ÓRGANOS CONSULTIVOS

Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado del 9 de mayo de 2019, Núm. 18/19

Efectos del incremento del salario mínimo interprofesional en los contratos públicos

Órgano: Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado

Tipo de pronunciamiento: Informe

Número: 18/19

Expediente 18/19

Materia: Efectos del incremento del salario mínimo interprofesional en los contratos públicos.

ANTECEDENTES

El Presidente de Asociaciones, Federaciones y Empresas de Limpieza Nacionales ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

"PRIMERO.- Que AFELIN, Asociaciones, Federaciones y Empresas de Limpieza Nacionales, constituida según BOE 183 del 01/08/2001, páginas 8722/3 es una de las organización empresariales de ámbito estatal del Sector de Limpieza de Edificios y Locales, y en su nombre negociamos y firmamos el Acuerdo Marco Estatal del Sector (BOE 220 de 14/09/05, páginas 30854 y siguientes), además que es signataria del I Convenio Colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales (BOE 23 de mayo de 2013) además formamos parte del actual Comisión Negociadora del Acuerdo Marco Sectorial Estatal del Sector de Limpieza de Edificios y Locales (AFELIN, ASPEL, CC.OO Y UGT) y su adhesión al IV Acuerdo Nacional de Formación Continua (BOE 258 de 238/10/06, páginas 37645 /6), estando incorporadas a la organización, como Asociados de pleno derecho las principales Asociaciones Provinciales y Autonómicas que negocian y firman los convenios colectivos sectoriales locales.

Asimismo, AFELIN es miembro por el banco empresarial de la Comisión Paritaria Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales de la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo desde su constitución y hasta la fecha (BOE 109 de 09/08/01 , páginas 29879). Y del Observatorio Estatal del Sector de la limpieza de Edificios y Locales.

SEGUNDO.- Que es intención de AFELIN realizar una consulta en relación con la entrada en vigor del Real Decreto 1462/2018 de 21 de diciembre por el que se fija el salario mínimo interprofesional para el año 2019, ya que en algunos de los contratos públicos firmados por las empresas del sector, contratistas, con las administraciones públicas se produce una alteración de las condiciones salariales de los trabajadores, que afectan directamente al contrato.

Concretamente nuestra consulta va dirigida a los servicios contratados por las Administraciones Públicas donde el peso de la mano de obra es un componente muy importante, por no decir el más importante, de los costes.

TERCERO (CONSULTA).- Ante el incremento del 22,3% del SMI, con la consiguiente revisión de la cotización a la Seguridad Social, en los contratos se servicios de mano de obra intensiva, se produce un desequilibrio obligacional producido por la alteración extraordinaria de los costes laborales resultando en algunos casos imposible o muy gravoso el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Esta situación ha generado reiteradas consultas por parte de las empresas, no teniendo una respuesta concreta ya que la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP, en adelante) no tiene una regulación específica para estos casos es decir para los contratos de servicios de mano de obra intensiva.

La consulta iría dirigida para diferentes escenarios, en relación con los contratos donde se ha generado el desequilibrio contractual, al producir una elevación de los costes de personal la subida del SMI, sobrevenida e imprevisible, en los contratos anteriores a la firma del RD. Serían dos planteamientos:

1°. Contratos públicos de servicios con la Administración del Estado de fecha anterior a la aprobación del Real Decreto Legislativo 1462/2018 de 21 de diciembre.

2°. Contratos públicos de servicios con el resto de Administraciones Públicas.

Al no tener prevista la LCSP la revisión de los contratos de servicios, como ya hemos manifestado sería de interés de AFELIN disponer de algunas recomendaciones a la hora de proceder ante estas situaciones."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La consulta planteada por AFELIN nos cuestiona acerca de los efectos de la elevación del salario mínimo interprofesional en los contratos públicos. La cuestión cobra relevancia ante la importante subida del mismo establecida en el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019.
2. La cuestión consultada ha sido objeto de previo pronunciamiento por la Abogacía General del Estado en su informe Ref.: A.G. – ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD 1/2019 (R- 33/19) de 1 de febrero, cuyos razonamientos y conclusiones comparte íntegramente esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Ello justifica una cita *in extenso* de las consideraciones jurídicas del meritado informe.

"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.

Partiendo de esta triple distinción, el último supuesto ha de descartarse, ya que, pese a invocar la entidad peticionaria alteraciones imprevistas o circunstancias imprevisibles que dan lugar, en palabras de la propia entidad, a que se aniquile el necesario equilibrio de las prestaciones, es lo cierto que el hecho que está en la base del desequilibrio alegado no es un hecho ajeno a la actuación de la Administración, sino que, por el contrario, se trata de un hecho o acto imputable a ella, cual es la fijación del salario mínimo interprofesional efectuada por el citado Real Decreto 1462/2018, de 29 de diciembre.

Consiguientemente, ha de descartarse la técnica de reequilibrio económico consistente en la doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible, que tiene su correlato, en el ámbito del Derecho privado, en la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus, y que es precisamente la técnica que trata de corregir el desequilibrio económico del contrato en el tercero de los supuestos antes indicados.

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.

Centrada así la cuestión, para la determinación de los efectos del factum principis, es decir, para determinar la procedencia de reconocer la compensación o indemnización que restaure el equilibrio económico del contrato, se estima oportuno diferenciar el ius variandi, que, como fácilmente se comprende de lo dicho, no cabe apreciar, del denominado factum principis.

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.

Distintamente, el denominado factum principis no se caracteriza como una potestad o prerrogativa contractual que asiste a la Administración contratante precisamente por su condición de parte en la relación contractual y que a través de ésta aquélla satisface una necesidad pública. Con la denominación de factum principis se alude a disposiciones o medidas, básicamente, de ordenación económica o de enteros sectores de la actividad que, por tanto, no se adoptan con la finalidad de modificar la relación contractual, bien que incidan en ella, haciéndola o pudiendo hacerla más onerosa para el contratista.

Si, por lo dicho, el factum principis no es una potestad o prerrogativa contractual, las consecuencias que se siguen de él no pueden resolverse con arreglo al marco normativo constituido por la legislación sobre contratación pública. Así las cosas, la mayor onerosidad de la relación contractual a que dé lugar el factum principis ha de recibir el tratamiento que resulte del régimen jurídico sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, pues, en definitiva, esa mayor onerosidad que se produce en el seno de la relación contractual por razón del factum principis y respecto de la cual se pretende una compensación o indemnización no deja de ser un perjuicio ocasionado por consecuencia del ejercicio de una potestad jurídico-pública de conformación u ordenación económico-social, ajena, como se ha dicho, a la materia contractual.

Trasladada así la cuestión al marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, 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.

La Administración responde del perjuicio antijurídico (entendido este concepto en el sentido de que el administrado no tiene el deber jurídico de soportarlo) tanto si ese perjuicio es causado por un acto material como si lo es por un acto jurídico, siendo indiferente en este último caso que el acto sea lícito o legal (por ajustado a Derecho) o que sea ilícito o ilegal (por infringir el ordenamiento jurídico), pues como establece actualmente el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), la lesión (perjuicio antijurídico indemnizable) puede ser consecuencia del funcionamiento normal del servicio público (legalidad de la actuación administrativa) o del funcionamiento anormal del mismo (ilegalidad de la actuación administrativa).

Ahora bien, si es indiferente, a efectos de fundamentar la responsabilidad de la Administración, que el título de imputación sea funcionamiento normal del servicio público (legalidad de la actuación administrativa) o funcionamiento anormal del mismo (ilegalidad de la actuación administrativa), lo que ha de tomarse en consideración es un elemento básico del instituto resarcitorio de Derecho público, cual es el concepto de perjuicio antijurídico, teniendo en cuenta que, en el caso de que se trata, la mayor onerosidad que para el contratista le supone la elevación del salario mínimo interprofesional –tal sería el perjuicio resultante del factum principis– se vincula causalmente a un acto jurídico lícito por ajustado a Derecho, cual es la propia fijación de aquél, que ordena la legislación laboral (artículo 27.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre).

Enfocada así la cuestión, no puede desconocerse que en estos supuestos de funcionamiento normal del servicio público (legalidad de la actuación administrativa) el canon o medida de la antijuridicidad del perjuicio está constituido, como postula la doctrina de la igualdad ante las cargas públicas, por el carácter general o singular del perjuicio: la generalidad del perjuicio causado por el funcionamiento normal del servicio (licitud de la actuación administrativa) determina que el perjuicio no sea indemnizable porque precisamente por su generalidad existe el deber jurídico de soportarlo; por el contrario, la singularidad del perjuicio, esto es, su concreción o limitación a algunos administrados y su mayor intensidad para éstos determina que el perjuicio sea antijurídico, sin que, por tanto, exista el deber jurídico de soportarlo, lo que tiene por consecuencia su indemnizabilidad.

Tal es, por lo demás, la idea que subyace en la exigencia establecida en el artículo 32.2 de la LRJSP, cual es la de que el daño sea "individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

En este sentido, cabe traer a colación un dictamen del Consejo de Estado de 8 de julio de 1971 en el que, a propósito de la cuestión de la indemnizabilidad de los perjuicios causados por la promulgación y subsiguiente aplicación de normas reglamentarias, se dice lo siguiente:

"Es acertado señalar que los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos son, por lo común, cargas no indemnizables que los administrados tienen el deber jurídico de soportar a causa de su generalidad; sin embargo, cuando la carga pasa de ser general a singular y entraña un sacrificio excesivo y desigual para alguno de los administrados, se convierte en una típica lesión indemnizable en razón a la particular incidencia dañosa de la actividad administrativa sobre el patrimonio del perjudicado. Esta mayor intensidad del sacrificio postula claramente el reconocimiento al administrado del derecho a obtener una indemnización compensatoria del daño sufrido que, por su gravedad excepcional, no puede ser considerado como una carga general de obligado acatamiento".

Este mismo criterio ha quedado reiterado en los dictámenes del Consejo de Estado de 14 de junio de 1984, 27 de noviembre de 1986, de 29 de octubre de 1987, 22 de junio de 1989, 16 de diciembre de 1994, 23 de febrero de 1995, 12 de noviembre de 1998 y 25 de septiembre y 9 de octubre de 2003, siendo igualmente mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 18 de marzo de 1976, 21 de septiembre de 1984, 25 de mayo y 7 de junio de 1988, entre otras).

El anterior criterio –procedencia de la indemnización en el caso de cargas (perjuicios) singulares; improcedencia de la indemnización en el caso de cargas (perjuicios) generales– ha tenido expresa y particular aplicación en el ámbito de la figura del factum principis.

Así, en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, faits du prince son sólo medidas adoptadas por el poder público que no en todo caso, sino bajo ciertas condiciones, dan derecho a la reparación o compensación. Más concretamente, cuando se trata de medidas generales, no son faits du prince y, por tanto, no da lugar a la reparación, las medidas que imponen cargas que afectan a todos los ciudadanos (arrêts Aurran de 10 de febrero de 1943 y Chouard de 17 de julio de 1970).

En esta misma línea, el dictamen del Consejo de Estado español de 3 de noviembre de 1948, expediente 3.725, exige, entre otros, los siguientes requisitos para poder hablar de factum principis:

"1° Que se trate de un acto de autoridad con eficacia bastante para ser impuesto en la ejecución de los contratos; esto es, debe haber una relación directa de causalidad entre la disposición administrativa y la elevación de costes, pues el factum principis debe ser la causa y no la ocasión del aumento, por lo que no es operante cuando se trata de disposiciones de carácter general y universal (sic) que sólo de manera indirecta generan el aumento de costes; y 2° Que el daño causado por el factum principis sea especial, excluyéndose, pues, las medidas de carácter absolutamente general cuyas consecuencias deben ser consideradas como cargas públicas impuestas a la colectividad, por lo que librar de ellas al cocontratante sería tanto como privilegiarlo respecto a los demás agentes económicos privados.

Aplicando el anterior criterio al supuesto a que se refiere el presente informe, ha de entenderse, según se ha dicho, que no procede reconocer compensación.

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.

No tendría sentido, y esto constituye argumento suficiente para justificar el criterio que aquí se mantiene, que los resultados perseguidos mediante la potestad de dirección u ordenación de la economía que corresponde al Estado (en la que se inserta, entre otras medidas, la fijación del salario mínimo interprofesional) quedasen contrarrestados si, como consecuencia de la adopción de esas medidas de ordenación económica, el Estado tuviera que compensar o indemnizar a todos los agentes u operadores económicos, lo que comportaría la desaparición de esa potestad, convirtiendo así al Estado ordenador o interventor en un Estado indemnizador; dicho en otros términos, la indemnización con fondos públicos de lo que, según lo indicado, son cargas generales impediría adoptar medidas de ordenación o dirección económica por más que fuesen necesarias para el interés público, al menoscabar muy considerablemente el abono de esa indemnización con cargo a fondos públicos las posibilidades financieras del Estado con el consiguiente perjuicio que ello supondría."

3. La claridad y contundencia de los argumentos empleados por la Abogacía General del Estado excusan de mayor aclaración. Por tanto, en respuesta las cuestiones planteadas en la presente consulta cabe señalar, en primer lugar, que 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. Por lo tanto, si un contrato público se encuentra en vigor y se produce el cambio del salario mínimo interprofesional el mismo será aplicable desde el momento de su vigencia, la cual conforme a la Disposición final segunda de la norma se producirá el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y surtirá 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 establecido en el mismo con efectos del 1 de enero de 2019.

Hay que señalar igualmente que la Disposición Transitoria Única del RD excluye bajo ciertas condiciones de la aplicación de la norma a cualesquiera contratos y pactos de naturaleza privada vigentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto que utilicen el salario mínimo interprofesional como referencia a cualquier efecto, salvo que las partes acuerden la aplicación de las nuevas cuantías del salario mínimo interprofesional. Obviamente esta previsión no puede ser aplicable a los contratos públicos.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado recuerda que conforme al principio *pacta sunt servanda* 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.

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

CONCLUSIONES

- 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 surtirá 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.