Informe 2/2011, de 14 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña (Comisión Permanente).

Asunto: Repercusión en el precio de los contratos del aumento de los costes salariales del personal de la empresa adjudicataria

ANTECEDENTES

I. El alcalde del Ayuntamiento de Granollers ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con "*la controversia en diferentes contratos de limpieza a la hora de aplicar el artículo 202 de la Ley de contratos del sector público, relativo a la modificación de los contratos administrativos, en aquellos contratos en que el aumento de los costes salariales pactados por la empresa (...) y el Departamento de Trabajo de la Generalidad, repercuten en los precios del servicio, hecho justificado como riesgo imprevisible por la empresa adjudicataria y atendiendo a razones de interés público".*

II. El escrito del Ayuntamiento adjunta el informe de consulta emitido por su Secretaria sobre esta cuestión. Asimismo, se adjuntan fotocopias del principio de acuerdo ante la autoridad laboral, entre la empresa adjudicataria del contrato y sus trabajadores, por el cual se acuerda establecer un complemento salarial denominado "plus municipal", vinculado a la prestación del contrato administrativo.

III. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, establece que esta Junta informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan a las entidades que integran la Administración local. Por otra parte, el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Antes de analizar las cuestiones planteadas se tiene que precisar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, de acuerdo con lo que prevé el Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, tiene el carácter de órgano consultivo específico en materia de contratación y, en el ejercicio de su función de resolver consultas de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, no puede sustituir ni suplir las funciones consultivas que tienen asignadas otros órganos consultivos en sus respectivos ámbitos de competencia, tal como se recoge en la Instrucción 1/2005, de 4 de octubre, de la Comisión Permanente.

Por lo tanto, la emisión de este informe se efectuará sobre la base del análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, sin entrar a valorar el expediente o las circunstancias concretas que originan la consulta.

Paseo de Gracia, 19, 5ª planta
08007 Barcelona
Teléfono 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca

II. La cuestión planteada por el Ayuntamiento de Granollers hace referencia a un tema fundamental en materia contractual como es el precio de los contratos y sus posibles variaciones y modificaciones.

El precio del contrato se encuentra regulado en el artículo 75 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (de ahora en adelante, LCSP). De acuerdo con este artículo, el precio tiene que estar determinado en los contratos y se corresponde a la cuantía íntegra que tiene que percibir el adjudicatario como contraprestación por la ejecución del contrato, la cual queda fijada con su adjudicación, y viene condicionada por el presupuesto de licitación que es lo que tiene que tomar el licitador como tipo máximo para formular la oferta.[1]

Asimismo, de conformidad con lo que dispone el apartado 1 de este artículo, el precio tiene que ser cierto y tiene que ser adecuado para el cumplimiento efectivo del contrato mediante la estimación correcta de su importe, atendiendo al precio general de mercado en el momento de fijar el presupuesto de licitación.

La exigencia legal que el precio del contrato sea cierto no implica que éste tenga que ser fijo o inalterable, sino que admite variaciones.[2] Como así se reconoce en los apartados 3 y 4 del mismo artículo 75 de la LCSP. El apartado 3 regula, con carácter general, la posibilidad de revisar el precio del contrato, de manera que los precios fijados pueden ser revisados o actualizados cuando tengan que ser ajustados, al alza o a la baja, para tener en cuenta las variaciones económicas que ocurran durante la ejecución del contrato. En el caso de los contratos administrativos, la revisión se tiene que llevar a cabo de conformidad con lo que prevé el capítulo I del título III del libro primero de la Ley.

El apartado 4 del mismo artículo 75 habilita para incluir en el contrato cláusulas de variación de precio en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, así como penalizaciones por incumplimiento de las cláusulas contractuales, cuando la naturaleza y el objeto del contrato lo permitan.

Con el mecanismo de la revisión de precios, por lo tanto, se modera el principio de riesgo y ventura del contratista establecido por el artículo 199 de la LCSP, por el hecho de trasladar a la Administración la obligación de asumir, como mínimo, una parte del incremento derivado de determinados costes que inciden en la ejecución del contrato. Sin embargo, no todos los costes se pueden tener en cuenta a este efecto, sino que, de conformidad con el artículo vigente 79.1 de la LCSP, se pueden valorar los que hacen referencia a los materiales básicos y a la energía incorporados al proceso de generación de las prestaciones

[1] Respecto del precio de los contratos, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado en el informe 17/2009, de 21 de diciembre, que lleva por título *Validez de un pliego de cláusulas administrativas particulares que no incluye el presupuesto base de licitación* y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en los informes 43/2008, de 28 de julio y 26/2008, de 2 de diciembre, entre otros.

