



**”Contratos adjudicados antes del incremento  
del Salario Mínimo Interprofesional:  
repercusiones en los contratos intensivos en  
mano de obra.»**

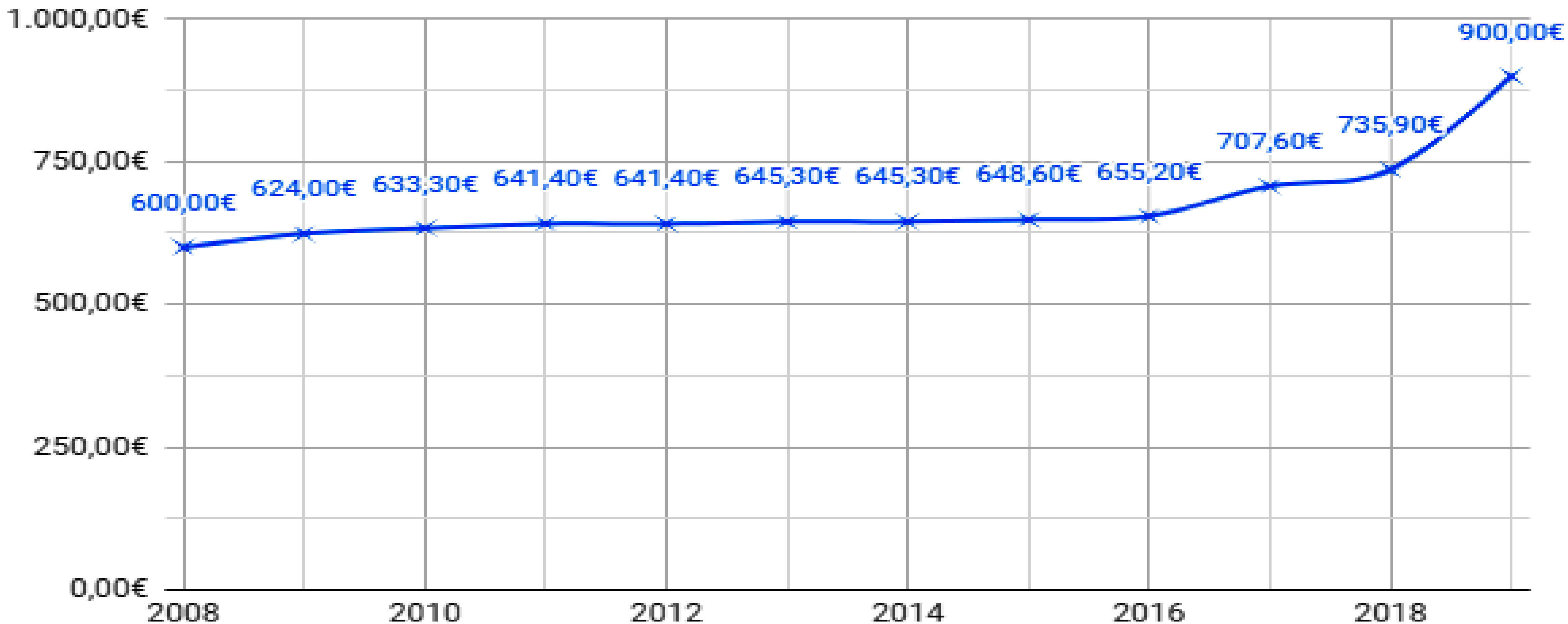
Álvaro CASAS AVILÉS

Mérida, 28 - 29 marzo 2mil19

**#CACPEX19**

# El Real Decreto 1462/2018, por el que se aprueba el S.M.I. para 2019:

## SMI Mensual entre 2008 y 2019



# El RD 1462/2018 ha elevado el SMI un 22´3 % en un año.

- Esta subida es la mayor desde 1978. De hecho:
  - entre 2009 y 2016 las subidas fueron inferiores al 1%, y
  - en 2013 y 2014 estuvo «congelada».
- La fijación anual, por el Gobierno, del SMI es obligatoria (art. 27 Estatuto Trabajadores), y tendrá en cuenta:
  - el IPC, la coyuntura económica general, y
  - el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.


# La LCSP no alude expresamente al S.M.I.

- Pero el art. 100 apdo. 2º obliga a que: «en los contratos en los que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato,  
→ **en fase de PREPARACIÓN, el Presupuesto Base de Licitación indicará, de forma desglosada, los costes salariales estimados...**»
- Y el art. 201 exige a los órganos de contratación: «tomar las medidas pertinentes para garantizar que **en la EJECUCIÓN** de los contratos se cumplan las obligaciones laborales vigentes»,  
→ debe velarse por que se abone el SMI, **sin disminuciones fraudulentas de la jornada laboral, desde el 1 de enero de 2019.**

# El informe 1/2019, de la Abogacía General del Estado:

- Una empresa de paquetería solicita la aplicación del principio «*rebus sic stantibus*» (o «mientras las cosas sigan así»), como mecanismo de equilibrio de los contratos por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles.
- La Abogacía del Estado rechaza la aplicación de tal principio «*rebus sic stantibus*», de mayor onerosidad sobrevenida por acontecimientos imprevisibles:
  - pues debe derivar de hechos que sean ajenos a la Administración contratante,
  - que es precisamente la que ha aprobado el RD 1462/2018.

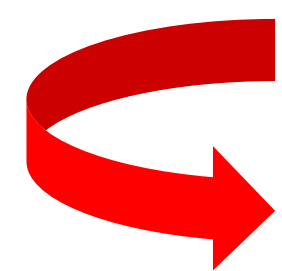
# El informe 1/2019:

- Descartada ya la aplicación de «la doctrina del **riesgo imprevisible**»,
- el supuesto (**¡para los contratos de la Administración Estatal!**) encaja dentro de la figura del **«factum principis»**.
- Pero el **«factum principis»** (al contrario que el **«ius variandi»** de los arts. 203 y ss. de la LCSP):
  - alude a disposiciones de ordenación económica/política en general, 
  - por lo que sus consecuencias aplican el régimen jurídico de la **Responsabilidad Patrimonial** de la Administración (R.P.A. de los arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015, LRJSP): esto es cuestionable

## El informe 1/2019:

Este «*factum principis*» (¡de la AGE!) → ha provocado una mayor onerosidad para los contratistas:

- mediante **un acto lícito** (la subida del SMI por el **RD 1462/2018**),
- pero: ¿**un acto antijurídico** (como requisito de la R.P.A.)?




Según el **art. 32.1 LRJSP**, sólo son indemnizables aquellos daños que el particular «*no tenga el deber jurídico de soportar*»:


- es decir, **perjuicios singulares** y no generalizados,
- lo que no sucede con una medida de política general, como es el **RD 1462/2018**, que afecta por igual a contratistas:

- del sector privado y
- del sector público.

## El informe 1/2019:

- Si se indemnizara a los **contratistas del sector público** por la subida del SMI se les estaría privilegiando frente a los **empleadores del sector privado**.

 Ello es inviable y acredita que estamos ante la **inexistencia de un perjuicio singular** (el de los contratistas públicos).

- Y como no se puede privilegiar a los contratistas del sector público, frente a los empleadores del sector privado  el incremento del SMI ha de ser asumido por los contratistas dentro del principio de riesgo y ventura (art. 197 LCSP) aplicable a todos los contratos.




# La distinta situación para Administraciones Locales y Autonómicas:

- La solución del citado informe 1/2019 pudiera (¡aplica el régimen de R.P.A. a un supuesto de sujeción especial contractual!) ser correcta para la Administración del Estado.
- Pero para las **Administraciones de CCAA y EELL:** la subida del SMI no es un acto propio («*factum principis*»), sino un **acto ajeno**, dictado por otra Administración distinta de la contratante:
  - estaríamos ante un «**riesgo imprevisible**» derivado de un «**acto de progreso normativo**»,
  - tal y como ejemplifica la **STS de 20 de diciembre de 1986**, cuyo FJ 8<sup>a</sup> declaró que:  
«(...) La compañía demandante al **sustituir los trolebuses por autobuses** (pues a ello le obligó la normativa técnica deriva de la Ley 63/1973, de 21 de julio) **resultó con un incremento en los costes de personal que dio lugar a jubilaciones...**»  
➔

# ¿Es aplicable la «cláusula de PROGRESO normativo»?

Artículo 290.6.a) de la nueva LCSP:

«6. El contratista tendrá derecho a desistir del contrato  cuando este resulte **extraordinariamente oneroso** para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:

a) La aprobación de una **disposición general por una Administración distinta de la concedente** con posterioridad a la formalización del contrato.

b) (...))»

Queda claro que es aplicable:

- para los contratos **concesionales**,
- formalizados por una **administración autonómica o local**,
- con posterioridad al **9 de marzo de 2018**,
- siempre y cuando hayan **devenido extraordinariamente onerosos**.

# La «cláusula de progreso NORMATIVO»:

Artículo 290.6.a) de la nueva LCSP:

«6. (...) Se entenderá **que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso** para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones **(PROGRESO NORMATIVO, letra a)** o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporar **(PROGRESO TÉCNICO, letra b)**:

- supongan un **incremento** neto anualizado **de los costes** de,
- al menos, **el 5 %** del importe neto de la **cifra de negocios** de la concesión por el período que reste **hasta la conclusión** de la misma.

Para el cálculo de los costes **se deducirán**, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

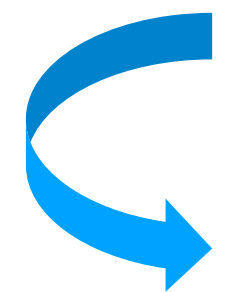
Cuando el contratista desistiera del contrato... **no dará derecho a indemnización alguna** para ninguna de las partes.»

**...Y CON EL EXTRAVÍO DE ESTE EXPEDIENTE  
DECLARO SOLEMNEMENTE INAUGURADO  
EL AÑO ADMINISTRATIVO**



## ¿Por qué debe aplicarse la «cláusula de progreso»?

Porque a la subida del SMI para los contratos locales y autonómicos **no** le son aplicables ninguna de las tres excepciones que tienen los principios del «*pacta sunt servanda*» (art. 189 LCSP), y del «*riesgo y ventura*» (art. 197).



Estas tres limitaciones al principio del riesgo y ventura son:

- a) la **revisión de precios**,
- b) la **modificación** de los contratos, y
- c) el **mantenimiento del equilibrio** económico de los contratos.

# ¿Por qué NO puede aplicarse la revisión de precios?

El **art. 103.1 de LCSP** establece que (salvo para los contratos «no s.a.r.a.» del **art. 19.2**) **no cabe**:

- ni la revisión no periódica de precios,
- ni la revisión periódica no predeterminada mediante fórmulas;

Además, la revisión de precios (para contratos distintos de los de obra, o de suministro de fabricación o de energía) **sólo cabe cuando el período de recuperación de la inversión sea superior a 5 años**:

- siendo que ese período de recuperación de la inversión debe calcularse según la fórmula prevista por el **art. 10 del RD 55/2017**; y
- esa duración y recuperación de la inversión es **poco frecuente en los contratos de servicios intensivos en mano de obra.**

Además, según el **art. 5 del RD 55/2017**, la revisión de precios de los costes de la mano de obra, en caso de proceder, «*no podrá ser superior al incremento anual experimentado por la retribución del personal al servicio del sector público...*»

# ¿Por qué NO puede aplicarse la modificación de contratos?

**La modificación de contratos se refiere únicamente** (según se deduce del **art. 203.1 LCSP**):

- **al cambio de objeto del contrato,**
- pero **no al cambio del precio**, si no hay una previa modificación de la prestación que desarrolla el contratista (ordenada por la Administración, con los supuestos y requisitos marcados por los arts. 203 y ss. de la LCSP).

## - Alterar el precio SIN alterar las prestaciones:

- NO sería una modificación contractual,
- SINO una **revisión de precios encubierta**, según la JCCPE: **Recomendación 32/2018** (relativa a la alteración de condiciones salariales por cambio en el Convenio Colectivo aplicable).

# ¿Por qué NO puede aplicarse el principio de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos?

**Es requisito** que la ruptura del equilibrio económico se haya producido:

- bien por «*ius variandi*» (letra a) del artículo 290.4 LCSP):

➡ se descartó por no haberse alterado el objeto del contrato;

- bien por «*factum principis*» (letra b) del art. 290.4):

➡ se descartó porque estamos ante una decisión de política general adoptada por una administración distinta de la concedente;

- Fuera de los casos anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio por alguna de las causas de **fuerza mayor** enumeradas en el **art. 239 LCSP**.

➡ **Abona la aplicación de la cláusula de progreso normativo.**



## ¿Por qué NO puede aplicarse el principio de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos?

Así, **la nueva LCSP** ha limitado la aplicación del «riesgo imprevisible general» (del que se ha abusado), y pretende restringirse el traslado de riesgos (como la subida del SMI) a la Administración contratante:

➔ **lo que abona la aplicación de la cláusula de progreso normativo**, como especificidad de la teoría del riesgo imprevisible y el mantenimiento del equilibrio de los contratos.

¿Aplicación a contratos de servicios y a contratos anteriores a la nueva LCSP?

- **Analogía** (RAE): método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a causas no comprendidas en ella.

- La analogía **está prohibida en el derecho administrativo sancionador, pero no en el contractual**, donde es ampliamente aplicada por la jurisprudencia y la doctrina (**ver el citado informe 1/2019, de la Abogacía General del Estado**).

## **CONCLUYENDO: el principio de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos no permite...**

... **no permite** (ni por *ius variandi*, ni por *factum principis*, ni por causa mayor) **la absorción** (ni parcial ni totalmente) **por la Administración de la subida del SMI, salvo:**

- que la misma se derive de la **preparación** de un nuevo contrato (**art. 100.2 LCSP**), con un nuevo P.B.L.;

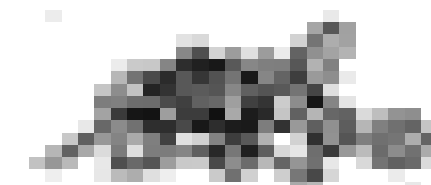
- tras la **extinción** (por resolución anticipada) a instancia del contratista (**art. 290.6.a**):

- que ejercería así su derecho al desistimiento sin indemnización,
- derivado de la **cláusula de progreso normativo** que ha supuesto la aprobación del R.D. 1462/2018, de 21 de diciembre.

¿SURTORATA YO?  
¿ESO NO ME LO REPITE UD  
DIFICILADO Y COMPLICADO?



El autor informa de  
que la acción de este chiste  
no transcurre necesariamente  
en España.


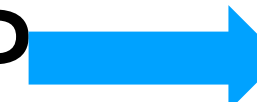


## CONCLUYENDO:

El “**dontancredismo**” y el no arbitrio de ninguna otra medida alternativa  puede provocar una resolución del contrato por causa imputable al contratista, con los efectos que ello conlleva:

- complejo expediente de resolución culposa si hay oposición,
  - demostración y cuantificación por la administración de los daños causados,
  - prohibiciones para contratar, en su caso, etc.
- 
- También en los contratos públicos la relación terminará probablemente resolviéndose: como sucede en cualquier otra relación bilateral en la que una de las partes da más de lo que recibe.

## CONCLUYENDO:

- **De no resolverse el contrato**, ha de tenerse en cuenta que cualquier **incidencia en la ejecución de los contratos** (como es un incremento significativo de los costes)  **pone en riesgo la correcta prestación de los servicios**, lo que es particularmente grave en el caso de tratarse de servicios públicos: **servicios de ayuda a domicilio, limpieza viaria, etc.**
- **El interés general exige buscar una salida a esta situación**: solo un contrato que mantenga la justa equivalencia de prestaciones puede presentar una ejecución eficaz.
- Ante la falta de una solución expresa (ni legal ni jurisprudencial) para los contratos no concesionales y los anteriores a la nueva LCSP  **la aplicación por analogía de la «cláusula de progreso» es la medida menos perjudicial para el interés general.**

## La imposición a toda costa de la continuidad de estos contratos antieconómicos derivará:

- bien en su incumplimiento, bien en su ejecución ineficaz, o bien en la quiebra del contratista;
- con la repercusión que ello tendrá en los trabajadores asalariados, contraviniendo así la **contratación estratégica de carácter social** que propugna, entre otros, el propio **art. 1 de la Ley de Contratos**.

*Muchas gracias:*

