



CONSULTA 102/2024, de 3 de diciembre de 2024. "Cálculo de los costes salariales: momento al que han de referirse. Análisis de la posibilidad de modificar el contrato por su variación posterior".

CONSULTA

1

A través de correo electrónico, de fecha 26 de noviembre de 2024, tuvo entrada en este servicio la siguiente consulta (discurso directo):

"En relación a la reducción de la jornada laboral a 37,50 horas semanales, actualmente en trámite,

¿se podría incluir en los pliegos cláusula de modificación de contrato para incluir esta posible reducción?"

La consultante en la misma fecha, y tras solicitud de aclaración por este servicio, formuló lo siguiente (discurso directo):

Precisaría saber cómo estimar los costes laborales de un de contrato de servicios con subrogación de trabajadores, a tramitar por procedimiento abierto.

Opción 1: ¿Cálculo a precio actual, es decir, con las horas del convenio vigente? En este caso si finalmente por "norma legal" se impone una reducción de la jornada legal estipulada ¿justificaría ésta una modificación del contrato? ¿se podría poner como modificación prevista en los pliegos?

Opción 2: ¿Cálculo con la estimación de horas que se espera se apruebe de forma inminente?

RESPUESTA

Plantea la consultante dos cuestiones: en primer lugar, si, en el cálculo de los costes laborales de un contrato de servicios con subrogación de trabajadores, hay que atender a las horas fijadas en el convenio colectivo en vigor o a la reducción que se prevé que lleve a cabo el Gobierno respecto de la jornada máxima semanal establecida en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23



de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). En segundo lugar, si es posible contemplar en los pliegos la modificación del contrato en caso de que tenga lugar la citada reducción una vez que aquél se encuentre en ejecución.

Para resolver la primera cuestión, hemos de partir de lo dispuesto en los artículos 100, 101 y 102 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), que regulan, respectivamente, el presupuesto base de licitación, el valor estimado, y el precio del contrato.

Respecto del presupuesto base de licitación, el artículo 100.2 de la LCSP indica que (el resaltado es nuestro): *“En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen 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”*.

Con relación al valor estimado, el artículo 101.7 establece que *“La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato”*.

En cuanto al precio del contrato, el artículo 102.3 de la LCSP señala lo siguiente: *“Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.*



*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”.*

Así pues, a la hora de calcular a cuánto ascenderá el contrato que pretendemos licitar deberemos tener en cuenta los precios de mercado, atendiendo a los que existan en el momento del envío del anuncio de licitación o, en su defecto, en el momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato. Además, en el caso de que los costes laborales integren el coste económico principal del contrato, habremos de tener en cuenta el convenio colectivo sectorial aplicable en el lugar de prestación de los servicios.

Sobre el carácter discrecional del precio del contrato, y sobre la determinación de los costes laborales en función del convenio colectivo aplicable, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en diversas ocasiones, así, en su Resolución 1671/2023, de 28 de diciembre de 2023, indica lo siguiente:

“(…) en nuestra Resolución 1188/2022, de 6 de octubre, sintetizábamos la doctrina sentada sobre la aplicación de los artículos 100, 101 y 102 LCSP de la siguiente manera:

“Por ello, este Tribunal entendió en estas resoluciones que cabe basarse, para el análisis de estas cuestiones, en tres premisas:

1) La exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a precios de mercado opera no como un suelo sino como un techo, pues tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes, así como la ausencia de enriquecimiento injusto, y la viabilidad de las prestaciones.

2) La determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico, gozando de discrecionalidad en tanto no quede acreditada la existencia de error en su apreciación.

3) Debe reconocerse el mayor protagonismo conferido a los convenios colectivos a la luz de la redacción de los artículos 100.2 y 102. 3 LCSP, cuyos términos económicos habrán de ser necesariamente considerados tanto en la determinación del presupuesto base de licitación como en la del precio.



Una vez expuesta esta cuestión, el TACRC se pronuncia sobre el caso enjuiciado, y analiza la aplicación de incrementos retributivos a distintos conceptos salariales únicamente para determinadas anualidades del periodo de duración del contrato, en función del convenio colectivo aplicable. Señala el Tribunal (el resaltado es nuestro):

“(...) el Tribunal debe recordar, ante todo, que la estimación del valor estimado del contrato debe estar referida, según indica el artículo 101 de la LCSP:

“Al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato”.

