

ASUNTO: *“Aval emitido por empresa fotovoltaica para garantizar el cumplimiento de la oferta emitida en materia de contratación de trabajadores de la localidad”.*

0315/22

FDR

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sr/a. Alcalde/sa-
Presidente/a del Ayuntamiento de _____, se emite el presente

INFORME

I. ANTECEDENTES

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha _//_, se recibe en el Registro General de la Diputación (NA___), escrito del Ayuntamiento de _____ mediante el dirige solicitud de informe jurídico y consulta sobre *“... en relación a nuevo aval presentado por la empresa _____, AL Ayuntamiento de _____, en garantía de compromiso adquirido.”*
- Junto con el formulario de solicitud de asistencia se acompaña la documentación que se relaciona a continuación:
 - Novación del acuerdo de _//_ en materia de empleo para la construcción y explotación de una planta fotovoltaica en _____, suscrito con _____, con la finalidad de modificar las cláusulas _____ y ____.
 - Escrito de _//_, dirigido por el Ayuntamiento a la empresa en que expresamente señala: *“Por todo ello procedemos a rechazar el borrador del aval por cuanto se ajusta en modo alguno a las condiciones previstas en*

el acuerdo en materia de empleo de _/_/_, formalizado por el Ayuntamiento de _____ y la empresa _____.”

- Borrador de aval del BANCO _____, a favor de _____, ante el Ayuntamiento de _____, por un importe de hasta _____ euros, “... en garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas por la garantizada en relación con el contrato de ACUERDO EN MATERIA DE EMPLEO PARA LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE UNA PLANTA FOTOVOLTAICA EN _____.”

2. LEGISLACIÓN APLICABLE.

- Constitución Española de 1978.
- Código Civil (CC).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Texto Refundido de Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).
- Ley 33/2007, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).
- Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL).

3. FONDO DEL ASUNTO.

1º. Sobre este mismo asunto, constitución de garantía para afianzar el acuerdo en materia de empleo de _/_/_, formalizado por el Ayuntamiento de _____, tuvo ocasión de pronunciarse la Oficialía Mayor Área de Cooperación Municipal mediante informe _____, de _/_/_, que damos por reproducido y en el que nos ratificamos en su totalidad.

2º. Conviene destacar la naturaleza contractual del acuerdo en materia de empleo de _/_/_ en cuestión al derivar de la oferta presentada en el procedimiento convocado por el Ayuntamiento de _____ para la cesión de uso de diversas parcelas de propiedad municipal, con la finalidad de ser destinadas a la construcción y explotación de una planta termo-solar, que posteriormente ha devenido en planta fotovoltaica. Dicho acuerdo de cesión de uso quedó sustanciado mediante la constitución de un contrato de derecho superficie, celebrado con fecha _/_/_.

3º. La garantía sobre la que se emitió el informe al que se ha aludido aparece contemplada en el propio acuerdo de empleo suscrito por la partes, en concreto en el apartado _ del acuerdo _, sobre "Indemnización y garantías", que es precisamente una de las cláusulas que se pretenden modificar. Sobre la eventual modificación del acuerdo de empleo ya nos pronunciamos en nuestro informe _____ en los siguientes términos:

"3º. En otro orden, se advierte que el acuerdo de empleo de _____ debe considerarse cerrado, al no estar prevista su modificación. Desde luego el objeto mismo del acuerdo no podrá alterarse en modo alguno al quedar calificado como esencial en la cláusula __, debiendo ser cumplidas en los términos pactados, y caso de no llevarse a cabo procederá la activación de los medios de aseguramiento y garantía previstos en el acuerdo, principalmente el seguro de caución (se considera que no es posible su sustitución por el contrato de aval bancario a primer requerimiento) acordado en la cláusula __. De no hacerse así la única vía disponible es la jurisdiccional conforme a lo establecido en la cláusula __, sobre resolución de disputas.

No obstante, se advierte sobre los impedimentos de cumplimiento de lo pactado amparados en causa de fuerza mayor, conforme a lo previsto en la cláusula _ del acuerdo de empleo, circunstancia de la que no se tiene noticia alguna pese al régimen de supuestos, comunicación y prueba previsto en los apartados _____ y __. A este respecto, conviene recordar que la cláusula __ impone un comportamiento de las partes favorable al cumplimiento del acuerdo en sus justos términos."

4º. Como se ha dicho, la propuesta de novación pretende la modificación de las cláusulas _____ y __, en la forma determinada en el siguiente cuadro, advirtiéndose que lo tachado en la columna de la redacción originaria es texto que

desaparece en la nueva redacción propuesta, en tanto que lo subrayado en la columna de la redacción del acuerdo de novación es texto que se añade:

Redacción originaria	Redacción acuerdo de novación
<p>___ . Las partes reconocen y acuerdan que la obligación de _____ de contratar empleados en la cláusula __ del presente acuerdo es esencial. Por tanto, las Partes han acordado a efectos de esta Cláusula que el coste mensual por empleado es de _____ EUROS (___ euros). A efectos de evitar dudas, el importe acordado en esta Cláusula __ no corresponderá al salario de los Empleados y se acuerda única y exclusivamente para fijar el importe de las indemnizaciones y limitaciones de la responsabilidad de _____ bajo este Contrato.</p>	<p>___ . Las partes reconocen y acuerdan que la obligación de _____ de contratar empleados en la cláusula __ del presente acuerdo es esencial <u>en el bien entendido de que se producirán altas y bajas, que serán cubiertas por _____ en un periodo de tiempo prudencial no excediendo de seis (6) meses. A efectos de evitar dudas, no se producirá un incumplimiento por el hecho de que se haya producido una baja de un empleado y no se haya cubierto durante el referido periodo de tiempo.</u> Por lo tanto, las Partes han acordado a efectos de esta Cláusula que el coste mensual por empleado es de _____ EUROS (___ euros). A efectos de evitar dudas, el importe acordado en esta Cláusula __ no corresponderá al salario de los Empleados y se acuerda única y exclusivamente para fijar el importe de las indemnizaciones y limitaciones de la responsabilidad de _____ bajo este Contrato.</p>
<p>3.3. Como garantía del cumplimiento de la obligación de _____ contenida en la Cláusula __ (ii) anterior, _____ entregará al AYUNTAMIENTO un seguro de caución en el momento de comienzo de la Operación de la Planta que deberá:</p> <p>(i) ser emitido por una compañía española;</p> <p>(ii) ser incondicional, irrevocable, abstracto,</p>	<p>3.3. Como garantía del cumplimiento de la obligación de _____ contenida en la Cláusula __ (ii) anterior, _____ entregará al AYUNTAMIENTO un seguro de caución <u>o un aval</u> en el momento de comienzo de la Operación de la Planta que deberá:</p> <p>(i) ser emitido por una compañía española;</p> <p>(ii) ser incondicional, irrevocable, abstracto,</p>

<p>a primera demanda y no estar sujeto a ninguna reserva, cualquiera que sea su nombre y título, incluido no sujeto a orden, división y exclusión;</p> <p>(iii) ser valido por un periodo de cinco (5) años y nueve (9) meses, renovable cada cinco (5) años hasta el año treinta (30) a partir de la fecha de inicio de Operación de Planta Fotovoltaica (según se define en la cláusula __); y</p> <p>(iv) la cantidad de _____ EUROS (_____ euros) deberá ser pagada al Ayuntamiento, a primera demanda total o parcial del AYUNTAMIENTO sin indicar los motivos.</p>	<p>a primera demanda y no estar sujeto a ninguna reserva, cualquiera que sea su nombre y título, incluido no sujeto a orden, división y exclusión;</p> <p>(iii) ser valido por un periodo de cinco (5) años, debiéndose presentar un nuevo aval a vencimiento hasta el año treinta (30) a partir de la fecha de inicio de Operación de Planta Fotovoltaica (según se define en la cláusula __); y</p> <p>(iv) <u>ser de una cantidad de hasta _____ EUROS anuales (_____ euros anuales) deberá ser pagada al Ayuntamiento, a primera demanda total o parcial <u>previo requerimiento del AYUNTAMIENTO a _____ por conducto notarial o burofax, indicando por escrito en qué consiste el incumplimiento de las obligaciones de _____, sin que el garante ni _____ pueda oponer objeción o excepción alguna. sin indicar los motivos.</u></u></p>
<p>3.4 El AYUNTAMIENTO se compromete a devolver el seguro de caución, en caso de terminación del Contrato por cualquier motivo, en un plazo no superior a diez (10) días a contar desde que tenga lugar la referida terminación.</p>	<p>3.4 El Ayuntamiento se compromete a devolver el seguro de caución <u>o el aval bancario</u>, en caso de terminación del Contrato por cualquier motivo, en un plazo no superior a diez (10) días a contar desde que tenga lugar la referida terminación.</p>

