ÓRGANOS CONSULTIVOS

Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado del 10 de diciembre de 2018, Núm. 3/2018

Consecuencias de la alteración sobrevenida de las condiciones salariales de los trabajadores de una empresa contratista de servicios por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público

Órgano: Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado

Tipo de pronunciamiento: Recomendación

Número: 3/2018

RECOMENDACIÓN DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO, DE 10 DE DICIEMBRE DE 2018, A LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN EN RELACIÓN CON LAS CONSECUENCIAS DE LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CONDICIONES SALARIALES DE LOS TRABAJADORES DE UNA EMPRESA CONTRATISTA DE SERVICIOS POR CAUSA DEL CAMBIO EN EL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO PÚBLICO.

Clasificación del informe: 32. Recomendaciones, acuerdos y circulares.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 2.4.c) del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece su régimen orgánico y funcional, está facultada para "exponer a los órganos de contratación las recomendaciones e instrucciones que considere pertinentes en función de la competencia que le está atribuida".

En el ejercicio de esta función, este órgano colegiado ha considerado oportuno adoptar una Recomendación sobre cuáles deben ser las consecuencias para los contratos públicos derivadas de la alteración sobrevenida de las condiciones laborales de los trabajadores de una empresa contratista de servicios por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público, en especial, en lo que atañe a las condiciones salariales de aquellos.

La presente Recomendación cuenta, de acuerdo con su propia naturaleza, con el carácter de no vinculante para los órganos de contratación. Sin perjuicio de ello, se aprueba con el ánimo de que, en beneficio de todos, sirva de guía para una aplicación uniforme por parte de todos los órganos de contratación de los aspectos en ella incluidos.

Por todo lo expuesto, y a efectos de recoger y dar difusión al criterio interpretativo de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en la materia citada, se aprueba la siguiente Recomendación en la sesión de su Comisión Permanente de 10 de diciembre de 2018.

1.- INTRODUCCIÓN.

I

Como es conocido, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, presta especial atención a los aspectos relacionados con el cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones laborales. Se configura de este modo a la contratación pública como un mecanismo que debe desenvolverse en un entorno de máximo respeto a los derechos de los trabajadores implicados en la ejecución de cualquier contrato público, reforzando la garantía del cumplimiento de las obligaciones legales derivadas de la normativa laboral mediante instrumentos tales como los siguientes:

- El rechazo por el órgano de contratación de las ofertas si comprueba que son anormalmente bajas porque no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral;
- La regla según la cual en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.
- La regla conforme a la cual en el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta los costes derivados de la aplicación de la normativa laboral vigente.
- En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente se deberán tener especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación.
- Como regla para determinar el precio del contrato se indica en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios.
- Durante la preparación de un contrato público, especialmente durante la redacción del pliego de cláusulas administrativas particulares, la ley permite introducir consideraciones sociales, laborales y ambientales como criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución. A esta circunstancia hacen referencia especialmente los artículos 145 y 202 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Tal circunstancia ya era posible pero ahora se ve notablemente reforzada.

Estas reglas ponen de manifiesto la necesidad de que en el momento de determinar los supuestos económicos básicos que han de regir el contrato (presupuesto base de licitación, valor estimado del contrato y precio del mismo) y también durante su adjudicación y su ejecución ha de tenerse muy en consideración el coste de la mano de obra determinada conforme a los convenios colectivos aplicables, siempre que estemos en presencia de contratos de servicios en los que el coste laboral sea relevante en su ejecución.

II

Ahora bien, el que la ley mencione expresamente todos estos aspectos, especialmente los que atañen al respeto a los convenios colectivos y a las condiciones salariales resultantes de los mismos, no quiere decir que estemos en presencia de nuevas obligaciones nacidas de la legislación contractual. Por el contrario, la fuerza vinculante de los convenios deriva de la legislación laboral, no de la administrativa, de modo que el contratista ya estaba sujeto antes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a la obligación de respetar escrupulosamente las condiciones salariales pactadas a través de la negociación colectiva. Lo que se ha hecho en la presente ley es reforzar las medidas para garantizar que esta circunstancia se produzca.

III

En efecto, el artículo 201 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, alude expresamente a las denominadas obligaciones en materia medioambiental, social o laboral. Señala este precepto, que entendemos esencial en este análisis, lo siguiente:

"Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V.

Lo indicado en el párrafo anterior se establece sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado párrafo.

El incumplimiento de las obligaciones referidas en el primer párrafo y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192."

Pues bien, del tenor de este precepto, más allá de las medidas de garantía del cumplimiento de las obligaciones salariales y de las potestades de comprobación que se atribuyen al órgano de contratación, destaca la gran importancia que el legislador predica del cumplimiento de las obligaciones salariales derivadas de los convenios colectivos, cuyo incumplimiento dará lugar a la imposición de penalidades conforme al artículo 201 de la Ley.

IV

En resumen, el marco jurídico que fija la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, caracteriza a los costes derivados de las obligaciones laborales fijadas por el convenio colectivo como un elemento esencial a la hora de determinar la economía del contrato de servicios en aquellos supuestos en que estemos en presencia de servicios en que el peso de dichas obligaciones sea relevante. Pero además, los órganos de contratación asumen una labor de garantía del cumplimiento de tales obligaciones, de modo que un eventual incumplimiento del contratista aparejará perniciosas consecuencias para el incumplidor.

2.- RECOMENDACIÓN PARA LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO.

I

Bajo estas premisas se ha venido planteando por diversas entidades del sector público cuál sería el efecto de la modificación de las condiciones salariales por causa del convenio colectivo en este tipo de contratos. Cabría pensar, prima facie, que si el contratista está obligado, en su condición de empleador, a cumplir con lo pactado a través de la negociación colectiva, si los costes laborales aumentan para el empresario durante la ejecución de un contrato público, éste puede ver perjudicada su situación en el seno del mismo.

II

Como es conocido, los contratos públicos implican el acuerdo de voluntades entre la entidad pública contratante y el contratista. Este acuerdo de voluntades se funda en una serie de condiciones que la entidad pública plasma en la documentación contractual y que el licitador acepta al presentar su proposición y, si es seleccionado para ejecutar el contrato, al firmar el documento contractual.

Una vez firmado el contrato se aplica el principio clásico “pacta sunt servanda” conforme al cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos (Arts. 1091 y 1258 del CC). Este principio ha sido unánime reconocido por la Jurisprudencia (STS 5365/2013 y STS 10/12/1990, 06/11/1992 y 15/11/2000) y se refuerza en el caso de los contratos públicos mediante el establecimiento en nuestras leyes contractuales del principio de vinculación al contenido contractual (Artículo 189 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) conforme al cual “Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas.” Bajo estas condiciones se predica del contrato la inmutabilidad de las condiciones bajo las cuales se ha prestado el consentimiento mutuo de las partes (STS de 28 de octubre de 2015).

III

A la inmutabilidad del contrato debe añadirse como premisa esencial propia de los contratos públicos la atribución al contratista del riesgo y ventura del contrato. Así lo declara el Artículo 197 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público cuando señala que "La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239."

La concreción de este principio supone que el contratista asume los riesgos normales que son inherentes a la ejecución del contrato, de modo que la mera variación de las circunstancias bajo las que se firmó el mismo no permitiría que el contratista pidiera unilateralmente la modificación del contrato. Señala el Tribunal Supremo que "en lo que concierne a las alteraciones de la economía del contrato, la expresa aplicabilidad del principio de riesgo y ventura hace que el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas le depare la dinámica del contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución" (STS de 20 de julio de 2016). Esta misma sentencia nos recuerda que la proclamación legal del principio de riesgo y ventura lleva inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

IV

Pero como también declara el Alto Tribunal, en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas excepciones tasadas a esa aleatoriedad de los contratos públicos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (ius variandi o factum principis), o por hechos que exceden del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Esto no implica, según la Jurisprudencia, que toda alteración del justo equilibrio de las prestaciones del contrato dé derecho al contratista a solicitar que se establezca la situación exacta bajo la que se firmó el contrato, sino que ello únicamente cabrá en los casos antes expuestos y siempre que se cumplan unas determinadas condiciones que han de verificarse caso por caso. Más allá de tales casos "el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla".

V

En nuestro derecho positivo la forma habitual de prever un cambio del precio que la entidad pública contratante ha de pagar al contratista a lo largo del contrato es la revisión de precios, mediante la cual se adapta uno de los elementos sustanciales del contrato a las circunstancias de su ejecución.

Sin embargo, en la actual legislación de contratos públicos la revisión de precios está notablemente limitada, en la mayoría de los contratos de servicios, a los supuestos de revisión periódica y predeterminada. Sólo en los casos excepcionales del apartado 2 del artículo 19 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos. Por lo tanto, en la mayor parte de los contratos de servicios la revisión de precios no está contemplada como un sistema que pueda solventar una eventual situación de incremento de los costes salariales como consecuencia del cambio de un convenio colectivo. A ello hay que añadir que la propia legislación contractual limita, en los supuestos en que sea posible, la posibilidad de revisión de los costes salariales, excluyéndolos en general de esta posibilidad (art. 103 de la LCSP y 7 del RD de desarrollo de la Ley de Desindexación de la Economía Española).

Esta situación no es novedosa en nuestra legislación contractual pública. Ya bajo la vigencia de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 (arts. 79.1 y DT 2ª) se decía con claridad que no se podrían incluir en las fórmulas de revisión de precios el coste de la mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Para la obligatoria adaptación de los contratos a la nueva situación se añadía expresamente que transcurrido un año desde la entrada en vigor de esta Ley sin que se hubieran aprobado las nuevas fórmulas, la aplicación de las actualmente vigentes se efectuará con exclusión del efecto de la variación de precios de la mano de obra.

VI

No cabiendo la revisión de precios en estos contratos, en la medida en que la alteración de las condiciones salariales por una nueva negociación colectiva no puede calificarse como periódica y predeterminada, debe valorarse si existe alguna otra fórmula que permita adaptar el contrato a las circunstancias de su ejecución y cuándo se puede emplear esta.

Una posibilidad sería la modificación del contrato. Pues bien, la modificación del contrato, tanto en la Directiva como en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se refiere al cambio del objeto del mismo, esto es, a la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante, no al precio. El artículo

203.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público así lo establece al señalar que “Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207.”

Desde el punto de vista material una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta. Además, supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo, que han sido definidos en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado. No parece que la variación de las circunstancias derivadas de la negociación colectiva laboral deba ser soportada o absorbida por la entidad contratante pues esto no es un imperativo legal, porque esta circunstancia ya venía sucediendo con anterioridad a la entrada en vigor de la actual ley, por más que en ella se cite expresamente recogiendo el desiderátum de la Directiva en el sentido de que se respeten las condiciones fijadas en los convenios colectivos, y porque ello representaría un problema cuantitativa y cualitativamente muy relevante en la gestión de los contratos públicos.

Las anteriores consideraciones ya justifican sobradamente la conclusión de que la variación del precio del contrato no debe calificarse en ningún caso como una modificación del mismo en sentido técnico jurídico, pero a mayor abundamiento y como argumento añadido, ocurre que específicamente en determinados supuestos la variación de las condiciones fijadas en los sucesivos convenios colectivos podría no ser completamente ajena al empresario contratista. Si el ámbito del convenio es el de la propia empresa contratista, el empresario no será ajeno a la negociación, de manera que el resultado de la misma, de la que forma parte su voluntad, perjudicaría a un tercero completamente ajeno como es la entidad pública contratante. En este caso, la determinación de las condiciones económicas del contrato quedaría dependiendo de la voluntad del contratista, lo cual es contrario a lo dispuesto en el artículo 1256 CC, conforme al cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

VII

Es bien conocido que en relación con la contratación pública opera parcialmente un principio como es el del mantenimiento del equilibrio económico del contrato. Pero este principio sólo se contempla en las concesiones y no en el resto de los contratos. De hecho, el art. 205 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, considera una modificación sustancial del contrato, y por tanto proscrita por la norma, cuando la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial, circunstancia que perfectamente podría ocurrir en un supuesto como el que estamos contemplando.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016 indica que para que proceda el reequilibrio financiero del contrato en aplicación del principio de riesgo y ventura no basta con que su economía haya resultado alterada, sino que resulta preciso que la causa de esa alteración haya sido el "factum principis", el ejercicio del "ius variandi" o la concurrencia de circunstancias calificables de hecho imprevisible. Es evidente que ninguna de las dos primeras figuras concurre en el presente caso pues no se cumplen las condiciones exigidas para su aplicación, que como antes hemos señalado han de analizarse caso por caso, y especialmente para estos supuestos en la medida en que la voluntad de las entidades públicas resulta completamente ajena a la negociación colectiva.

Por lo que hace a la denominada doctrina del riesgo imprevisible (que se menciona en el propio Considerando 109 de la Directiva CE/24/2014), el Tribunal Supremo manifiesta como premisa en su sentencia de 27 de octubre de 2009 que no siempre cabe deducir que un aumento de los costes genere de forma automática una quiebra del equilibrio del contrato. El incremento puede determinar que el beneficio no alcanzara el margen calculado inicialmente por el contratista, más esta circunstancia no autoriza a concluir acerca de la situación desproporcionadamente lesiva para aquel.

La Sentencia de 18 de abril de 2008 aludía, en este sentido, a la doctrina del riesgo imprevisible. La citada sentencia manifestó que la aplicación de esta doctrina, si la enlazamos con la de la cláusula rebus sic stantibus, exige que, "como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse".

La Sentencia de 25 de abril de 2008 alude, a su vez, al concepto de imprevisibilidad y señala que la misma concierne a "sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación."

La determinación de las consecuencias jurídicas de un cambio de las circunstancias del contrato exige, según el Alto Tribunal, aplicar los principios de equidad del art. 3.2 CC y de buena fe del art. 7.1 por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública.

En el caso que nos atañe, del mismo modo que la Jurisprudencia admitió que el incremento de precios del petróleo en un mercado liberalizado constituía un riesgo propio del contrato o una ventura en el caso de que aquel disminuyese, el crecimiento del importe de los costes de mano de obra como consecuencia de un acontecimiento previsible como es la negociación colectiva no puede calificarse en modo alguno como un riesgo imprevisible, que justifique la modificación posterior del contrato. Es esta una circunstancia que claramente puede anticiparse en el momento de celebrarse el contrato y que el contratista puede prever. Es cierto que la ley ordena que los órganos de contratación cuiden de que el precio de los contratos sea adecuado al mercado, pero también lo es que, una vez determinadas las condiciones aplicables al contrato y consentidas por las partes, existe un riesgo que asume el contratista y del que no puede desligarse por acontecimientos previsibles, aunque no sean cuantificables de antemano.

En conclusión, esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado estima, por virtud de los precedentes argumentos, que ni en el caso de que el coste de la mano de obra sea el principal coste económico del contrato ni en el caso de que sea un coste relevante, la variación de tales costes como consecuencia de la negociación de un nuevo convenio colectivo aplicable justifica la modificación del contrato.

VIII

Cabe analizar finalmente qué actuaciones podrían llevase a cabo por el órgano o administración contratante para poder incorporar en el precio del contrato las variaciones de los costes de mano de obra acaecidos en el periodo de ejecución del mismo.

Pues bien, en los expositivos precedentes ya hemos visto que en este tipo de contratos no cabe con carácter general la revisión de precios ni tampoco la modificación no prevista del contrato a instancia del contratista. También hemos sentado que el incremento de los costes de la mano de obra derivados del convenio colectivo forma parte del alea normal del contrato y es un riesgo propio de la ejecución del mismo, riesgo que el contratista debe soportar. Por tanto, en estos supuestos no parece que sea el órgano de contratación el que deba adoptar medidas para paliar un incremento de los costes laborales porque el cálculo de los parámetros económicos del contrato no puede hacerse sobre la base de una hipotética negociación colectiva. Otra cosa es que los licitadores puedan tener en cuenta un escenario de incremento previsible para formular sus proposiciones y que, de este modo, incluso en el caso de un incremento del coste de la mano de obra la economía del contrato no se vea alterada.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado realiza las siguientes

RECOMENDACIONES

- La modificación de los costes laborales derivados de la firma de un nuevo convenio colectivo aplicable a un contratista es un riesgo propio del contrato público de servicios que no justifica la modificación del contrato.
- Como consecuencia de lo anterior, no se considera necesario que los órganos de contratación adopten medida alguna ante esta circunstancia.