[2] En este sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 52/09, de 26 de febrero de 2010.

objeto del contrato, y quedan excluidos el coste de la mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura y el beneficio industrial.

En definitiva, la revisión de precios se configura como el mecanismo que sirve para mantener el equilibrio económico del contrato y de las obligaciones de las partes en la medida en que articula un mecanismo de actualización del precio del contrato en función del aumento de los costes que conforman algunas de las prestaciones del objeto contractual.

Ahora bien, con independencia del mecanismo de la revisión de precios, la legislación de contratos prevé otros instrumentos que pueden tener también como consecuencia el restablecimiento del equilibrio económico del contrato pero que tienen su causa en un supuesto de hecho diferente. Estos otros mecanismos, que básicamente son las modificaciones del contrato -ya sean debidas a modificaciones introducidas por la Administración o derivadas de circunstancias externas sobrevenidas[3]- no tienen su causa en la alteración de los costes no vinculados a las prestaciones contractuales, sino en otras circunstancias previstas en la legislación.

A efectos de la consulta planteada, hay que distinguir ahora el mecanismo de la revisión de precios, como sistema ordinario para mantener el equilibrio económico del contrato, y la modificación contractual, que está configurada con un régimen jurídico específico y diferenciado por tener causas y consecuencias sustancialmente diferentes.[4]

Adicionalmente, a efectos de la consulta planteada, hay que tener en cuenta, también, que tanto la forma de determinación del precio en el momento de la preparación del contrato- con la fijación del presupuesto de licitación y el valor estimado del contrato- como en la adjudicación, se tiene que llevar a cabo de acuerdo con el requisito de la adecuación del precio de los contratos al mercado, y esto con la finalidad de garantizar la viabilidad de la ejecución del contrato. De hecho, esta adecuación se tiene que mantener durante la ejecución del contrato porque, aunque el precio es cierto, hará falta que se haga la revisión del precio del contrato de acuerdo con las previsiones de la legislación de contratos y del pliego de cláusulas administrativas particulares aplicable.

En relación con determinados contratos de trato sucesivo, esta Junta Consultiva, en el informe 7/2000, de 7 de julio, afirmó que en la mayor parte de los casos el coste del contrato se corresponde con el de la retribución del personal, sin perjuicio que se le puedan añadir otras prestaciones complementarias, de manera que este coste se convierte en el referente

---

[3] En relación con este último supuesto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de abril de 1999, entre otros, en el sentido de señalar que *"procede su compensación de acuerdo con la doctrina del 'riesgo razonadamente imprevisible' conectada a la cláusula 'rebus sic stantibus', como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto en el tiempo de celebrar el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa por una de las partes que la que inicialmente había podido prever, lo cual permite la rescisión del contrato, o en su caso la indemnización de este mayor coste, que no tiene que ser asumido por la parte a quien el suceso imprevisible" haya "pe*rjudicado".

[4] En este sentido se pronunció la Abogacía del Estado en su Dictamen de 29 de noviembre de 2002.

económico básico del contrato. Por este motivo, en este informe se señaló que el órgano de contratación tiene que conocer los costes retributivos del personal que presta el servicio para determinar el presupuesto máximo de licitación o, incluso, para poder considerar una oferta como anormalmente baja, si la forma de adjudicación es el procedimiento abierto con diversos criterios de adjudicación, cuando el precio unitario ofrecido por la empresa es inferior al mínimo establecido por el convenio colectivo del sector. Finalmente, se concluyó en el sentido que los órganos de contratación tienen que velar por la adecuación al mercado del precio del contrato, que tiene que ser lo que resulte de la competencia empresarial con exclusión de las ofertas anormalmente bajas que no puedan justificar la posibilidad de ejecución idónea del objeto contractual.

III. La revisión de precios, según se ha señalado en la consideración jurídica anterior, es el mecanismo que permite ajustar el precio al alza o a la baja para tener en cuenta las variaciones económicas que ocurran durante la ejecución del contrato. Este mecanismo, que se encuentra regulado con respecto a los contratos administrativos en los artículos 77 a 82 de la LCSP resulta procedente cuando concurren los requisitos siguientes[5]:

- Cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no ha previsto expresamente la improcedencia de la revisión del precio.
- Cuando el contrato se ha ejecutado, como mínimo, en el 20 por ciento de su importe.
- Cuando el tiempo transcurrido desde la adjudicación del contrato es superior a un año.