*Esto significa que, **en la medida en que el órgano de contratación ha tenido en cuenta, para la determinación de los costes salariales, las condiciones derivadas del convenio colectivo que resultaba aplicable cuando se inició la licitación** -más exactamente, cuando fue publicada la misma- **y otros acuerdos que pudieran ser aplicables en ese momento** (en este caso, el Convenio Colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales de Toledo 2017/18/19/20/21, que resultaba aplicable en el mes de septiembre de 2023, y V AENC), **el hecho de que con posterioridad se hayan podido suscribir otros acuerdos que modifiquen las condiciones retributivas de aplicación** (en este caso, se hace referencia a dichos acuerdos o preacuerdos, pero no se aportan) **no ha de afectar a la determinación del PBL en la licitación en cuestión**. Por tanto, es correcto que para los años 2023, 2024 y 2025 se tengan en cuenta los incrementos retributivos previstos en el pliego.*

*Por su parte, y por lo que respecta a los incrementos retributivos que pudieran acordarse en el futuro, para los años 2026, 2027 o 2028, según este Tribunal ha venido manteniendo, **“los posibles incrementos salariales derivados de la negociación colectiva durante la ejecución del contrato, no afectan al contrato, ni procede la revisión de precios en tales casos”** (por todas, Resolución nº 937/2023, de 13 de julio), de lo que resulta que a la hora de determinar el PBL procedería tener en cuenta los incrementos retributivos que en ese momento se encuentren pactados para los años*



subsiguientes, pero no unos hipotéticos incrementos superiores que no hayan sido específicamente acordados y sean vigentes. (...)”.

Indica la consultante si podría tenerse en cuenta, a la hora de calcular el presupuesto base de licitación del contrato y el valor estimado, *“la estimación de horas que se espera se apruebe de forma inminente”*, refiriéndose a la reducción de horas de la jornada laboral máxima prevista en el artículo 34 del ET:

“1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

[...]”.

Al respecto, indicar que, efectivamente, hay previsiones de que el Gobierno modifique el ET para reducir la jornada laboral máxima de los trabajadores a 37,50 horas semanales, frente a las 40 horas actuales, y que la citada medida entre en vigor a comienzos del año que viene; no obstante, el anteproyecto de ley que la recoge todavía se encuentra en fase de tramitación y tiene que aprobarse definitivamente, por lo que tal medida, tal y como indica el TACRC más arriba, es hipotética en estos momentos, en los que se desconoce la fecha exacta en que aquélla tendrá lugar, así como si habrá un periodo transitorio para las empresas que deban aplicarla.

Advertido lo anterior, y teniendo en cuenta lo indicado en el artículo 101 de la LCSP, y la doctrina del TACRC para la determinación de los costes salariales, el órgano de contratación habrá de considerar la jornada laboral prevista en el convenio colectivo que resulte aplicable *“al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato”*. No resultaría posible atender, para el citado cálculo, a una reducción de jornada que, aunque es previsible que se apruebe, no está todavía vigente, y se desconoce la fecha de su efectiva implantación.

En relación a la segunda de las cuestiones planteadas; es decir, si podría incluirse en el pliego de cláusulas administrativas particulares, como modificación prevista, el hecho de que se impusiera



legalmente la reducción de la jornada laboral respecto de la jornada laboral estimada por el órgano de contratación para el cálculo de los costes laborales, hemos de recordar que, en el ámbito de la contratación administrativa, rige el principio de invariabilidad del contrato y, por tanto, del carácter restrictivo a la hora de interpretar los supuestos en que aquélla procede. En este sentido, el Consejo Consultivo de Castilla y León en su Dictamen 77/2008, de 28 de febrero, y 1.456/2009, de 21 de enero de 2010, indica:

“(...) La contratación administrativa se rige por una serie de principios, entre ellos el de inalterabilidad o invariabilidad de lo pactado por las partes –principio ne varietur– recogido fundamentalmente en el artículo 4 de la LCAP y reconocido por la doctrina del Tribunal Supremo cuando señala que “existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, salvo excepciones que, como tales, exigen una interpretación restrictiva” (Sentencia de 3 de mayo de 2001).

Entre dichas excepciones se encuentra la prerrogativa de la Administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos, también denominada ius variandi, reconocida en el artículo 59.1 de la LCAP, privilegio que necesariamente ha de tener un carácter excepcional, como reconoce el Consejo de Estado en el Dictamen 3.371/1996, de 28 de noviembre: “(...) la novación objetiva del contrato obedezca a su razón de ser, se constriña a la excepcionalidad y no sea práctica que, por su frecuencia, pudiera convertirse en habitual, pues de lo contrario, se encubrirían contrataciones que no observarán los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores y vertebradores del sistema de contratación pública” (...).”

El artículo 190 de la LCSP atribuye al órgano de contratación la prerrogativa de modificar los contratos por razones de interés público, en los casos y en la forma previstos en los artículos 203 a 207 de la LCSP; pero, tal y como se ha señalado, esta potestad, ha de realizarse de manera excepcional y siempre que concurren los requisitos previstos legalmente, al poder resultar afectados los principios de igualdad, transparencia, publicidad y libre concurrencia.

A este respecto, resulta interesante la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018, que indica lo siguiente (el resaltado en negrita es nuestro):



“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. (...)

(...)

*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**. (...)*



*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 (...)**.*

El mismo órgano consultivo tuvo ocasión de pronunciarse sobre los efectos que, en su día, produjo en los contratos la subida del salario mínimo interprofesional (SMI); así, en su Informe 24/21, indicó lo siguiente (el resaltado es nuestro):

“(...) Sobre el efecto de la subida del salario mínimo interprofesional aprobada por el Real Decreto 1462/2018 en los contratos públicos, esta Junta Consultiva ha tenido ocasión de pronunciarse en sendos informes de 9 de mayo de 2019, expedientes números 10/19 y 18/19, y en el informe de 21 de octubre de 2019, expediente número 33/19, cuyas consideraciones y conclusiones constituyen el punto de partida para responder a las preguntas planteadas. (...)”

Tomando como referencia insoslayable el informe de la Abogacía General del Estado Ref.: A.G. – ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD 1/2019 (R- 33/19) de 1 de febrero, cuyos criterios se incorporan a nuestro informe 18/19, se concluye lo siguiente en términos generales:

- El Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019, es de aplicación obligatoria y general a todos los contratos públicos cualquiera que sea la entidad del sector público de que procedan.*
- Las reglas contenidas en el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, se aplicarán desde el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y surtirán efectos durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2019, procediendo, en consecuencia, el abono del salario mínimo en el mismo establecido con efectos del 1 de enero de 2019.*
- Las partes del contrato están vinculadas por el mismo y deben cumplir las obligaciones a que se han comprometido. La no atención de tales obligaciones conllevará las consecuencias que en derecho procedan.*

Para alcanzar tales conclusiones, señalamos entonces lo siguiente:



“La mayor onerosidad sobrevenida de una relación contractual puede resultar de tres supuestos diferentes: 1) modificación del objeto del contrato en virtud del ejercicio de la potestad o prerrogativa que la legislación sobre contratación pública atribuye a estos efectos a la Administración contratante; 2) adopción de disposiciones o medidas de intervención u ordenación económica cuyos efectos inciden o pueden incidir en la relación contractual; 3) hechos o acontecimientos, imprevistos o imprevisibles al tiempo de la celebración del contrato, y que resultan completamente ajenos a la Administración contratante. (...)

*(...) descartada la aplicación de la doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible, no cabe duda de que el supuesto que se examina tiene su adecuado encaje en la figura del **factum principis**, dado que la mayor onerosidad de la relación contractual tiene lugar por razón de la adopción de una disposición de ordenación económica cuyos efectos inciden en dicha relación, siendo precisamente la figura del **factum principis** la técnica de garantía del equilibrio económico del contrato en estos casos de adopción de tales disposiciones. Debe precisarse en este punto que, siendo, como acaba de decirse, el **factum principis** una técnica de garantía del equilibrio económico del contrato, ello **no tiene por obligada consecuencia que en todo caso de adopción de medidas de ordenación económica necesariamente surja la obligación de compensar o reparar la mayor onerosidad de la relación contractual o de modificar el contrato.***

*Respecto a la posible aplicación de la modificación contractual, cuya aplicación se excluye, se señala en el citado informe que “en **el ius variandi**, la Administración contratante ejercita (dentro de los límites legales que actualmente establecen los artículos 203 y siguientes de la Ley 9/2007, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público –LCSP–) una potestad de naturaleza contractual, en cuanto reconocida por la normativa sobre contratación pública, y que **se dirige concreta y específicamente a la modificación del objeto del contrato**, lo que, por tanto, determina también la modificación del precio del contrato. Como tal potestad contractual sancionada por la legislación sobre contratación pública, sus consecuencias, entre ellas las económicas, son las establecidas en la propia LCSP.*

(...) no resulta procedente compensar o indemnizar al contratista por el mayor coste que experimenta en la ejecución del contrato por consecuencia del incremento del salario



mínimo interprofesional, tal y como seguidamente se expone. (...) En efecto, el incremento del salario mínimo interprofesional dispuesto por el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, es una medida de carácter general, puesto que afecta a todos los operadores o agentes económicos que tengan personal a su servicio sin excepción alguna, por lo que, de admitirse la compensación o indemnización, ésta habría de reconocerse no sólo a los adjudicatarios de contratos concertados con todas las Administraciones Públicas (Administración del Estado, Administraciones de las respectivas Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y entidades vinculadas o dependientes de cada una de esas Administraciones territoriales), sino también a los demás operadores o agentes económicos por razón de contratos concertados por ellos entre sí o con sus clientes (pues no cabe duda de que también a estos agentes económicos se les ha incrementado el coste de sus contratos), ya que en otro caso se privilegiaría a unos empresarios respecto de otros, rompiendo así la igualdad ante las cargas públicas.

