

La subida del salario mínimo interprofesional para 2019. Incidencia y actuaciones a realizar en los contratos públicos. Análisis de la solución planteada por la Abogacía del Estado



En los contratos en los que el peso de la mano de obra sea un componente relevante de sus costes, esta subida del SMI puede tener importantes consecuencias, dependiendo de la estructura retributiva de la empresa.

22/02/2019

El Real Decreto Legislativo 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el salario mínimo interprofesional (SMI) para 2019, elevó éste de 735,9€; (24,3€/día) a 900€; (30€/día), lo que supone un incremento de un 22,3%, con la consiguiente revisión de la cotización de a la Seguridad Social. En los contratos en los que el peso de la mano de obra sea un componente relevante de sus costes, esta subida del SMI puede tener importantes consecuencias, dependiendo de la estructura retributiva de la empresa. Por ello muchos contratistas han solicitado la revisión de su contrato o la renuncia al mismo.

El Informe de la Abogacía del Estado 1/2019, de 1 de febrero, resuelve la cuestión para la Administración del Estado. El informe analiza la reclamación presentada por el adjudicatario de un contrato de servicios de reparto de documentación y paquetería del Ministerio de Industria y Competitividad, en la que solicita le sea compensado el desequilibrio obligacional producido por la alteración extraordinaria de los costes laborales por el incremento del SMI apelando a la doctrina de la cláusula 'rebus sic stantibus', mecanismo de restablecimiento del equilibrio de las prestaciones cuando, por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, a una de las partes le resulta imposible o excesivamente gravoso el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

La Abogacía del Estado no rechaza de plano la aplicación de esta cláusula, ni del 'principio de mantenimiento del equilibrio económico', pese a tratarse de un contrato de servicios (la legislación de contratos solo regula la aplicación de este principio para los contratos concesionales). Tras enumerar los supuestos que hacen posible la adopción de medidas de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos ('ius variandi', 'factum principis' y 'riesgo imprevisible'), descarta -por obvio- que se trate de una 'modificación' contractual y considera que tampoco es un supuesto de 'riesgo imprevisible' para los contratantes, porque es un acto imputable a la Administración y no un hecho. Aunque lo identifica como 'factum principis', rechaza también que la subida del SMI suponga el ejercicio de una potestad o prerrogativa contractual, sino el ejercicio de una potestad jurídico-pública de ordenación económica general, ajena a la materia contractual. Colige de ello que el 'hecho del príncipe' debe recibir en este caso el tratamiento del régimen jurídico de la 'responsabilidad patrimonial'. Y como disposición de carácter general que afecta todos los ciudadanos, no se trata de un daño o carga singular indemnizable, sino que todos tienen el deber jurídico de soportarlo, por lo que falta el elemento de antijuridicidad, lo que descarta tal responsabilidad y por desestima la petición del contratista.

Aunque el informe de la Abogacía del Estado, no lo dice expresamente, se deduce que el incremento de costes en los contratos que pueda suponer la subida del SMI, ha de ser asumida por los contratistas dentro del 'riesgo y ventura' general a todos los contratos. Si no puede absorber esos costes o incumple las obligaciones contractuales, se debería resolver el contrato por causa imputable al contratista, con los efectos que ello tiene de acuerdo con lo previsto en la LCSP.

Esta solución, que puede ser válida para la Administración del Estado pero no nos parece que pueda extrapolarse mutatis mutandi al resto del sector público, por dos motivos:

Para los poderes adjudicadores no estatales, la decisión de la subida del SMI no es un factum principis, por no ser un 'acto propio', sino un 'riesgo imprevisible' derivado de la 'cláusula de progreso normativo', como seguidamente se expondrá.

La LCSP 9/2019 da una solución expresa para los casos de progreso normativo o técnico para los contratos concesionales y ha de analizarse si esta solución es aplicable a los demás contratos de otro tipo y también a los anteriores a la LCSP.

Antes de analizar expresamente la solución que entendemos marca la LCSP 9/2017, parece oportuno valorar someramente el alcance del principio de 'riesgo y ventura' y las vías previstas por la legislación de contratos para incrementar el precio de los contratos.