Como puede apreciarse la nueva redacción tiene un doble objetivo; por una lado, consiste en la introducción del aval bancario como medio válido de afianzamiento del acuerdo de empleo (encabezamiento de la cláusula __ y la cláusula __, que sorprendentemente se incluye bajo la numeración “(iv).__”); y de otro, se pretende aprovechar la ocasión para introducir modificaciones en la cláusula __, Indemnización y garantías, que suponen ventajas para _____ en las cláusulas __ y __.(iv) o desventajas y cargas adicionales al Ayuntamiento en la cláusula __.(iv).

Tal y como ya se señaló, el objeto y contenido material del acuerdo de empleo tiene carácter esencial, por la doble razón de que deriva del compromiso contractual incluido en la oferta presentada en el procedimiento convocado por el Ayuntamiento de _____ para la cesión de uso de diversas parcelas de propiedad municipal, sustanciado mediante la constitución de un contrato de derecho superficie, celebrado con fecha _/_/__; además, porque así se declara en la __ del propio acuerdo de _/_/__ firmado por las partes. Ciertamente la esencialidad el objeto y contenido material del acuerdo de empleo no alcanza a la forma que haya de tomar la garantía, siempre y cuando esta cumpla el cometido que le es propio, es decir afianzar el cumplimiento del acuerdo, de manera que no tiene por qué haber inconveniente en que al seguro de caución pactado en el acuerdo originario se una, mediante la novación, el aval bancario (recordemos que uno y otro concepto se recogían en el informe _____). Una y otra modalidad de garantía son aceptadas con carácter general tanto en el tráfico jurídico como en el ámbito e los contratos celebrados con las Administraciones Públicas, a las que el artículo 108.1 de la LCSP añade la prestación en efectivo o en valores, resultando todas estas modalidades potestativas y a conveniencia del contratista, por lo que se considera que no debe haber inconveniente en cuanto a la modalidad de garantía que haya de constituirse para asegurar el cumplimiento de lo acordado. Lo importante, en definitiva, lo esencial es, por tanto, que se garantice en todo momento el cumplimiento de las obligaciones de las que debe responder _____.

5º. Así las cosas, se considera que las características del aval propuesto no cumplen con lo pactado en el acuerdo de empleo de _/_/__, que en definitiva consiste en un aval por _____ euros, cuya duración se extenderá al menos durante los 30 años del periodo de operación de la planta. Constituido el aval, cada cinco años, debe procederse a su liquidación, para lo que se valorará el cumplimiento alcanzado en el plan de empleo durante cada uno de los periodos, aplicando los criterios de cálculo establecidos en cláusula __, apartado (ii). Ello sin perjuicio de que cuando se constituya la fianza haya lugar a su reducción por haberse cumplido parte de los compromisos previstos en el acuerdo.

6º. Por lo expuesto se elevan al Ayuntamiento las siguientes

4. CONCLUSIONES:

1. Se recomienda al Ayuntamiento no firmar el acuerdo de novación propuesto por _____, por cuanto el mismo afecta a condiciones de carácter esencial y su redacción resulta perjudicial o añade cargas adicionales.
2. No debe haber inconvenientes para que el Ayuntamiento acepte la sustitución del seguro de caución al que se refiere el acuerdo de empleo por un aval bancario, siempre que garantice el cumplimiento de los compromisos pactados en el mismo.

Este es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo solicitado por el Ayuntamiento de _____, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

En Badajoz, 2022