



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Asunto: Canon anticipado y cesión de trabajador a empresa concesionaria de servicio Municipal de Agua y alcantarillado.

La Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de (Toledo), mediante escrito de fecha 6 de febrero de 2014, registrado de entrada en la Diputación Provincial el día 12 de febrero del mismo año, solicita a este Departamento de Asistencia Técnica a Municipios informe jurídico, en relación con el contrato de **"gestión de los servicios municipales de agua potable y alcantarillado"**, adjudicado a la **Empresa**, formalizado mediante documento administrativo de fecha 17 de diciembre de 2008, iniciando su vigencia el 01/01/2009, con una duración de 25 años, en el que se valore la posibilidad de dejar sin efecto este contrato, estudiando la viabilidad de las diferentes vías jurídicas, si es que las hay, para lograr tal fin, siempre de la forma menos gravosa para los intereses del Ayuntamiento.

Así mismo solicita que el informe que se emita, se pronuncie expresamente sobre las siguientes dos cuestiones puntuales:

a) Si el artículo 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas, conlleva una cesión ilegal de un trabajador, y en su caso cuáles serían las consecuencias de dicha cláusula, y si se tuviese por no puesta, si podría la empresa reclamar alguna compensación al Ayuntamiento.

b) En la Cláusula Quinta del documento de formalización del contrato se establece la cantidad de 1.100.000 € *"en concepto de anticipo del canon de la concesión"*. La Señora Alcaldesa pregunta al respecto, si no debe existir una cuantía determinada del canon, y si es posible dejar sin cerrar el importe exacto del canon. Si esto no fuera posible, ¿qué consecuencia podría conllevar sobre la validez de contrato?

A tales efectos, la primera autoridad municipal nos anuncia la remisión de la siguiente documentación:

- Anuncio del acuerdo del Pleno por el que se acordó la adjudicación provisional.
- Pliego de Cláusulas administrativas particulares.
- Documento de formalización del contrato.

ANTECEDENTES



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



Así pues, a la vista de cuantos antecedentes han quedado expuestos, y una vez consultada la legislación que consideramos de aplicación al caso, y que después diremos, se procede a emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO.- De acuerdo con las cuestiones planteadas por la Sra. Alcaldesa en su escrito de consulta, el objeto del presente informe no puede ser otro que el estudio de las posibilidades o vías jurídicas existentes para determinar las posibles causas de resolución o de los vicios invalidantes, en el caso concreto que se analiza, esto es, el contrato de **"gestión de los servicios municipales de agua potable y alcantarillado"**, adjudicado a la **Empresa**, formalizado mediante documento administrativo de fecha 17 de diciembre de 2008, iniciando su vigencia el 01/01/2009, con una duración de 25 años, y para ello, dejaremos sentado desde este momento, que habrá que estar a lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (en adelante LCSP), que era la norma vigente en el momento de la licitación y posterior firma del contrato administrativo, y al amparo de la cual se realiza el negocio jurídico de la concesión administrativa que aquí nos ocupa, y así viene sancionado por la Disposición transitoria primera, del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, (TRLCSPP), que habiendo derogado la LCSP, dispone en su apartado 2, que *"los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior."* Junto con LCSP habrá de tenerse en cuenta el resto normas concurrentes que resulten de aplicación, según veremos en el desarrollo del informe.

Así, antes de entrar a analizar las posibles causas de resolución o secuestro contempladas en la LCSP y en el Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), a las que se alude, tanto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), como en el Contrato Administrativo que, como sabemos, constituyen la ley misma del contrato, creemos conveniente analizar en primer lugar, las dos cuestiones concretas sobre las que pregunta la Sra. Alcaldesa, referidas a la posible cesión ilegal de un trabajador del Ayuntamiento a la empresa concesionaria del servicio, y a la anticipación del canon de la concesión, ya que si del estudio de alguna de estas cuestiones o de ambas, se dedujera algún tipo de nulidad del contrato administrativo de mérito, no sería necesario proceder al estudio de otras posibles causas de resolución del mismo.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



SEGUNDO.- Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones indicadas, el artículo 9 del PCAP, dice textualmente: *El Ayuntamiento pondrá a disposición del concesionario una persona, con los conocimientos y la cualificación necesaria, para trabajos relacionados con los servicios objeto de la concesión. (...) El Ayuntamiento correrá con todos los costes salariales, (nómina, Seguridad Social, prestaciones según convenio, etc.).*

Continua diciendo este artículo, que el concesionario deberá ajustar el cuadrante al horario de trabajo del empleado municipal, con una duración de 35 horas semanales de trabajo, admitiéndose las horas extras con carácter excepcional y con el visto bueno del Ayuntamiento, si bien el trabajo a desarrollar se realizará bajo la dirección exclusiva del concesionario, reservándose el Ayuntamiento el ejercicio de la potestad disciplinaria.

En base a esta distribución de competencias contemplada en el pliego, podríamos afirmar que el trabajador afectado sigue manteniendo su dependencia orgánica del Ayuntamiento, si bien funcionalmente pasa a depender de la empresa concesionaria del servicio.