Se pone así de manifiesto, como no podía ser de otra forma, la inexistencia de un perjuicio singular y de especial intensidad, es decir, la inexistencia de un perjuicio que se limite exclusivamente a unos agentes u operadores económicos, tratándose, por el contrario, de una carga general, lo que justifica, según lo dicho, que resulte improcedente el reconocimiento de una compensación o indemnización”.

Junto a lo anterior, resulta también pertinente la Resolución nº 46/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (el resaltado es nuestro):

“...la diferencia o discrepancia existente entre los gastos de personal calculados por el órgano de contratación y los que realmente tendrá que abonar el adjudicatario se dará siempre que se actualice el SMI durante la vigencia del contrato (pues tiene carácter plurianual), luego los licitados en el momento de diseñar sus ofertas han de tener en cuenta esta eventualidad dado que, en todo caso, deben cumplir la normativa laboral por disposición expresa de la LCSP y de los pliegos que rigen la licitación.

Así, el artículo 122.2 de la norma precitada establece la necesaria inclusión en los pliegos de la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio sectorial de aplicación (...).



Por lo tanto, en el momento de la preparación y la licitación del contrato, los eventuales aumentos de costes salariales que puedan resultar de futuros convenios colectivos que se encuentran en una fase incipiente de negociación o de la fijación de un nuevo SMI por encima del determinado en los convenios colectivos vigentes, se incluyen dentro del riesgo propio de la ejecución de los contratos que corresponde soportar al adjudicatario, que debe tener en cuenta también este posible incremento de los costes durante la ejecución del contrato a la hora de presentar su oferta. (...)

El “ius variandi” permite, pues, a la Administración modificar el objeto del contrato cuando éste, en los términos inicialmente pactados, no satisfaría las necesidades de aquélla y, por ende, el interés público que subyace en toda contratación.

No obstante, la modificación que la consultante pretende que se incluya como prevista en el pliego, no afectaría al objeto del contrato, sino al precio, lo que supondría encontrarnos ante una revisión de precios encubierta, por lo que no procedería su inclusión.

Se recomienda que la celebración del contrato comprenda un periodo corto de duración inicial, de forma que cuando haya que licitar nuevamente el contrato, ya se encuentre vigente la medida prevista por el Gobierno.

En todo caso, las licitadoras, sujetas al principio de riesgo y ventura al contratar con la Administración, deberían ser diligentes y tener en cuenta esa posible reducción de la jornada laboral cuando presenten sus ofertas.

De todo lo indicado cabe extraer las siguientes **conclusiones**:

- Los costes salariales a tener en cuenta para calcular el presupuesto base de licitación del contrato y el valor estimado deberán ser los previstos en el convenio colectivo sectorial de aplicación en el momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, en el momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato.
- No podrá tenerse en cuenta la reducción de la jornada laboral máxima que el Gobierno prevé pues, dicha medida, aunque es previsible que se apruebe, no está todavía vigente, y se desconoce la fecha de su efectiva implantación.



- No cabe incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares, como modificación prevista, el hecho de que se impusiera legalmente la reducción de la jornada laboral respecto de la jornada laboral estimada por el órgano de contratación para el cálculo de los costes laborales, ya que se trataría de una modificación que no afectaría al objeto del contrato, sino al precio, lo que supondría encontrarnos ante una revisión de precios encubierta.
- Se recomienda que el contrato que se licite tenga un periodo corto de duración inicial para minimizar el riesgo.
- En todo caso, las licitadoras deben ser diligentes y tener en cuenta la implicación de tal medida en la evaluación de los costes laborales a la hora de presentar sus ofertas.

Finalmente, indicar que la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y, en ningún caso, resulta vinculante.

Es muy importante para el servicio InfocontrataCLM valorar la calidad de la atención que ofrecemos; por ello, hemos incorporado una breve encuesta anónima de cuatro preguntas a la que pueden acceder haciendo clic en cualquiera de las caritas que aparecen a continuación. Estaríamos encantados de recibir su opinión para poder seguir mejorando. ¡Muchas gracias por su colaboración!

EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN