



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE LOS
SERVICIOS CONSULTIVOS

Ref.: A.G. – ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD 1/2019 (R- 33/19)

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la procedencia de compensar, por parte de la Administración del Estado, la mayor onerosidad de un contrato adjudicado por ella por consecuencia del incremento del salario mínimo interprofesional. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

Mediante escrito de 3 de enero de 2019, D. José Luis Mendoza, actuando en nombre y representación de la sociedad Optimus Gestión Logística, S.L., solicitó la modificación del “contrato de reparto de documentación y paquetería, traslado, montaje y desmontaje de mobiliario y enseres, material de oficina y equipos informáticos en y entre los edificios administrativos del Ministerio de Economía Industria y Competitividad y otros edificios”, adjudicado a dicha sociedad, ampliando para ello en un 25% la oferta presentada, a fin de mantener el equilibrio y viabilidad del contrato.

Se justifica dicha solicitud en la circunstancia de que el Real Decreto 1462/2018, de 29 de diciembre, fijó el salario mínimo interprofesional en 30 euros/día o 900 euros/mes (artículo 1), lo que, según se dice en el citado escrito, “supone un incremento de dicho salario en un 25%, aproximadamente, sobre el salario mínimo interprofesional que se venía abonando a nuestros operarios en el ejercicio de 2018”. Con fundamento en esta circunstancia, se alega:

“Que por lo manifestado anteriormente es por lo que entendemos que debemos de acudir, para mantener el equilibrio económico del contrato y conforme a la oferta realizada en su día, a la aplicación de la figura jurídico-doctrinal de la cláusula ‘*rebus sic stantibus*’, esto es al estado real de las

CORREO ELECTRÓNICO:

aeconsultivo@mjusticia.es

C/ AYALA, 5
28001 MADRID
TEL.: 91 390 47 55
FAX: 91 390 46 92

CSV : GEN-954a-1b76-19d3-1e4c-5e9f-380e-2d8e-0bd4

DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : <https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm>

FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 01/02/2019 09:07 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 01/02/2019 09:07





cosas a partir del 1 de enero de 2019.

Que esta figura jurídico doctrinal pretende restablecer el equilibrio financiero del contratista cuando en las vicisitudes de la contratación concurren circunstancias alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afectan grandemente al contrato, dentro de una previsión razonable.

Que es de aplicación esta figura jurídica en el caso en el que nos encontramos, dado que las circunstancias económicas excepcionales señaladas, han producido una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación a las previstas al tiempo de su celebración (que deberíamos extender al momento de la oferta) tratándose de circunstancias imprevisibles por completo y que vienen a actuar aportando una desproporción inusitada y exorbitante, fuera de todo cálculo, que aniquila el necesario equilibrio de las prestaciones, otorgándose la Administración la potestad, en base a la referida cláusula, efectos modificatorios del contrato, encaminados a compensar el desequilibrio obligacional instaurado”.

- II -

Como quiera que la entidad peticionaria alude a “alteraciones imprevistas” o a “circunstancias imprevisibles” que han dado lugar a “una desproporción inusitada y exorbitante, fuera de todo cálculo, que aniquila el necesario equilibrio de las prestaciones”, invocando la cláusula *rebus sic stantibus*, debe determinarse, en primer lugar, cuál sea el correcto encuadramiento de la pretensión entre los diferentes mecanismos o técnicas para garantizar el equilibrio económico o financiero del contrato y, tras ello, examinar la procedencia de la compensación solicitada.

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.

- III -

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 Auran 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*:

“1º 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

2º 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.

- IV -

A la vista de las consideraciones expuestas en el apartado anterior, resulta innecesario traer a colación el criterio mantenido en la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) a los órganos de contratación en relación con las consecuencias de la alteración sobrevenida de las condiciones salariales de los trabajadores de una empresa contratista de servicios por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público, de 10 de diciembre de 2018.

