



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 9 8 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 10 de mayo de 2018.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Arucas en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de extinción de la concesión administrativa de uso privativo de terreno público para la construcción y explotación de bar-cafetería ubicada en el Complejo Deportivo (...) (EXP. 149/2018 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Arucas, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de extinción de la concesión administrativa de uso privativo de terreno público para la construcción y explotación de bar-cafetería ubicada en el Complejo Deportivo (...), procedimiento en el cual la concesionaria se ha opuesto a la resolución.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.d) y 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación, el primer precepto, con el art. 191.3.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que es de aplicación en virtud de los arts. 2.3 y 3.1.a) de la misma y por la remisión a dicha Ley efectuada por el art. 78.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

II

1. Son antecedentes de interés en el presente procedimiento los siguientes:

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

- Con fecha 11 de abril de 2000, la Comisión de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Arucas adoptó acuerdo en cuya virtud se aprobaba el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la «Concesión de uso privativo de terreno público mediante la construcción de una cafetería anexa al Pabellón Cubierto del Polideportivo Municipal (...)», ordenándose la incoación del correspondiente trámite de contratación por el sistema de concurso y procedimiento abierto.

Según la Cláusula 1ª del citado Pliego, sería preciso que el adjudicatario acometiera las obras conforme al proyecto redactado por el departamento de Infraestructura y Planes de Inversión del Ayuntamiento.

De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 7ª, el plazo máximo de la concesión se fijó en diez años, improrrogables, a partir de la fecha de la firma del acta de recepción de las obras.

Según la Cláusula 10ª, el contrato se adjudicaría por concurso, teniendo en cuenta, entre otros criterios de adjudicación, la «oferta de mejora en la organización, dotación o características del servicio».

Conforme a la Cláusula 9ª, el precio de la obra que figura en el proyecto elaborado es el de 11.793.846 pesetas y la contraprestación a favor del adjudicatario consistiría en el derecho a explotar la obra durante el tiempo fijado a la concesión. El canon anual mínimo a satisfacer por el concesionario se fijó en esta misma Cláusula en 1.179.385 pesetas, que se declaran «exentas» durante los diez años de la concesión. Esta cantidad podría verse sin embargo incrementada en función de las propuestas presentadas por el licitador que resultara adjudicatario del contrato, y en tal caso éste ingresaría en las arcas municipales, por doceavas partes, la diferencia existente entre la cantidad exenta y la mejora propuesta, dentro de los cinco primeros días de cada mes.

- En el procedimiento incoado al efecto, (...) presenta documentación relativa al procedimiento de Concesión administrativa de las obras de construcción de cafetería en el Pabellón Polideportivo Municipal, entre la que se encuentra una Memoria descriptiva en la que se proponen, entre otros aspectos, las siguientes iniciativas en relación con la dotación o características del servicio:

- Cerramiento en cristal y aluminio con verjas enrollables de protección entre zona de terraza y la barra del establecimiento, con el fin de evitar los diferentes fenómenos atmosféricos como pueden ser lluvia, viento, etc., así como proteger con mayor higiene los alimentos expuestos.

- Techado del trozo de barranquillo existente entre la terraza y la calle de acceso, con el fin de evitar los malos olores, basuras existentes y la estética del lugar y con aprovechamiento del mismo para posible ampliación de terraza en verano.

- Instalación en el interior del local de una pantalla gigante de TV con dedicación en su mayor tiempo a eventos deportivos-culturales.

- Embellecimiento del interior así como su exterior con plantas y flores, dotando la terraza exterior del mobiliario urbano necesario como bancos, papeleras, etc.

- Integración del torreón de la empresa (...) con pinturas en el entorno de la cafetería, acondicionamiento con hormigón impreso de la zona exterior de la terraza-cafetería y hacer un pequeño aljibe para agua de abasto, para proveer el local del suministro ante posibles averías en la red general o fallo en el suministro diario.

- Se propone por último que el coste de las dotaciones enumeradas reviertan en la ampliación del tiempo de concesión de acuerdo a la inversión inicial realizada.

- Con fecha 15 de junio de 2000 se emite informe por el Arquitecto Municipal de valoración de las mejoras ofertadas, en el que se indica:

- Con respecto al apartado B) punto 1º:

El cerramiento que se propone no puede ni debe ser en el sitio indicado por la licitadora porque no sólo sería tremendamente antiestética esa actuación sino que además habría incompatibilidad constructiva entre la carpintería de aluminio y las rejas enrollables, ya que todo ello implicaría adosar a tres pilares circulares una serie de elementos que ocasionarían una distorsión en todo el ámbito. Por lo tanto, por parte del redactor del proyecto y de este informe, se estima totalmente desfavorable la petición tal y como la licitante la plantea.

Sin embargo, siendo consciente de que la proposición tiene una finalidad coherente, se ha estudiado la forma y la ubicación de un nuevo cerramiento, adjuntando croquis del mismo. Con esta nueva propuesta se conserva e incluso se enfatiza la estética del conjunto. Se eliminan la verjas enrollables como elemento de seguridad, consiguiendo este efecto con la colocación de cristales antivandálicos (STADIP 6+6+6 mm) en las puertas de carpintería de aluminio con formato acordeón que conforman dicho cerramiento. Esta actuación resulta más económica que la propuesta por la licitante. El diseño de las puertas será el que proponga en su momento la dirección técnica.