Respecto de esta situación, el artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, señala que la contratación de trabajadores para cederlos a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

Estos términos legales son los fijados en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, cuyo Art. 6.1, dispone que *"el contrato de puesta a disposición es el celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél."*

Parece claro que el Ayuntamiento no goza de la condición de Empresa de Trabajo Temporal, de acuerdo con la definición que de las mismas hace el Art. 1 de la Ley 14/1994, por lo que no puede celebrar válidamente el contrato de puesta en disposición del trabajador con la concesionaria del servicio, si bien las consecuencias del incumplimiento de tal prohibición se circunscribirían al ámbito laboral, respondiendo solidariamente ambas empresas, respecto a las obligaciones con el trabajador y con la Seguridad Social, junto al reconocimiento del derecho del trabajador sometido al tráfico prohibido, de adquirir la condición de trabajador fijo, a su elección, en la empresa cedente



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



o cesionaria, no contemplándose, por otra parte, en la LCSP para este supuesto, ningún tipo de sanción o declaración de invalidez del contrato concesional.

En este sentido, la Sentencia núm. 1449/1999, de 3 Diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, al referirse a un supuesto en el que un Ayuntamiento había cedido a un trabajador de carácter indefinido, a la empresa concesionaria del servicio de Parques y Jardines, que pasó a formar parte de dicha empresa mientras durase la concesión y prórrogas, reconoce en su fallo que ha existido una situación de cesión prohibida de trabajadores por parte del Ayuntamiento, y declara el derecho del demandante a ser considerado trabajador fijo del mismo, siendo por cuenta de dicha empleadora pública el pago de su salario, el alta en seguridad social, y demás derechos inherentes a la condición de trabajador fijo del Ayuntamiento.

En el caso que ahora nos ocupa, estaríamos ante un supuesto de hecho en el que el incumplimiento de la Ley sería de menor entidad, por decirlo de alguna forma, ya que dada la redacción del Art. 9 del PCAP, los términos de la relación laboral están definidos, y el trabajador sigue manteniendo su vínculo laboral con el Ayuntamiento, quien asume todas las obligaciones laborales que se derivan del mismo. La única nota distintiva de esta relación laboral, es que el trabajador presta sus servicios de forma directa a la empresa concesionaria.

Suponemos que en su día existió un consentimiento expreso del trabajador afectado y, en todo caso, dado el tiempo transcurrido parece que existe al menos un consentimiento tácito ante esta situación. No obstante, si en un determinado momento, el Ayuntamiento, de *motu proprio*, o a solicitud del trabajador, decide acabar con esta circunstancia, habrá de procederse, conforme establece el Art. 9 del PCAP, a restablecer el equilibrio económico del servicio.

TERCERO.- En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas, referida a la anticipación del canon de la concesión, aun siendo conocedores de la existencia de posturas doctrinales¹ contrarias a la anticipación total del canon concesional, no así de la anticipación parcial, no obstante, creemos más acertado sostener la tesis posibilista de la anticipación total del canon concesional, en base a la Sentencia núm. 951/2009, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 24 Junio, referida a un supuesto similar de anticipación total del canon de la concesión durante un periodo de 25

¹ “El canon anticipado en las concesiones del servicio de abastecimiento y saneamiento de agua en las corporaciones locales”.- José Ramón Cuerno Llata.- Secretario de Administración Local categoría superior.- El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 7, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Abr. 2010, Ref. 1066/2010, pág. 1066, tomo 1, Editorial LA LEY.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



años, de los "servicios de abastecimiento de agua potable a domicilio y saneamiento", de un ayuntamiento valenciano, ya que, en última instancia, por encima de respetables opiniones doctrinales, es al poder judicial a quien compete la labor de interpretar y aplicar la ley, (Art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Pues bien, en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Sentencia, después de aclarar que no cabe confundir el canon del contrato de gestión indirecta del servicio público de abastecimiento de agua, con el precio del mismo, ni tampoco considerarlo un tributo o una exacción fiscal, pues ello supone desconocer su naturaleza jurídica, textualmente manifiesta:

"Expuestos los anteriores conceptos, y a la vista del marco jurídico de la contratación pública, no existe óbice legal para que las Administraciones no puedan exigir o incorporar al concurso como mérito esencial el abono anticipado del canon concesional, permitiendo con ello que el concesionario adelante el canon anual de los 25 años de plazo de la concesión, de manera que la actora capitaliza al Ayuntamiento con un préstamo que debe estar afecto al servicio de abastecimiento de agua, resarciéndose de este anticipo mediante el cobro de las tarifas del servicio, una parte de las cuales, el canon, ya ha abonado anticipadamente. Para el concesionario no es un problema que no pueda preverse mediante su consideración de un coste financiero del servicio, que se recupera a lo largo del plazo concesional mediante amortizaciones periódicas.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007, rec. 6253/2002. Pte: Martínez-Vares García, Santiago, revisando en casación una sentencia de esta Sala, afronta la cuestión y acepta el anticipo del canon y los efectos que produce, afirmando:

