

ARTÍCULO

La subida del SMI y su posible repercusión en la contratación pública

08/01/2019

En el BOE de 27 de diciembre de 2018 se publicó el [Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional \(SMI\) para 2019](#), estableciéndolo en 30 euros/día ó 900 euros/mes, según que el salario esté fijado por días o por meses; lo que supone un incremento del 22,3%.

La evolución del importe de las subidas del SMI desde 2005 ha sido pequeña, salvo en el ejercicio de 2017 en el que se produjo un incremento del 8,01%. Es por ello, que **este elemento en la composición del precio de los contratos públicos** no ha tenido repercusión y en ningún caso ha supuesto incidencia en la contratación pública respecto a la revisión de precios o mantenimiento del equilibrio económico.

Hay que tener en cuenta que el [artículo 102.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público \(en adelante, LCSP\)](#) exige que, a la hora de elaborar el **presupuesto base de licitación de los contratos**, los órganos de contratación deben cuidar de que este presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado y que en los contratos en los 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 indique de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia. Por su parte, el [artículo 129.3 del todavía inexplicablemente vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto 17 de junio de 1955](#), y referido al hoy contrato de concesión de servicios, establece también el principio de remuneración suficiente: *«En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial»*.

Por otra parte, y desde la perspectiva de la vigente [Directiva 2014/24/UE, de Contratación pública](#), el nuevo SMI plantea un problema de fondo sobre el precio de los contratos públicos por cuanto en su Considerando 98 exige en la contratación el respecto a las condiciones básica de trabajo, entre ellas las cuantías del salario mínimo:

«Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva».

En definitiva, se puede estar en presencia de contratos en los que el presupuesto base de licitación se haya calculado en base a un SMI de 735,9 euros y la realidad a partir del 1 de enero de 2019 será que ese SMI es ahora de 900 euros, lo que en **aquellos contratos cuyo componente principal sea la mano de obra** (servicios de limpieza de edificios, servicios de vigilancia y seguridad, etc.) el precio del contrato se podrá ver gravemente afectado.

¿Quién asume ese el posible incremento del precio del contrato como consecuencia de la subida del SMI?

¿Existen mecanismos legales para, en su caso, repercutirlos en el precio del contrato?

Es cierto que uno de los principios que rigen en la contratación pública es el de **riesgo y ventura**, y así se establece en el **artículo 197 de la LCSP**: «*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*». Pero también es cierto, que el propio legislador desde siempre ha previsto dos excepciones a ese principio derivado a su vez del principio civil *pacta sunt servanda*:

- la revisión de precios y
- el mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

El **artículo 103 de la LCSP** establece que, y como consecuencia de la aplicación de la **Ley 2/2015 de desindexación de la economía española**, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años.

Este mismo precepto determina respecto a los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, que se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa. Asimismo, el **artículo 5 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española** impide trasladar al valor revisado los costes de mano de obra más allá del incremento experimentado por la retribución del personal al servicio del sector público; incremento que se establece en un mínimo de un 2,25% y un máximo de un 3%, muy alejado de ese 22,3% de incremento del SMI. Todo ello, unido a la exigencia contenida en los **artículos 103.4 de la LCSP y 107 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001**, de que **en el pliego de cláusulas administrativas particulares se establezca la fórmula de revisión de precios**, hacen inviable la técnica de revisión de precios para, en su caso, repercutir a la Administración contratante todo o parte de la subida del SMI.

Pues bien, y teniendo en cuenta que el **artículo 103.10 de la LCSP** determina que, no obstante lo establecido sobre la revisión de precios, se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de la posibilidad de **mantener el equilibrio económico** en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290, se analizará si es posible la técnica del mantenimiento del equilibrio económico del contrato para poder trasladar a la Administración contratante, en todo o en parte, la repercusión que sobre el precio del contrato tenga la subida del SMI.

Según tiene sentado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, **el fin último del principio de mantenimiento del equilibrio económico no es otro que asegurar el mantenimiento del servicio público en circunstancias anormales** (STS de 14 de marzo de 1985) y, además, conseguir el mantenimiento del principio de continuidad en la prestación del servicio (STS de 13 de marzo de 1981, reiterada entre otras en la de 21 de junio de 2005).

El mantenimiento de ese equilibrio económico se puede conseguir mediante diversas técnicas que vienen a ser la respuesta adecuada a las posibles modificaciones y circunstancias concurrentes durante la vida del contrato:

1. El derecho de la Administración a modificar el contrato o «**ius variandi**», cuya respuesta es la justa contraprestación económica para restablecer el equilibrio roto como consecuencia de una decisión de la propia Administración.

2. Una disposición del carácter general o «**factum principis**» que viene a incidir sobre la economía del propio contrato.
3. Las llamadas «**circunstancias imprevisibles**».

Causas que han quedado recogidas en los mencionados artículos 270 y 290 de la LCSP, referidos respectivamente al contrato de concesión de obras y al de concesión de servicios.