La creación de este nuevo cerramiento conlleva leves modificaciones en la anterior obra teniendo que desplazar, por ejemplo, la barra 40 cms hacia su interior para conseguir un espacio entre la misma y el nuevo cerramiento, pequeñas modificaciones en la distribución de luminarias y enchufes, además de refuerzos en el forjado para soportar el gran peso que supone dicho cerramiento.

La cuantía de esta actuación se estima alrededor de 1.750.000 pesetas (precio de ejecución por contrata).

- Con respecto al apartado B) punto 2º

No se ve por parte de este departamento ningún impedimento para realizar el techado de parte del barranquillo, puesto que con ello se beneficiaría la zona; todo ello siempre que los propietarios de dicho espacio, el Consejo Insular de Aguas, lo autorice y con las indicaciones que exija dicha entidad.

Desde esta Concejalía se podría tramitar la solicitud de autorización para ello, siendo la dirección de obra quien dictamine la estética de dicha actuación.

La cuantía de la misma, con acabado de losetas de Sto. Domingo, como la existente, se estima alrededor de 1.200.000 pesetas (precio de ejecución por contrata).

- Con respecto al apartado B) punto 4º:

En cuanto a la propuesta de colocación de plantas y mobiliario urbano, opinamos que corresponde a este Ayuntamiento colocar los bancos y papeleras en el exterior, no siendo competencia de la licitante, sin embargo el adorno interior corresponderá a la misma junto con el resto del mobiliario adecuado para el conveniente uso de la cafetería.

Se considera favorable ambientar el torreón de la empresa (...) mediante las pinturas adecuadas siendo los colores y formatos a elección del director técnico.

La cuantía de esta actuación se estima alrededor de 110.000 pesetas (precio de ejecución por contrata).

En cuanto a sustituir el pavimento Sto. Domingo por hormigón expreso, se opina que no es procedente. Esta actuación costaría alrededor de 2.000.000 de pesetas (precio de ejecución por contrata) y no se conseguiría un efecto de conjunto. Una cosa es la cafetería con su ámbito de pavimento diferenciado y otra bien distinta son las aceras que circunvalan al polideportivo que lógicamente deberían tener y tienen un mismo diseño, circunscribiéndose únicamente la cafetería al ámbito diseñado para

ello, lo que no implica que no pueda usarse la explanada delantera para ampliación provisional de la terraza pero que debería seguirse leyendo visualmente como perteneciente al conjunto y no a la cafetería.

Con respecto a la creación de un aljibe se considera más factible y barata la colocación de unos depósitos de agua en la cubierta del edificio anexo sin sobrepasar la misma, bajando las tuberías de abastecimiento por el mismo falso pilar que taparía la chimenea de ventilación de la cocina.

La cuantía de esta instalación se estima alrededor de 80.000 pesetas (precio de ejecución por contrata).

En resumen, la cuantía aproximada de las obras que se han considerado factibles es de 3.140.000 pesetas (presupuesto de ejecución por contrata).

- Mediante Acuerdo de la Comisión de Gobierno adoptado el 23 de junio de 2000 se adjudicó el contrato a (...), por el precio de 1.200.000 pesetas anuales, de las que 1.179.384 pesetas se destina a la autorización de la inversión y 20.616 es el canon anual a satisfacer por plazo de 10 años.

El contrato fue suscrito en documento administrativo, previa constitución de la garantía definitiva, con fecha 2 de abril de 2001.

- Con fecha 5 de febrero de 2002 se suscribe por la contratista y por el Arquitecto Municipal Director de las Obras el acta de recepción de las obras de construcción de la cafetería anexa al Pabellón Municipal, haciendo constar expresamente: «Los reunidos realizan el reconocimiento de las obras de referencia, con observancia estricta de todas las prescripciones contenidas en el proyecto de ejecución, encontrando las mismas en buen estado, es por lo que el Técnico designado por la Corporación Contratante y representante de ésta las da por recibidas».

- El 13 de marzo de 2003, la contratista presenta en el Registro de Entrada de la Corporación escrito por el que solicita el estudio técnico y trámites pertinentes respecto de una modificación en las instalaciones descrita en plano y memoria que acompaña.

En informe técnico emitido el 23 de abril de 2003 en relación con esta solicitud se señala:

«Girada visita y tras comprobar la documentación presentada y los archivos de estas dependencias, se informa:

1°.- El inmueble objeto de la licencia se sitúa en terrenos clasificados como S.G.E.D. (...), tanto en la Revisión de las Normas Subsidiarias del Planeamiento Municipal vigente como en la Aprobación Provisional del P.G.O.U.

2°.- La ampliación de la cafetería se situaría bajo el graderío del Polideportivo (...).

3°.- Para las citadas obras de ampliación es necesario el derribo de los muros de cerramiento del polideportivo así como del muro que sirve de apoyo a la marquesina de la cafetería.

4°.- Con el objeto de asegurar que dichas obras de derribo no afectarán a las estructuras existentes y de acuerdo al art. 2.2.3.3.b de las vigentes N.N.S.S. se deberá presentar un proyecto de demolición visado y firmado por técnico competente que se tramitará conjuntamente con la obra a ejecutar posteriormente.

5°.- Dado el carácter de propiedad municipal de los inmuebles afectados así como que la cafetería actual fue construida según proyecto del Arquitecto municipal del departamento, Plan de barrios, se propone que las citadas obras de ampliación se ejecuten bajo la dirección técnica del mismo.

Todo lo anteriormente expuesto queda condicionado a que por parte del órgano municipal competente se autorice la ampliación de la actual concesión de la cafetería y la utilización del espacio existente bajo el graderío del Polideportivo (...).

- Por Acuerdo de la Comisión de Gobierno adoptado en sesión celebrada el 2 de mayo de 2003 se autorizó la ampliación de la concesión de la cafetería y la utilización del espacio existente bajo el graderío del Polideportivo (...). Conforme a este mismo Acuerdo, el proyecto técnico habría de ser redactado por el mismo técnico municipal que elaboró el proyecto inicial, a quien asimismo se le encomendó la dirección técnica.

- Con fecha 2 de mayo de 2011, la concesionaria presenta nuevo escrito, al que se adjunta un proyecto técnico, y manifestó lo siguiente: afirma que en la oferta que presentó durante la licitación (29 de mayo de 2000) propuso introducir algunos cambios que ocasionaron costes superiores a los previstos en el proyecto original, proponiendo asimismo que dichos costes revertieran en la ampliación del tiempo de concesión de acuerdo y proporcionalmente a la inversión inicial realizada. Añade que durante la ejecución de la obra se acometieron una serie de actuaciones y cambios para la mejora del servicio de acuerdo con el Técnico Municipal que no estaban en el proyecto inicial, con un presupuesto de contrata de 34.299,11 euros, obras enumeradas en el proyecto adjunto, Fase I: estado inicial. Entiende por ello que al finalizar las obras y dar comienzo la explotación se debió hacer la compensación y ampliar el plazo de concesión para restablecer el equilibrio económico.

Pone asimismo de manifiesto que el 5 de febrero de 2002 se procedió al acta de recepción de dichas obras por parte del arquitecto municipal, estando éstas de conformidad con el proyecto inicial y las reformas introducidas en el mismo; que la licencia de instalación se concedió el 17 de mayo de 2002; que el 2 de mayo de 2003 la Comisión de Gobierno concedió licencia de obras de ampliación para construcción de comedor, baños, pequeños almacenes en la parte baja de las gradas del pabellón, traslado de cocina, ampliación de la zona de barra, apertura de ventanas del comedor a la zona de terraza y otros. Dichas obras se realizaron con la supervisión del director de la obra, con un presupuesto total de 88.487,03 euros. Manifiesta que al término de las mismas tampoco se acordaron las compensaciones que restablecieran el equilibrio económico.

También señala que necesita retranquear los baños interiores para dar cabida a uno de minusválidos, construir vestuarios para el personal, montar dos cámaras de congelación, ampliar zona de barra, ampliar zona de comedor y dotar al pabellón de dos puertas de emergencia para evacuación entre otras obras más. Todas ellas se enumeran en el proyecto adjunto en el apartado «Fase III: estado futuro», con un presupuesto total de 82.572,96 euros.

Finalmente solicita que se apruebe el proyecto adjunto, se autorice la ejecución de las obras y se establezcan las compensaciones necesarias con la ampliación de plazos que la Ley permite para restablecer el equilibrio económico.

- Con fecha 10 de abril de 2012 se emite informe por el Arquitecto Municipal de la Concejalía de Planes de Inversión e Infraestructuras, afirmando que efectivamente fue el Técnico que realizó el Proyecto inicial y dirigió las obras, y haciendo constar lo siguiente:

«Tal como se especifica en la solicitud que acompaña al mencionado Proyecto, los pasos iniciales fueron los siguientes:

- Se redacta el Proyecto por el Arquitecto Municipal (...) por un importe de 11.793.846 pesetas. Con esta cifra se concede la concesión administrativa por 10 años y se inicia la construcción de la cafetería según el Proyecto.

- La construcción fue dirigida por el mencionado técnico municipal y durante la misma se realizaron unas mejoras que fueron aprobadas y certificadas por valor de 34.299,11 euros (precio de ejecución por contrata incluido el IGIC). Valor que según el peticionario no ha sido compensado aún.

Hasta este punto es donde el Técnico que informa da fe de los importes.

- Con posterioridad, y según el propietario, realiza obras de ampliación por valor de 88.572,96 euros (precio de ejecución por contrata incluido el IGIC), aportando los datos de la comisión de gobierno donde se le concedió la licencia y el nombre del arquitecto exterior que realizó el proyecto y dirigió la obra. Este valor que según el peticionario tampoco ha sido compensado aún.

Por lo tanto la cifra ya gastada de más y aún no compensada es de:

Certificado por Técnico Municipal: 34.299,11 euros.