Por lo tanto, con carácter general, ni el 20 por ciento inicial del precio del contrato ni el tiempo de ejecución del contrato comprendido en el año transcurrido desde su adjudicación pueden ser objeto de revisión del precio.

El mismo régimen jurídico de la LCSP respecto de la revisión de precios del contrato ha previsto una serie de conceptos o elementos de costes asociados a la prestación del contrato que no pueden ser causa de la revisión del precio y, entre los cuales, como novedad, y especialmente a efectos de la consulta que da respuesta a este informe, se tiene que señalar el elemento que hace referencia a la mano de obra.[6]

Además, también hay que tener en cuenta que en relación con la eventual repercusión de los acuerdos adoptados en los convenios colectivos respecto de los precios de los contratos, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha señalado en diferentes informes que la revisión del importe de la adjudicación se tiene que ajustar a las previsiones legalmente establecidas sobre revisión de precios y, aunque se ha hecho referencia a la

[5] Estos requisitos no son aplicables al contrato de gestión de servicios públicos, en el cual la revisión de precios procede cuando haya transcurrido un año de ejecución del contrato.

[6] La previsión de la no inclusión de la evolución de los costes de la mano de obra o financieros encuentran, sin embargo, la excepción en las circunstancias y términos previstos en el apartado 2 y 3 del artículo 79 de la LCSP.

modificación de los contratos, se ha señalado que difícilmente se podría justificar una modificación por estas circunstancias.[7]

Llegados a este punto, por lo que respecta al caso concreto de la consulta a que se refiere este informe, no parece procedente aplicar la revisión de precios del contrato con la finalidad de incorporar un determinado complemento salarial.

IV. Descartada, pues, la posibilidad de revisar el precio del contrato con motivo de acuerdos de carácter laboral vinculados a los costes de mano de obra, procede analizar ahora si es viable adaptar el precio del contrato por la vía de la modificación contractual, para dar respuesta a la consulta planteada en sus términos.

Vistas las variaciones recientes de la legislación básica de contratos y, particularmente, del sistema de modificaciones contractuales, hay que determinar, en primer término, el régimen jurídico aplicable. En este sentido, teniendo en cuenta la fecha de las contrataciones a que hace referencia la consulta, hay que concluir que el análisis de la cuestión planteada se tiene que efectuar bajo la perspectiva de la LCSP, sin que resulten de aplicación las modificaciones introducidas por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa administrativa para la adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, ni la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (de ahora en adelante, LES).

Antes de la modificación de la LCSP llevada a cabo por la LES, la modificación de los contratos administrativos se encontraba regulada, con carácter general, en el artículo 202.1 de la LCSP. Literalmente este precepto establecía que el órgano de contratación sólo podía introducir modificaciones en el contrato, una vez perfeccionado, por razones de interés público y para atender causas imprevistas, que tenían que quedar debidamente justificadas en el expediente y que estas modificaciones no podían afectar a las condiciones esenciales del contrato.

Por otra parte, el artículo 202.2 de la misma LCSP contemplaba la posibilidad de modificar el contrato cuando estuviera previsto en los pliegos y en el documento contractual, en el cual también tenían que constar las condiciones en que se podía efectuar la modificación. En este caso sí que las modificaciones podían afectar a las denominadas condiciones esenciales del contrato.[8]

---

[7] Entre otros, informe 9/1997, de 20 de marzo, 34/1999, de 12 de noviembre, 38/2000, de 21 de diciembre, 34/2001, de 13 de noviembre, 26/2003, de 17 de noviembre, y 25/2006, de 20 de junio.

[8] En este sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el informe 43/2008, de 28 de julio de 2008, mencionado anteriormente.

Paseo de Gracia, 19, 5ª planta
08007 Barcelona
Teléfono 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca

Por lo tanto, la LCSP recogía ya antes de la reforma dos tipos de modificaciones: las modificaciones previstas en el pliego y las que había que introducir en los elementos del contrato para atender causas imprevistas.[9] Este planteamiento se ha visto reforzado con la aprobación de la LES que, con la nueva regulación que ha introducido en materia de modificación de los contratos, ha diferenciado claramente entre las modificaciones definidas en el pliego y advertidas en el anuncio de licitación (artículo 92.ter) y las modificaciones no previstas (artículo 92.quater).