Como es sabido, los contratos están presididos por el principio 'pacta sunt servanda' (art. 189 de la LCSP), y conectado con él, por el principio de 'riesgo y ventura' (STS de 6 mayo 1988; STS de 27 de octubre de 2009 rec. 763/2007). El contratista está pues sujeto a las incidencias propias de la vida de cualquier negocio jurídico, a aleas como retrasos de los proveedores, conflictos colectivos o el incremento de los costes en los que ha de incurrir para ejecutar el contrato, (STS de 30 de abril de 1999; la STSJ de Castilla y León n^o 1109/11, de 16 de mayo de 2011; STS de 24 de marzo de 2015). La aplicación de este principio al caso objeto de este informe tiene un primer efecto que no parece cuestionable: al menos para los contratos posteriores a octubre de 2018, fecha en la que era pública la intención del Gobierno de subir considerablemente el SMI, los contratistas debieron haber previsto en sus ofertas el incremento del SMI, siendo por lo tanto en esos contratos un riesgo que ha de asumir el adjudicatario (como sucedía en el caso analizado en la STS de 16 de mayo de 2011, rec. 566/2008, o STS de 28 de enero de 2015, rec. 449/2012).

Pero el principio pacta sunt servanda, tienen tres excepciones: a) la revisión de precios; b) la modificación de los contratos; c) el mantenimiento del equilibrio económico de los contratos concesionales.

La revisión de precios ha estado en proceso de reforma normativa desde que la LCSP de 2007, y se ha visto afectada profundamente por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, desarrollada por el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, al que expresamente se remite la LCSP (art. 103). De acuerdo con esta esta regulación no cabe trasladar el incremento de costes laborales a la entidad contratante vía revisión de precios, más allá de la parte que pudiera absorber las fórmulas en aquellos contratos que por su antigüedad o tipo (Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre) prevean fórmulas de revisión de precios y uno de sus monomios sea la fluctuación del coste de la mano de obra. En todo caso, en los contratos concertados con posterioridad a la entrada en vigor del RD 55/2017, los incrementos de costes de la mano de obra trasladables a la entidad contratante vía revisión de precios nunca podrán suponer un incremento superior al de las retribuciones del personal al servicio del sector público, incremento que ha sido para el año 2019 de un 2,25% (Real Decreto-ley 24/2018, de 21 de diciembre).

La modificación de los contratos como figura jurídica específica, se refiere al cambio del objeto del mismo, a la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante, pero no al precio, como se deduce del artículo 203.1 de la LCSP. La Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, 32 de 10 de diciembre de 2018, sobre incrementos salariales acordados en convenios colectivos, precisa que 'una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta' (y concluye para ese caso que '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'). Por lo tanto, no puede utilizarse la institución de la modificación de los contratos para incrementar los costes de los mismos por un aumento de los costes laborales, por no estar contemplada esta figura nada más que para modificar el objeto de los contratos por razones de interés público objetivas.

La última vía que quedaría por analizar para determinar si existe posibilidad de trasladar parcialmente el incremento del SMI a la entidad contratante, sería mediante la aplicación del 'principio del mantenimiento del equilibrio económico de los contratos', garantía de equivalencia entre los derechos y obligaciones de las partes a lo largo del plazo contractual. Es un principio de derecho necesario sólo regulado expresamente en la legislación contractual para las concesiones de servicios y de obras públicas. Se trata de un derecho y un deber para ambas partes de la relación contractual (art. 270.1 y 290.2 LCSP -arts. 258 y 28.4 TRLCSP-, arts. 126 a 129 del RSCL; STS de 20 de mayo de 1999). El origen de la aplicación de este principio a los contratos administrativos, sin perjuicio de su enlace con la cláusula de Derecho romano rebus sic stantibus, nace precisamente para la garantía de la prestación de servicios públicos ante circunstancias imprevisibles que ponen en serio riesgo de quiebra las concesiones (Arrêts del Consejo de Estado francés a partir del Arrêt Blum- de 11 de marzo de 1910 y todos los posteriores, acogidos por la doctrina y legislación española, con cierto antecedente en nuestro país en el Real Decreto del Consejo Real de 12 de julio de 1849). Esta doctrina se puede sintetizar en tres máximas: desproporción en la ruptura del equilibrio económico; limitación de sus causas ('ius variandi', 'factum principis' o 'riesgo imprevisible-fuerza mayor'); distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambas partes.

La nueva regulación de este principio en la LCSP 9/2017 recoge la doctrina jurisprudencial mayoritaria anterior en

dos cuestiones que afectan directamente al caso objeto de este informe:

La limitación de la figura del *factum principis* (hecho del príncipe) sólo a las actuaciones de la Administración pública concedente obligatorias para el concesionario (y no de otra, como es el caso del importe del salario mínimo interprofesional) (artículos 270.2.b y 290.4.b LCSP).

Regulación expresa del 'riesgo imprevisible' derivado del progreso 'normativo' y 'técnico', excluyendo la indemnización (artículos 270.4 y 290.6 de la LCSP).

Esta regulación da solución expresa a los efectos de los cambios normativos para los contratos concesionales adjudicados con posterioridad al 8 de marzo de 2019. Y me inclino a pensar que esta medida es también extrapolable por analogía en la situación, a los contratos de gestión de servicios públicos y de concesión de obras anteriores a esa fecha, y también para el resto de contratos.

Por lo que respecta a la limitación de los supuestos calificables como *factum principis*, la regulación de los artículos 270.2.b) y 290.4.b) de la LCSP recogen la doctrina legal muy mayoritaria que sólo admite la tipificación como 'hecho del príncipe' se trata de actos propios de la entidad contratante: dictámenes del Consejo de Estado 3725/1948; 31/92, 632/1994; 661/2004; 634/2005; etc.; dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 107/2015; STS de 12 de diciembre de 1979; STS de 16 de mayo de 2011; STS de 12 de mayo de 2016, rec. 451/2012; STS 23 de marzo de 2018, rec. 734/2014; ATACP de Aragón 51/2014, de 4 de septiembre; IJCAE 7/2003, de 22 de diciembre y 61/2008. Por todas, la STS de 24 de abril de 1985 ya había señalado que '(..) ni siquiera se haya producido un *factum principis*', en cuanto esta Corporación Local no es causa directa de esas elevaciones en la masa salarial'. Por lo tanto, descartamos que para el sector público no estatal, la medida de incremento del SMI pueda ser calificada como *factum principis*, por lo que no existiría identidad con el supuesto analizado en el informe de la Abogacía del Estado 1/2019, y por lo tanto, no se aplicaría el procedimiento que se señala.

En cuanto a la consideración del incremento de costes como riesgo imprevisible, sólo se regula expresamente como causa que obligaría al restablecimiento del equilibrio económico para las concesiones (en beneficio de la parte que corresponda) (artículos 127.2.2º y 128.1.1º del RSCL; y también alude a los 'circunstancias imprevisibles' el considerando 109 de la Directiva 2014/24). Aunque los tribunales y órganos consultivos han asumido un concepto civilista de fuerza mayor equiparable al riesgo imprevisible, los artículos 270.2 y 290.4 de la LCSP, lo limitan, 'únicamente' a las causas de fuerza mayor enumeradas en el artículo 239, las causas catastróficas tradicionales en el contrato de obras. Quizá un intento de la Ley por restringir la aplicación del principio de mantenimiento del equilibrio económico por el alcance del 'riesgo operacional' que, con el rigor que impone el artículo 14.2 de la Ley, han de asumir los concesionarios (en línea también con la limitación de la responsabilidad patrimonial que del art. 281, tomado del art. 131 del RSCL). Además, los órganos consultivos y jurisdiccionales no han admitido la calificación de riesgos imprevisibles en supuestos en los que la causa derivaba de decisiones o incidencias económicas generales, como los ciclos económicos, las devaluaciones de la moneda o las fluctuaciones del precio del petróleo y sus derivados (dictámenes del Consejo de Estado 632/1994, de 14 de marzo; 21/92, de 13 de febrero; IJCCA de Aragón 18/2012, de 19 de septiembre y 8/2013; Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de Octubre de 2013, sección 8ª; STS de 28 de enero de 2015 rec. 449/2012). Y aunque en alguna ocasión han analizado la incidencia de supuestos riesgos imprevisibles en contratos diferentes a las concesiones, siempre han rechazado la concurrencia de tales circunstancias confieran derechos indemnizatorios a los contratistas (STS de 26 de diciembre de 1990, 30 de abril de 1999, en relación con el incremento de los precios en los ligantes asfálticos en contratos de obras, o las STS de 30 de abril de 2001 o de 9 de diciembre de 2003, en relación a contratos de servicio de mantenimiento).

Todo ello nos conduce a pensar que el principio de mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones no permite la compensación de los sobre costes derivados de la subida del SMI por decisión gubernativa, ni como *factum principis* ni como riesgo imprevisible.

Ante esta situación quedan dos vías de actuación antes las reclamaciones compensatorias de los contratistas por los sobrecostes salariales que les ha impuesto el RDL 1462/2018: aplicar por analogía el criterio del Abogacía del Estado en el meritado informe 1/2019, o la regulación de la 'cláusula de progreso normativo y técnico' que dan los artículos 270.4 y 290.6 de la LCSP. Nos inclinamos por esta segunda analogía, con la que vemos más coincidencias. No se nos escapa que es una solución más fácilmente asumible por los contratistas que la que se

deriva de informe de la Abogacía del Estado. Imponer la continuidad a toda costa de un contrato insostenible económicamente, va a derivar en incumplimientos de ejecución por parte del contratista o a su quiebra, con el efecto que ello tendrá sobre el servicio y el contrato, que estará abocado a tramitar la más compleja resolución culposa del contrato.

La aplicación por analogía de los artículos 270.4 y 290.6 de la LCSP nos parece extensible a todos los contratos afectados por la subida del SMI, y no solo por dar una solución uniforme. Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de la LCSP, ya se ha expuesto como los Tribunales han rechazado la adopción de medidas de restablecimiento del equilibrio económico ante decisiones generales de política económica o fluctuaciones de precios derivadas del ciclo económico. En cuanto a los contratos no concesionales, se ha rechazado en general por los Tribunales la aplicación del principio de mantenimiento del equilibrio económico y no parece que deban tener un trato más favorable que aquellos, más resguardados legal y doctrinalmente de las inclemencias del riesgo y ventura. Y por los mismos motivos, también se aplicaría la solución de los artículos 270.4 y 290.6 de la LCSP a los contratos privados del sector público, por mucho que la jurisdicción civil (revisora de estos ex art. 27.2 LCSP), parezca haber avanzado en los últimos años hacia posturas más generosas en la admisión de las cláusulas rebus sic stantibus (STS de 17 de enero de 2013, rec. 1579/2010; STS de 30 de junio de 2014, rec. 2250/2012).

En conclusión, ante la falta de una regulación legal expresa general, ni de una solución jurisprudencial precisa, nos inclinamos por aplicar por analogía la previsión de los artículos 270.4.a) y 290.6.a) de la LCSP: posibilidad de renuncia al contrato por parte del contratista sin indemnización, cuando el incremento de costes supere el 5% del valor neto de la cifra de negocio por el periodo que reste hasta la conclusión del contrato, y mantenimiento del contrato sin compensación si no alcanza ese porcentaje.

Lógicamente, cada empresario valorará si le interesan desistir del contrato o puede solucionar el problema con una resignación de retribuciones y funciones entre todo su personal y/o manejando el margen operacional del contrato, sin incumplir las obligaciones de éste (cuya posible modificación, supeditada siempre al interés general y no del contratista no es planteable por este motivo, como ya se expuso). Los órganos de contratación deben en todo caso adoptar las medidas para que la ruptura de la relación contractual se haga de manera que no se interrumpan los servicios que se estuvieran si son necesarios. Y por descontado, asumiendo que el nuevo contrato debe tener en cuenta en el estudio de costes las nuevas retribuciones del personal por imperativo los artículos 101.2 y 102.2 de la LCSP.