Según Técnico exterior: 88.572,96 euros.

TOTAL: 122.872,07 euros».

- Con fecha 26 de abril de 2012 se emite informe por Técnico Municipal de la Oficina Técnica en el que se hace constar, tras los antecedentes oportunos, que del expediente existente no consta que se cumpliera lo dispuesto en el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 2 de mayo de 2003 en el sentido de no haberse redactado el correspondiente Proyecto de ampliación de la cafetería existente por parte del Arquitecto Municipal ni que el mismo se hubiese hecho cargo de la dirección de las obras, deduciendo de la documentación técnica aportada por la interesada que dicha primera ampliación ejecutada sin Proyecto y sin dirección técnica municipal se correspondería con la denominada «Segunda fase: estado actual». Que de la solicitud presentada se deduce que la interesada pretende ejecutar nuevas obras de ampliación descritas en la denominada «Tercera fase: estado futuro». Y concluye:

«En caso de accederse a lo solicitado, en resumidas cuentas, las obras de la ampliación de la cafetería existente, desde el punto de vista técnico, debería:

1º.- Procederse a la tramitación de la legalización de la denominada “Segunda fase: estado actual”.

2º.- Procederse a la tramitación de la licencia de obra mayor para la ejecución de la denominada “Tercera fase: estado futuro (propuesta)”.

Para lo cual deberá aportarse el/los correspondientes Proyecto/s Técnico/s completos de legalización y/o ampliación, junto con las correspondientes hojas de dirección facultativa de las obras.

3º.- Respecto a lo expuesto en la solicitud para que “se establezcan las compensaciones necesarias”, se propone dar traslado del expediente al departamento municipal que corresponda».

- Con fecha 2 de mayo de 2012 se emite informe por la Arquitecta Municipal Jefe del Servicio, que en su apartado 1 se remite al informe emitido por el Técnico

Municipal de la Oficina Técnica de 26 de abril de 2012, y continúa afirmando lo siguiente:

«2º. - Fundamentación.

2.1.- El terreno objeto de licencia está clasificado como Suelo Rústico de Protección Agraria de Alta Productividad y calificado como Sistema General Deportivo S.G.E.D. [SG 14 (...)] en el Texto Refundido del Plan General de Ordenación adaptación básica al TR-LOTENC'00, publicado en el B.O.P. de fecha 22/11/2006, en vigor desde el 13/12/2006.

2.2.- El artículo 5.3.3 de la normativa urbanística del citado instrumento de planeamiento define al Sistema General Deportivo como al "uso vinculado a las actividades deportivas cubiertas o al aire libre" y asimismo en la ficha SG14 contenida en el Tomo IV de la Normativa Urbanística donde se contienen las determinaciones para desarrollar dicho Sistema General se contempla como único uso para el mismo el deportivo, detallando en la descripción de la propuesta que "la actuación desarrollará y consolidará la zona deportiva existente, complementándola con nuevas instalaciones. Del mismo modo se rehabilitarán y aumentarán sus servicios, pudiendo ser los nuevos elementos a construir un pabellón deportivo a una piscina cubierta".

2.3.- En todo caso, el uso de Bar-Cafetería que no viene contemplado como un uso compatible en el TR-PGO en vigor, viene desarrollándose en el citado edificio desde que, según los antecedentes que se contienen en el Informe Técnico emitido, la Comisión de Gobierno de 11/4/2000 acordó aprobar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la concesión del uso y construcción de una cafetería anexa al pabellón cubierto del Polideportivo Municipal (...) sito en (...) y que posteriormente la Comisión de Gobierno de 23/6/2000 acordó adjudicar el contrato de concesión de uso de la citada cafetería a la solicitante (...), fechas en las que el planeamiento de aplicación era el documento de la Modificación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal aprobado definitivamente por la CUMAC, de fecha 16/abril/1997.

2.4.- El artículo 44.4 del TR-LOTENC'00 establece que las instalaciones, construcciones y edificaciones existentes a la aprobación de los instrumentos de ordenación y que resultaren disconformes con los mismos sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad y excepcionalmente podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación, cuando no estuviera prevista la expropiación o demolición en un plazo de 5 años a partir de la fecha en que se pretenda realizarlas, no pudiendo estas obras dar lugar al incremento del valor de la expropiación, circunstancia ésta que habrá de hacerse constar en la licencia municipal de obras.

2.5.- Las obras que se proponen, y que constituyen una modificación tras una segunda fase que ha sido ejecutada sin ajustarse a la preceptiva licencia municipal de obras, consisten en:

- Ampliación de la zona de cafetería y restaurante.
- Reforma y Redistribución de los espacios destinados a Aseos, Almacén.
- Reforma de las zonas de acceso y evacuación del pabellón municipal.

Pudiendo encontrarse dichas obras (que se limitan al interior del propio Pabellón Municipal ya ejecutado y su cafetería anexa, y no suponen modificación del uso ya concedido) dentro de los supuestos del artículo 44.4 del TR-LOTENC'00 descrito, siempre que la Corporación Municipal no tenga prevista la demolición o cambio de uso del inmueble municipal en un plazo de 5 años contados a partir de la concesión de la licencia municipal de obras solicitada.

3º.- Propuesta:

Vistos los antecedentes puestos de manifiesto en el informe del Técnico Municipal, es por lo que se propone a la Comisión Informativa de Desarrollo que dictamine sobre las siguientes cuestiones que, por tratarse de un inmueble de titularidad municipal, no son competencia de los técnicos informantes:

a) Que se pronuncien acerca de si se va a permitir o no la legalización de la 2ª fase de obra ya ejecutada.

b) Que se pronuncien acerca de si se va a permitir o no la ejecución de obras de modificación del inmueble de titularidad municipal, en la que constituiría una tercera fase, "estado propuesta (futuro)".

En caso afirmativo de las dos cuestiones anteriores:

1) Se ha de requerir al concesionario de la actividad y promotor de las obras para que aporte el/los correspondiente/s Proyecto/s Técnico/s completos de legalización y/o ampliación, junto con las correspondientes hojas de dirección facultativa de las obras.

2) Puesto que el concesionario de la actividad y promotor de las obras solicita que "se establezcan las compensaciones necesarias para restablecer el equilibrio económico", visto que esta cuestión no es competencia ni de los técnicos firmantes ni del Departamento de Urbanismo de este Ayuntamiento, es por lo que se habrán de pronunciar acerca del traslado del expediente al Departamento que corresponda para el estudio de dicha solicitud».

2. Con estos antecedentes, por Decreto del Concejal de Área y Delegado de Economía y Hacienda n.º 763, de 29 de marzo de 2016, se dispuso, entre otros extremos, ordenar la incoación del correspondiente procedimiento administrativo en relación con la concesión demanial a fin de determinar la pertinencia de estimar o no el restablecimiento del equilibrio económico alegado por la concesionaria y la prórroga de la concesión o, en su caso, la declaración de la extinción de la concesión por transcurso del plazo inicialmente establecido en el contrato o por cualquier otra

causa que resultase de aplicación y fuera puesta de manifiesto en el procedimiento (Pág. 16), y designación de instructor del expediente.

- Este decreto fue notificado a la interesada el 1 de abril de 2016, con concesión de trámite de audiencia en el que, dentro del plazo establecido al efecto, presenta escrito en el que ratifica lo expuesto en su escrito de 2 de mayo de 2011 e insiste en la solicitud formulada entonces de reajustar el plazo de duración de la concesión para compensar la inversión realizada y evitar que pueda producirse una indebida situación de enriquecimiento injusto de la Administración (Págs. 29-35).

Afirma asimismo que la inversión inicialmente prevista de las obras a ejecutar ascendía a 70.882,40 euros, cuyo importe se distribuyó para fijar el precio de la concesión dividiendo la inversión en diez anualidades a razón de 7.088,24 euros/año, al haberse fijado ese tiempo de duración de la concesión. Fijándose el canon anual en dicha cantidad, que resultaría exento durante los diez años de duración de la concesión. De lo que concluye que «el tiempo de duración de la concesión tiene que corresponder con la inversión real efectuada por la concesionaria en las obras de construcción de la cafetería autorizadas por la Administración municipal».

En relación con la denominada «primera fase» de la inversión realizada, indica que el Arquitecto municipal reconoce que realizó el reconocimiento de las obras con observancia estricta de todas las prescripciones contenidas en el proyecto de ejecución, encontrado las mismas en buen estado, dándolas por recibidas y que el mismo Arquitecto informa que se realizaron unas mejoras certificadas por importe de 34.299,11 euros. A pesar de haber solicitado expresamente en el escrito de 2 de mayo de 2011 que se procediera por la Administración al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, hasta la fecha no ha recaído resolución expresa por parte del Ayuntamiento sobre dicha petición.

Por lo que se refiere a la «segunda fase», relativa a las obras de ampliación de la cafetería, éstas fueron autorizadas por la Comisión de Gobierno, trasladando a la concesionaria la nueva inversión. Según dicho Acuerdo, el Arquitecto Municipal debería redactar el correspondiente proyecto y asumir la dirección de las obras. Sin embargo, dado que la redacción del proyecto se demoraba por parte del Arquitecto municipal, la concesionaria contrató los servicios profesionales de un arquitecto particular, que fue quien supervisó los trabajos de ampliación de la cafetería. Que si bien el Arquitecto municipal valora dichas obras de ampliación en su informe de 10 de abril de 2012 en la cantidad de 88.572,96 euros, lo cierto es que la cantidad

correcta es de 88.487,03 euros, tal y como se refleja en su escrito de 2 de mayo de 2011 y en el proyecto elaborado. Por lo que la cantidad total de las inversiones efectuadas entre «primera» y «segunda» fase ha sido de 122.786,14 euros.

Añade que con carácter previo a la puesta en marcha de la actividad, la concesionaria realizó los trámites necesarios para proceder a la obtención de elaboración de proyecto a un Ingeniero Técnico Industrial, concediéndose por el Ayuntamiento licencia de instalación el 17 de mayo de 2002, a partir de cuya fecha se pudo iniciar el ejercicio de la actividad, por lo que entiende que es a partir de ese día cuando comenzó la vigencia del plazo de duración establecido para la concesión, y no el que se indica en el Decreto notificado que fija como fecha de inicio de la concesión el 5 de febrero de 2002, coincidente con la firma del acta de recepción de las obras.

Insiste por otra parte en el hecho de que la Administración municipal ha guardado silencio ante la solicitud efectuada el 2 de mayo de 2011 relativa a la necesidad de restablecer el equilibrio económico de la concesión mediante la ampliación del plazo concesional en correspondencia con el mayor esfuerzo económico efectuado por la concesionaria, que se refleja en la suma de 122.786,14 euros como inversión suplementaria de la inicialmente prevista en el contrato. Interpreta a continuación la interesada que conforme a los arts. 42 y 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y jurisprudencia que cita, se habrían producido los efectos estimatorios del silencio administrativo positivo con respecto a su solicitud de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión. Por ello, afirma que el Decreto 763/2016, por el que se incoa el presente procedimiento se habría dictado de forma extemporánea, siendo por el contrario procedente que se expida certificación acreditativa del silencio administrativo producido. Y asimismo procedería que por parte del Ayuntamiento se diera cumplimiento a lo dispuesto en el art. 43.3.a) de la citada Ley 30/1992 emitiendo resolución expresa confirmatoria del acto presunto producido por silencio administrativo positivo en relación con su solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante la ampliación del plazo de la concesión en proporción al costo de las inversiones realizadas.

Entiende también que el reajuste interesado en orden al restablecimiento económico-financiero del contrato de concesión estaría prevista expresamente, para el contrato de concesión de obras públicas, en el art. 258.1 del Texto Refundido de la

Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, y para el contrato de gestión de servicios públicos en el art. 282 de la citada Ley.

Por último, manifiesta su disconformidad en relación con lo indicado en el informe de la Arquitecta Municipal de fecha 2 de mayo de 2012 acerca de la necesidad de verificar la legalización de lo construido en la «segunda fase» de ampliación de la cafetería, pues el Ayuntamiento dispone del proyecto completo de todas las obras realizadas conforme al proyecto confeccionado en marzo de 2011 por el arquitecto particular contratado al efecto, suficiente para que se proceda a la legalización pretendida si ello fuese necesario. Entiende también que las obras de ampliación de la cafetería autorizadas el 2 de mayo de 2003 no están afectadas ni limitadas por la normativa urbanística citada en el referido informe.

- Con fecha 28 de marzo de 2017 se emite informe por el Aparejador Municipal (Pág. 189) en el que indica que las obras de ampliación ejecutadas en la cafetería se corresponden con las establecidas en el proyecto «segunda fase» y que el uso de cafetería se permite en la zona deportiva (...) según el Plan General de Ordenación de Arucas.

- El 29 de marzo de 2017 la concesionaria presenta determinada documentación que le había sido previamente requerida por técnico municipal, el 22 de marzo de 2017: (certificado OCA instalación eléctrica; certificado de extintores, facturas de agua y luz, recibo correspondiente a la póliza de seguro responsabilidad civil, certificación de instalación de gas, autorización de máquinas recreativas, contrato de recogida de aceite, alta en el registro sanitario, alta en el Patronato de Turismo, contrato de máquina de tabaco y contrato de mantenimiento de campana extractora), e insiste en todas y cada una de las solicitudes y alegaciones formuladas (Pág. 190).

- Con fecha 5 de abril de 2017 se emite informe por la Ingeniera Técnica Industrial Municipal, tras efectuar visita de inspección, en el que se pone de manifiesto que las instalaciones que en su día fueron objeto de la licencia de instalación no se corresponden con las existentes, puesto que, al haberse ampliado la superficie de la cafetería, también se han ampliado y modificado las instalaciones, lo que no ha sido comunicado al Departamento de Actividades para su correspondiente tramitación.

Informa asimismo que las instalaciones existentes no se ajustan a la normativa sectorial de aplicación, detallando los diversos incumplimientos.

Por último, en cuanto a las actuaciones que deben ser acometidas para la legalización de las instalaciones que no estuvieran amparadas por la licencia de instalación en su día otorgada y para la subsanación de los defectos que pudieran presentar actualmente las instalaciones, se informa lo siguiente:

1°.- La titular de la actividad deberá encargar un proyecto técnico, que incluya todas las instalaciones necesarias para el desarrollo de la actividad existente, cumpliendo con la normativa que le es de aplicación y legalizarlas, en su caso, en el organismo correspondiente.

2°.- Adecuar las instalaciones conforme ese proyecto.

3°.- Desde el departamento correspondiente, se le deberá indicar si se le permite el uso del espacio que él ha delimitado para ampliar la terraza. En el caso que este uso sea desfavorable, se le debería requerir para la retirada inmediata del mobiliario apilado.

4°.- Instalar un nuevo sistema de extracción de humos que reúna todos los requisitos necesarios para que esta instalación se coloque en el interior del inmueble, y se ponga en funcionamiento automáticamente para extraer los humos generados.

5°.- Presentar en este Ayuntamiento, concretamente en el Departamento de Actividades, una comunicación previa de modificación y/o ampliación de actividad clasificada con toda la documentación generada de legalización, incluso certificado de técnico competente que acredite el cumplimiento de la normativa de aplicación. Se deberá aportar, además, una evaluación del aislamiento al ruido aéreo del local (estudio de impacto acústico), realizado por técnico competente. En el caso de que las televisiones y el hilo musical se pongan en marcha de forma habitual, deberá tenerse en cuenta a la hora de realizar dicha evaluación.

- Por Resolución de trámite del órgano instructor de fecha 5 de mayo de 2017 (Págs. 228-230) se dispone dar por concluida la fase de instrucción del procedimiento, concediéndose trámite de audiencia a la interesada para que pueda alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes en un plazo de diez días, pudiendo tener en dicho plazo acceso al expediente administrativo.

- Con fecha 18 de mayo de 2017 se presenta por la concesionaria escrito (Pág. 231) en el que solicita ampliación del plazo concedido para evacuar el trámite de audiencia, por cinco días más.

Este mismo día la concesionaria presenta escrito de alegaciones en el que insiste que tras las obras de ampliación no se dispuso por la Administración un nuevo plazo de disfrute de la concesión, quebrándose o quedando en el aire la ecuación financiera del contrato, cuyo equilibrio se sostenía, precisamente, en la fórmula derivada de atender al precio o coste de ejecución de las obras para establecer un plazo de duración de la concesión con exención del pago del canon, que permitiera al concesionario el resarcimiento o amortización de su inversión y la razonable retribución de la misma. Interpreta la interesada que la ecuación financiera del contrato está basada en la amortización de las obras realizadas en un determinado tiempo calculado en función de la inversión inicial (70.882,44 euros) y el plazo establecido en el contrato (10 años).

Afirma asimismo que la primera cuestión que debe abordarse es la definición o concreción del derecho del concesionario al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato prevista en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, que debe dar lugar a la conversión en plazo adicional de duración de la concesión, tanto de las mejoras que fueron aprobadas y certificadas con respecto al proyecto inicial como de la ampliación de la concesión acordada por la Comisión de Gobierno de 2 de mayo de 2003, todo ello en la proporción o equivalencia que corresponda atendiendo al importe de las inversiones efectivamente realizadas, que es el parámetro que entiende que se maneja en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares para establecer la fórmula económica del contrato. De ello deduce que para poder amortizar los 34.299,11 euros de las mejoras del Proyecto original más los 88.487,03 euros de las obras de ampliación (en total 122.786,14 euros) se necesitarían 17,32 años adicionales de concesión. Es decir, si a una inversión inicial de 70.882,44 euros le correspondía un plazo contractual de diez años, a la inversión añadida de 122.786,14 euros le corresponden, en la misma proporción, 17,32 años más. De tal manera que el restablecimiento económico del contrato sólo se produciría permitiendo al concesionario explotar la obra durante el plazo adicional de 17,32 años, contados desde el 5 de febrero de 2012, fecha en que según la interesada se cumplieron los diez años del plazo inicial.

Entiende también la concesionaria, con cita de diversa jurisprudencia, que se han producido «modificaciones de las condiciones del contrato», que identifica con las ampliaciones de las obras contempladas inicialmente en el Proyecto contractual, y en este caso la Administración estaría obligada a restablecer el equilibrio del contrato en beneficio de la parte que corresponda, siendo la fórmula más adecuada conforme a las prescripciones del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares la prórroga del plazo de duración de la concesión.

Reitera también que está pendiente de resolver la solicitud de autorización para la realización de nuevas obras, que fue realizada el pasado 2 de mayo de 2011, si bien manifiesta que aquel proyecto presentado se encuentra actualmente desfasado, tanto desde el punto de vista económico como técnico y que las necesidades a día de hoy son más y mayores, pretendiendo que deberá ser el Ayuntamiento, previa valoración de las necesidades del inmueble para su correcta explotación y adaptación a las medidas y exigencias técnicas y de accesibilidad actualmente aplicables, el que elabore y apruebe un proyecto que atienda a las mismas, ofreciéndose en cualquier caso a financiar esa nueva inversión en los términos oportunamente contratados, siempre que se contemple también la ampliación del plazo de la concesión que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece como contraprestación del concesionario.

Por último, en relación con el informe de la Ingeniera municipal, entiende que la falta de comunicación previa del inicio de la actividad no constituye incumplimiento pues sostiene que la licencia de actividad debe entenderse concedida por silencio administrativo; que las deficiencias apreciadas en el informe no revisten la naturaleza de incumplimiento, pues las especificaciones técnicas a las que se refiere no eran exigibles en el momento en que se instaló la cafetería y no se ha tomado en consideración la existencia del acto presunto estimatorio de la solicitud de licencia de actividad que se presentó en 2009.

Por todo ello solicita que se acuerde acceder a la ampliación del plazo de la concesión reconociendo un plazo adicional de 17,32 años contados desde la finalización del plazo inicial de diez años en orden al restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato y que, a la vista de la necesidad de realizar nuevas obras y mejoras en las instalaciones, se acceda a autorizar una tercera fase de reformas y ordene lo necesario al efecto, incluso la reformulación del Proyecto técnico correspondiente para que contemple las necesidades actuales que se han puesto de manifiesto por los técnicos municipales en la tramitación del

procedimiento, así como la ampliación adicional del plazo concesional si se le requiere su financiación.

- Se ha elaborado finalmente la Propuesta de Resolución, en la que, con desestimación de las alegaciones presentadas por la concesionaria, se propone la declaración de extinción de la concesión demanial por el transcurso del plazo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

III

1. En cuanto al fondo del asunto, y con fundamento en los informes emitidos a largo del procedimiento, la Propuesta de Resolución, suscrita por el técnico de Administración General instructor del expediente (Págs. 250-285) viene a resolver, por un lado, la denegación de la solicitud de ampliación del plazo de la concesión instada por la concesionaria y, por otro, la declaración de extinción de la concesión por finalización de su plazo.

En la Propuesta se parte del entendimiento de que el presente procedimientos se ha iniciado con el objeto de dar respuesta a la solicitud de la interesada de ampliación del plazo de la concesión. Sin embargo, como ya señalamos en un supuesto similar en nuestro Dictamen 355/2017, de 10 de octubre, no es posible entender que el procedimiento se inicia a instancia de parte y, simultáneamente, lo que motiva la preceptividad del parecer de este Consejo, con su oposición, por lo que es patente que el procedimiento de extinción se ha iniciado de oficio por la propia Administración. La contratista, en todos sus escritos, ha sido reiterativa acerca de la procedencia de la ampliación del plazo de la concesión y no ha solicitado en ningún momento la declaración de su extinción. Esta declaración ha sido, por el contrario, planteada por la Administración, con independencia de que ello haya acontecido con ocasión de la pretensión de la interesada en el señalado sentido.

Este procedimiento se ha iniciado, como se reconoce en la propia Propuesta de Resolución y resulta de la documentación obrante en el expediente por Decreto del Concejal de Área y Delegado de Economía y Hacienda nº 763, de 29 de marzo de 2016, por lo que el mismo se encuentra caducado. No debe olvidarse, a este respecto, que la caducidad es un instituto establecido por la Ley en garantía de los particulares frente a las actuaciones de la Administración susceptibles de producirles efectos desfavorables o de gravamen.

2. Sobre esta cuestión, como hemos recordado en nuestros Dictámenes 87/2017, de 23 de marzo, 308, 312 y 314/2017, todos de 20 de septiembre y 355/2017, de 10 de octubre, entre los más recientes, es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo la de considerar aplicable el instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución de los contratos administrativos. Señala así la STS de 22 de marzo de 2012, en la misma línea que las de 2 de octubre de 2007, 9 de septiembre de 2009 y 28 de junio de 2011, entre otras, que:

«(...) entre las prerrogativas que en materia de contratación pública poseen las distintas Administraciones se halla la de resolver los contratos determinando los efectos de esa decisión, y esa resolución la pueden acordar los órganos de contratación bien de oficio o a instancia del contratista, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine, y añade la norma que los acuerdos que decidan la resolución pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. De lo anterior deduce esta Sala que la resolución del contrato constituye un procedimiento autónomo y no un mero incidente de ejecución de un contrato, que tiene sustantividad propia, y que responde a un procedimiento reglamentariamente normado como disponía el art. 157 del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975, y como recoge ahora el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

A ratificar lo anterior ha venido la doctrina sentada en la Sentencia del Pleno de esta Sala de 28 de febrero de 2007, que en su Fundamento de Derecho Cuarto señala que “Así, en el caso de autos, la petición de intereses deducida es una incidencia de la ejecución de un contrato de obras. No existe un procedimiento específico relativo a la ejecución del contrato de obras; sólo lo hay, en la relación de procedimientos existentes para las peticiones de clasificación de contratistas, modificación, cesión o resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación”. Al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente el procedimiento de resolución del contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el art. 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido por su norma reguladora la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado y el art. 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, en su apartado 1 mantiene que “en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos” y en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que “en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que

declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92”.

Como consecuencia de lo expuesto, en el caso referido, cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía, y lejos de ello lo que debió decidir fue la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones sin perjuicio de los efectos a que se refiere el art. 95.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común».

En definitiva, procede que se declare la caducidad del presente procedimiento, sin perjuicio de la procedencia de tramitar un nuevo procedimiento a los efectos de declarar la extinción de la concesión, debiendo incorporarse al mismo las actuaciones obrantes en el expediente remitido y en el que, tras dar audiencia a la concesionaria y redactar la correspondiente Propuesta de Resolución, se deberá recabar el preceptivo Dictamen sobre la misma, con las cautelas precisas que impidan que transcurra el plazo máximo para resolver.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones expresadas en la fundamentación no procede entrar a conocer el fondo del asunto, debiendo acordarse la caducidad del procedimiento y el inicio, en su caso, de nuevo procedimiento de resolución contractual y, con realización de los trámites jurídicamente exigibles, la formulación de Propuesta de Resolución que deberá ser dictaminada preceptivamente por este Organismo.