Descartada la eventual aplicación de la primera de las tipologías de modificaciones, ya que ni de los términos de la consulta ni de la documentación enviada se desprende de que se hubiera previsto la posibilidad de modificación del contrato ni tampoco las condiciones en que se podría hacer, procede analizar si procedería, en su caso, la aplicación del segundo tipo de modificaciones a que se ha hecho mención, es decir, las que no están previstas en la documentación contractual. Para su aplicación se requeriría, de acuerdo con la LCSP en su versión inicial, que se dieran los requisitos siguientes:

- Que la modificación respondiera a necesidades de interés público que tendrían que quedar justificadas debidamente en el expediente.
- Que la modificación se llevara a cabo para atender causas imprevistas.
- Que las modificaciones no afectaran a las condiciones esenciales del contrato.

La Comisión Jurídica Asesora ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el concepto de "necesidades nuevas"[10] y también sobre el de "causas imprevistas"[11]. Textualmente, al dictamen 67/09, de 12 de marzo, ha afirmado lo siguiente: *"Necesidades nuevas" o "causas imprevistas" se tienen que entender en sentido estrictamente jurídico, más allá de lo que conforma el objeto inicial del contrato. Estos términos expresan alguna cosa más que no existe en el momento de la contratación y que, en ningún caso, se tiene que identificar con elementos, hechos, circunstancias o frecuencias que existieran en aquel momento y que se hubieran pasado por alto o bien que no se hubieran tenido en cuenta en la contratación y que, consiguientemente, hubieran llevado a la Administración a una adjudicación poco afinada, no sólo con respecto al precio, sino también por el hecho de que hubiera podido vulnerar las reglas contractuales en términos de derecho europeo".*

---

[9] Ésta es la interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado recogida en el informe 43/2008, de 28 de julio, que lleva por título "*Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de contratos del sector público. Régimen jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiera sido objeto de un anuncio publicado con posterioridad en la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiera producido con posterioridad*".

[10] Concepto que no se contempla en el artículo 202 de la LCSP y previsto en el artículo 101 del anterior Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real decreto legislativo 2/2000, de 12 de octubre.

[11] Entre otros, los dictámenes 66/09, de 12 de marzo, 67/09, de 12 de marzo y 292/09, de 17 de septiembre.

En relación con el tercero de los requisitos señalados se ha pronunciado esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el informe 14/2010, de 26 de noviembre[12], en que se ha afirmado que la expresión "condiciones esenciales del contrato" responde a la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, lo cual supone que no se puede establecer una fórmula que permita determinar previamente qué condiciones tienen carácter esencial, sino que esta determinación se tiene que efectuar caso por caso. Ahora bien, se precisa también que, en cualquier caso, podrán tener la consideración de esenciales las estipulaciones que, en el caso de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente y haber seleccionado una oferta diferente de la inicialmente seleccionada, y no puede suponer, en ningún caso, una vulneración de los principios generales de publicidad, concurrencia, transparencia e igualdad de trato que rigen la contratación pública.

Para cerrar la cuestión, es especialmente significativo el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de marzo de 2007, dictada en el Recurso 7679/2004, por la cual, en definitiva, el Tribunal desestima en casación la pretensión de la adjudicataria de repercutir el incremento de los costes salariales acordados por convenio colectivo con posterioridad a la perfección del contrato. Los principales argumentos de la Sentencia niegan que el incremento de costes generados por el convenio colectivo justifique la concurrencia de un riesgo imprevisible y de la necesidad de mantener el equilibrio financiero del contrato sobre la base de un precio justo. Es más, el Tribunal entiende que la firma de un nuevo convenio no es un hecho extraordinario sino conocido o previsible por parte del adjudicatario y sí es una cuestión ajena a la Administración demandada.

De acuerdo con las consideraciones jurídicas efectuadas anteriormente, hay que afirmar que el argumento del incremento salarial acordado con posterioridad o simultáneamente a la adjudicación de un contrato no es, por sí mismo, la justificación de una modificación contractual por concurrencia de un riesgo imprevisible.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

CONCLUSIONES

1. La adecuación del precio del contrato durante su ejecución a la realidad del mercado se tiene que efectuar, ordinariamente, por el sistema de la revisión de precios que se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de acuerdo con las previsiones de la legislación de contratos.

2. De acuerdo con la normativa contractual pública vigente, el incremento del precio de un contrato, como consecuencia de un acuerdo posterior o simultáneo a la adjudicación de una contratación que implique el aumento de los costes salariales pactados no justifica, por sí

[12] Este informe lleva por título "Posibilidad de modificar la frecuencia y la duración parcial de las prórrogas de un contrato de gestión de servicios públicos".

mismo, la concurrencia de un riesgo imprevisible para efectuar la modificación del contrato, según se ha expuesto en la consideración jurídica IV de este informe.

Barcelona, 14 de abril de 2011

Paseo de Gracia, 19, 5ª planta
08007 Barcelona
Teléfono 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca