



Expediente 10/19

Materia: Modificación del contrato por incremento del salario mínimo interprofesional.

ANTECEDENTES

El Alcalde Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Málaga ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Primero.- Que el pasado 1 de enero de 2019 entró en vigor el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019.

Segundo.- Que la nueva cuantía representa un incremento del 22,3 por ciento respecto de las vigentes a 31 de diciembre de 2018. No indica la citada norma posibles efectos concretos de aplicación en materia de contratación pública. Tampoco se conoce que se haya dictado norma que concrete los efectos para el sector público.

Tercero.- Que diferentes empresas, fundamentalmente de servicios, adjudicatarias de contratos con el Ayuntamiento de Málaga o alguno de sus Entes, ha comunicado su imposibilidad de continuar prestando los servicios contratados o que no darán su consentimiento a la prórroga de los contratos vigentes por resultar absolutamente inviable económicamente hasta el extremo de que pelagra la supervivencia de la empresa. Dichas empresas aplican el SMI a sus trabajadores.

Cuarto.- Que consecuencia de lo anterior se producirá grave quebranto o imposibilidad para la prestación de determinados servicios públicos municipales tales como la gestión de visitantes de museos municipales o el control y vigilancia de mercados municipales.

Quinto.- Que consultados los departamentos municipales que intervienen principalmente en la contratación de este Ayuntamiento (Asesoría Jurídica, Intervención General y Servicio de



Contratación) no existe unanimidad respecto de la trascendencia y aplicabilidad del mencionado Real Decreto. Así,

- Para unos se considera que el mencionado Real Decreto es de aplicación imperativa sobre los contratos vigentes y procede su modificación pues debe o bien restablecerse el equilibrio económico del contratista por causa no imputable a él, o bien considerarse causa de modificación del contrato como necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contratos (situación prevista en el artículo 107, letra e) del ROL 3/2011, contratos adjudicados antes del 9 de marzo de 2018), con independencia de que ésta pudiera superar los porcentajes máximos de aplicación a la modificación de los contratos previstos en el TRLCSP o en la LCSP, según les resulte de aplicación.
- Otros consideran que la modificación debe soportarla el contratista a tenor de lo establecido en el artículo 198 de la LCSP relativo al riesgo y ventura de los contratos.
- Para otros la aplicación del nuevo salario supone una modificación sustancial del contrato que superaría los límites previstos, en la normativa que les resulte de aplicación, para la modificación de los contratos.

Por todo ello, se solicita y formulan a esa Junta Consultiva de Contratación las siguientes consultas:

Primero.- ¿Es de aplicación automática a los contratos públicos el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019? ¿Opera la obligación de restablecer el equilibrio económico por causa no imputable al contratista?

Segundo.- De no ser de aplicación automática ¿debe exigirse al contratista el cumplimiento del contrato por aplicación del principio de riesgo y ventura? y, consecuentemente, caso de desistir en la prestación del servicio ¿deben aplicársele las consecuencias previstas tales como sanciones, pérdida de la fianza, etc.?

Tercero.-En aquellos casos en los que los efectos del mencionado Real Decreto supusiesen una modificación del contrato por un porcentaje superior a los establecidos en el TRLCSP o en la



LCSP, según resulten de aplicación, debe considerarse causa de resolución por tratarse de una modificación sustancial del contrato.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La consulta planteada por el Ayuntamiento de Málaga nos cuestiona acerca de la posible modificación, en diferentes aspectos, de los contratos públicos como consecuencia de la elevación del salario mínimo interprofesional. 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 Aurren 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.

En segundo lugar, como hemos señalado, no cabe aplicar una causa de restablecimiento del equilibrio económico del contrato por causa no imputable al contratista, sino el instituto del *factum principis* que supone la aplicación de las normas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En tercer lugar cabe destacar que en todos los contratos públicos debe exigirse el cumplimiento de los contratos vigentes conforme al principio *pacta sunt servanda*, puesto que la obligación de cumplimiento continúa viva y plenamente eficaz a todos los efectos legales. En caso de incumplimiento del contrato por parte del contratista deberán aplicarse todas las consecuencias previstas en la ley y en el contrato.

Por último procede destacar que no cabe la modificación del contrato por esta causa, tal como se ha expuesto en el cuerpo del presente informe.

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.



- No cabe aplicar a este supuesto una causa de restablecimiento del equilibrio económico del contrato por causa no imputable al contratista ni tampoco cabe la modificación del contrato por esta causa. Por el contrario este supuesto se rige por el instituto del *factum principis* que supone la aplicación de las normas sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración. La aplicación de estas normas descarta la existencia de un perjuicio individualizado y, en consecuencia, indemnizable.
- En todos los contratos públicos debe exigirse, conforme al principio *pacta sunt servanda*, el cumplimiento de obligaciones vigentes pues las mismas continúan vivas y plenamente eficaces a todos los efectos legales.
- En caso de incumplimiento del contrato por parte del contratista deberán aplicarse todas las consecuencias previstas en la ley y en el propio contrato.