Sobre el riesgo o circunstancias imprevisibles, el Consejo de Estado en varios de sus Dictámenes, entre ellos el N° 3344/2002, de 13 de marzo de 2003, así como el N° 1332/2012, de 10 de enero de 2013, ha venido sosteniendo que para que pueda aplicarse la **teoría del riesgo imprevisible**, respetando el principio de riesgo y ventura y no falseando las garantías de concurrencia en la licitación, se requieren unas cautelas especiales, que imponen la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a. La aparición de una alteración de circunstancias que resulte imprevisible y extraordinaria.
- b. La insuficiencia de los mecanismos previstos en el propio contrato para su revisión
- c. Que la mencionada alteración de circunstancias tenga una incidencia sobre el equilibrio económico existente en el momento de celebración del contrato que sobrepase «los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación» (STS de 25 de abril de 2008).
- d. Que produzca un efecto «*patológico y desmesurado*» y «*una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido*».

Es claro que tanto la LCSP como sus antecesoras han venido regulando el equilibrio económico sólo en los contratos de concesión de obras y en el de concesión de servicios.

Pero **¿qué ocurre con los contratos de servicios, y precisamente con aquellos en los que la mano de obra es su más importante componente?**

Es cierto que son pocos los pronunciamientos sobre la aplicación del **mantenimiento del equilibrio económico en contratos de servicios**; debido quizás, en parte, a tratarse de contratos de una duración menor, con lo que se reduce la probabilidad de acontecimientos imprevistos en su ejecución; y, por otra parte, porque algunas de las prestaciones que en nuestro Derecho se venían englobado dentro del antiguo contrato de gestión de servicios públicos serían calificados hoy como contratos de servicios, a la luz del Derecho de la Unión Europea. Nada impide que pueda aplicarse también a estos contratos la doctrina del riesgo imprevisible.

En este sentido, el TS, en su Sentencia de 30 de abril de 2001, no tiene ningún inconveniente en reconocer su aplicabilidad. Sin embargo, el Tribunal examina su doctrina, reconociendo que se podría acudir a la cláusula *rebus sic stantibus* o del **riesgo imprevisible** para restablecer el **equilibrio financiero** del contratista cuando en las vicisitudes de la contratación concurren circunstancias y alteraciones económicas imprevistas y profundas que le afectaran grandemente. En el contrato examinado, el TS rechaza su aplicación, pero no se debe al tipo de contrato, sino a que no se produjeron en la prestación de servicios hechos extraordinarios o inéditos, por lo que estima que se impone el principio general *pacta sunt servanda*.

Este mismo Tribunal, en su sentencia de 9 de diciembre de 2003, también analizó la posibilidad de aplicar la doctrina del **riesgo imprevisible** a un contrato de servicios de conservación de las instalaciones del alumbrado público, por el incremento del coste de la mano de obra, aunque el contrato ya establecía una fórmula de revisión de precios. El Tribunal argumentó que no se había justificado que concurriese la imprevisibilidad del suceso. Elemento que, a su juicio, resultaba esencial para aplicar la citada doctrina. Al no haberse probado que el incremento del precio de la mano de obra tuviera un carácter extraordinario y anormal, de modo que alterase el equilibrio económico de las prestaciones asumidas, concluyó que debía atenderse al principio de que la ejecución del contrato había de realizarse a riesgo y ventura del contratista. Ahora, y precisamente a la luz de esta última STS, **¿puede calificarse de extraordinario y anormal el incremento de un 22,3 % del SMI?**

Entendemos que sí, y por tanto, aquellos contratos en los que la mano de obra sea un elemento importante en la configuración del precio, y, por tanto, la subida del SMI conlleve un aumento considerable en los gastos soportados por el contratista, de tal manera que ponga en riesgo el mantenimiento del propio contrato, podría acudir al equilibrio económico del contrato.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el propio Tribunal Supremo ha sostenido que:

«la compensación debida al concesionario debe ir dirigida al mantenimiento del servicio mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes, de tal modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que la haga ineficaz para impedir la ruina de la concesión ni tan excesiva que desplace el riesgo normal de la Empresa a la Administración concedente, imponiendo a ésta un auténtico seguro de beneficios mínimos o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos».

Por tanto, consideramos que, a la vista de la considerable subida del SMI, los contratistas podrían **solicitar el equilibrio económico de contrato cuando** acrediten fehaciente y documentalmente que la subida del SMI representa una importante partida en el coste del contrato y que ello conlleva la ruptura del equilibrio económico del contrato, haciéndolo anti-económico. En todo caso, podrían, asimismo, desistir del propio contrato cuando puedan acreditar en los términos establecidos en los artículos 270 y 290 de la LCSP, que el contrato resulta extraordinariamente oneroso para él como consecuencia de la subida del 22,3% del SMI operada por el **RD 1462/2018, de 21 de diciembre**.

Debe, por último, destacarse que el propio Gobierno ha declarado a través de su Ministra de Hacienda que *«deberá analizarse cada caso particular y buscar una fórmula específica y transitoria para amortiguar los efectos en aquellos supuestos en los que la subida del salario mínimo genere importantes desequilibrios»*. Se deberá ver qué fórmula específica y transitoria idea el Gobierno para paliar los desequilibrios que en determinados contratos públicos adjudicados pudiera producir la subida del SMI.

A fecha de hoy no se conoce que se hayan producido pronunciamientos al respecto por parte de los órganos consultivos de contratación.