"...El Pliego entre los derechos del Ayuntamiento contemplaba en el art. 9.a) el de "recibir del concesionario el Canon anticipado", derecho que recogía también el apartado segundo del artículo siguiente del Pliego cuando expresaba que "en sus ofertas, indicarán el Canon anticipado de concesión "liquidable de una sola vez- que si les fuera adjudicado el Servicio, se comprometen a ingresar en las Arcas municipales en el momento de la firma del contrato". Conviene detenerse en esta cuestión previa que sin duda posee trascendencia, ya que, con seguridad, contribuyó a que la Corporación considerase como proposición más ventajosa la ofertada por la adjudicataria, cuyo canon anticipado de concesión era sustancialmente más elevado que el ofrecido por la otra empresa que también concurrió al concurso. No cabe duda que ese canon, que el pliego obligaba a satisfacer por adelantado en el momento de la firma del contrato, constituía para la



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



adjudicataria uno de los costes que había de asumir dentro de los que había de afrontar durante la prestación de los servicios concedidos."

CUARTO.- Estudiadas en los dos puntos anteriores las cuestiones concretas planteadas por la Sra. Alcaldesa y puesto que, conforme al análisis que de las mismas hemos hecho, consideramos que no se deriva invalidez alguna del contrato concesional que nos ocupa, solo quedaría considerar si se da alguno de los supuestos de extinción o caducidad de la concesión contemplados en el RSCL y en la LCSP, y que así se recogieron en el PCAP.

En este sentido, teniendo en cuenta que en el escrito de consulta no se hace mención alguna a incumplimientos o infracciones cometidas por el concesionario en el desarrollo del servicio, tendremos que considerar inaplicables los supuestos de secuestro o caducidad de la concesión por tales motivos, (Arts. 133 y 136 del RSCL y 16 y 18 del PCAP), por lo que solo quedaría analizar si se da alguna o algunas de las causas de resolución contempladas en los Arts. 206 y 262 de la LCSP, tal y como se recoge en el Art. 17 del PCAP.

El Artículo 206 de la LCSP, referido a las causas de resolución de los contratos en general, dispone lo siguiente:

Son causas de resolución del contrato:

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 73 bis.

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

*c) El **mutuo acuerdo** entre la Administración y el contratista.*

d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 96.

e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 200 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



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.

h) Las establecidas expresamente en el contrato.

i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley.

Por su parte, el Art. 262, de LCSP, dispone que:

"Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el artículo 206, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes:

a) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.

*b) El **rescate del servicio** por la Administración.*

c) La supresión del servicio por razones de interés público.

d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato."

Del conjunto de causas de resolución contempladas en los artículos anteriores, descartada la supresión por tratarse de un servicio público obligatorio, conforme al Art. 26.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), de acuerdo con la información facilitada en el escrito de consulta, creemos que solo resultarían de aplicación la resolución por mutuo acuerdo, contemplada en el Art. 206.c), y el rescate del servicio por la Administración, conforme al Art. 262.b).

En lo que se refiere a la resolución por mutuo acuerdo, habría que estar a lo válidamente estipulado por las partes, (Art. 208.1 LCSP), y en cuanto al rescate de la



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



concesión, el Art. 263.2 de la LCSP establece que *"por razones de interés público la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente"*, disponiendo el Art. 264.1, que, *"en los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión, precisando en el apartado 4, que "en los supuestos de las letras b), c) y d) del artículo 262, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización."*

Lógicamente las razones de interés público, han de ser debidamente justificadas en el expediente, no bastando su mera alegación.

El procedimiento para la resolución contractual será el vigente en la fecha del acuerdo de inicio del expediente de resolución contractual, por lo que a fecha de hoy, y a falta de concretas previsiones relativas al procedimiento en las disposiciones de derecho transitorio en el TRLCSP, su artículo 224 remite a las normas de desarrollo de la misma el procedimiento a seguir para la aplicación de las causas de resolución de los contratos. Como quiera que tal procedimiento no ha sido establecido hasta la fecha, no existen dudas sobre la aplicación de las normas de procedimiento contenidas en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

La citada norma reglamentaria, en cuanto al procedimiento de resolución, establece en su Art. 109 los requisitos que son exigibles para la resolución de los contratos:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley. (Referentes a la falta de constitución de la garantía definitiva y demora en el cumplimiento de los plazos, respectivamente).



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

En cuanto al Dictamen del Consejo de Estado, su exigencia ya viene determinada, tanto en el Art. 195.3.a) de la LCSP, como en el Art. 211.3.a) del TRLCSP.

Conclusiones: Las que se derivan de las anteriores consideraciones.

Es cuanto tengo el honor de informar, a los simples efectos de que se conozca la opinión jurídica de este Departamento, que someto a otra en derecho mejor fundada, no supliendo en ningún caso a otros informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los oportunos acuerdos.

Toledo, 4 de marzo de 2014