En dicha recomendación se dice lo siguiente:

“Sin embargo, en la actual legislación de contratos públicos la revisión de precios está notablemente limitada, en la mayoría de los contratos de servicios, a los supuestos de revisión periódica y predeterminada. Sólo en los casos excepcionales del apartado 2 del artículo 19 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos. Por lo tanto, en la mayor parte de los contratos de servicios la revisión de precios no está contemplada como un sistema que pueda solventar una eventual situación de incremento de los costes salariales como consecuencia del cambio de un convenio colectivo. A ello hay que añadir que la propia legislación contractual limita, en los supuestos en que sea posible, la posibilidad de revisión de los costes salariales, excluyéndolos en general de esta posibilidad (art. 103 de la LCSP y 7 del RD de desarrollo de la Ley de Desindexación de la Economía Española).

Esta situación no es novedosa en nuestra legislación contractual pública. Ya bajo la vigencia de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 (arts. 79.1 y DT 21 se decía con claridad que no se podrían incluir en las





fórmulas de revisión de precios el coste de la mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Para la obligatoria adaptación de los contratos a la nueva situación se añadía expresamente que transcurrido un año desde la entrada en vigor de esta. Ley sin que se hubieran aprobado las nuevas fórmulas, la aplicación de las actualmente vigentes se efectuará con exclusión del efecto de la variación de precios de la mano de obra.”

En rigor, el criterio mantenido en dicha recomendación resulta no sólo innecesario, sino también inaplicable, y ello en razón de la ponderación conjunta de las siguientes consideraciones:

1) En primer lugar, no existe coincidencia entre el supuesto examinado en dicha recomendación y el caso a que se refiere el presente informe. Así, en el caso analizado en la recomendación, el incremento salarial determinante de la mayor onerosidad del contrato tiene su origen en un convenio colectivo en el que, obviamente, ninguna intervención tiene la Administración en la negociación y determinación de su contenido; en el supuesto a que se refiere el presente informe, la mayor onerosidad del contrato tiene exclusivamente su origen en un acto de la Administración, cual es la fijación del salario mínimo interprofesional en el ejercicio de una potestad que legalmente le está atribuida (el antes citado artículo 27.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

Esta distinta causa de la mayor onerosidad del contrato impide trasladar al supuesto de que aquí se trata la recomendación de la JCCPE, pues ello supondría eliminar la aplicación del régimen jurídico, cual es el de responsabilidad patrimonial de la Administración, que precisamente corresponde al *factum principis* y sustituirlo por otro distinto –régimen de revisión de precios–; dicho en otros términos, la especificidad del supuesto constitutivo del *factum principis* reclama que su tratamiento jurídico se haga con arreglo al régimen jurídico que le es propio y peculiar –responsabilidad patrimonial de la Administración– y no con arreglo a un régimen jurídico genérico y distinto que no le corresponde.

2) En segundo lugar, no puede desconocerse que, aunque en la vigente LCSP el régimen de revisión de precios es bastante restrictivo (cfr. artículo 103, apartados 1 y 2, párrafo segundo), no por ello dejan de existir supuestos en que





resulta admisible la revisión de precios por razón de los costes de mano de obra. Así las cosas, y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas sobre la necesaria igualdad ante las cargas públicas comunes y generales, resultaría completamente injustificado que en unos casos (en los que no puede incluirse los costes salariales en el sistema de revisión de precios o, más sencillamente, no cabe la revisión de precios) no se compense la mayor onerosidad del contrato y que, en cambio, en otros supuestos (aquellos en los que resultase admisible la inclusión del coste de la mano de obra en el sistema de revisión de precios) se compensase esa mayor onerosidad, privilegiándose así a unos contratistas respecto de otros.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la petición formulada por D. José Luis Mendoza en nombre y representación de la sociedad Optimus Gestión Logística, S.L.

LA ABOGADA GENERAL DEL ESTADO
Consuelo Castro Rey

SR. ABOGADO DEL ESTADO-JEFE
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD
Paseo de la Castellana, 162, 3ª planta
28046 - Madrid

