el artículo 223 TRLCSP se dispone lo que sigue: Causas de resolución

f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.

(Tal imposibilidad se encuentra justificada en el expediente).

- Artículo 225. Efectos de la resolución

3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

4. 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 (...). Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.

- Artículo 230. Ejecución de las obras y responsabilidad del contratista.

1. Las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieren al contratista el Director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia.

2. Cuando las instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible, para que sean vinculantes para las partes.

- Todos estos preceptos, puestos en relación con el Fundamento IV, determinan la conformidad a Derecho con la Propuesta de Resolución, con la advertencia que la valoración de los daños y perjuicios, puestos en relación con la pérdida de la garantía, debe sustanciarse en expediente contradictorio con el contratista, de acuerdo con lo establecido en el artículo 113 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. 1098/2011, de 12 de octubre.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución que declara la extinción de la concesión de un kiosco-bar sito en la (...), del Ayuntamiento de Tazacorte y resuelve el contrato por incumplimiento del concesionario, se estima conforme a Derecho según se razona en los Fundamentos IV y V del presente dictamen, sin perjuicio de la observación en relación con el procedimiento a seguir con los daños y perjuicios reclamados al concesionario.