



Roj: **STS 3143/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3143**

Id Cendoj: **28079130042020100237**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **14/10/2020**

Nº de Recurso: **64/2019**

Nº de Resolución: **1291/2020**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1.291/2020**

Fecha de sentencia: 14/10/2020

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 64/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/09/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: MIN. DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 64/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Cuarta**

#### **Sentencia núm. 1291/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D.<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D.<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella

D. Rafael Toledano Cantero



En Madrid, a 14 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso ordinario núm. 1/64/2019 interpuesto por el Procurador don Luciano Rosch Nadal en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Agrarias-Jóvenes Agricultores de Andalucía, ASAJA-ANDALUCÍA y ASAJA-SEVILLA, contra el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el Salario Mínimo Interprofesional para 2019, del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

Ha sido parte recurrida la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de ASAJA-ANDALUCÍA y ASAJA-SEVILLA, se interpuso recurso contencioso administrativo contra dicha resolución, el cual fue admitido por la Sala y reclamado el expediente administrativo, una vez recibido se entregó a la recurrente, para que formalizase la demanda dentro del plazo de veinte días, lo que verificó con el oportuno escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala que: "se dicte Sentencia por la que se declare la Nulidad de pleno derecho de la disposición de carácter general, Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre por el que se fija el Salario Mínimo Interprofesional para el año 2019, con todos los efectos inherentes a dicha declaración."

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado contesta a la demanda con su escrito en el que, después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando a la Sala que: "dicte sentencia declarando inadmisibile o, en su defecto, desestimando este recurso con los demás pronunciamientos legales."

**TERCERO.-** Por auto de 19 de noviembre de 2019, se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos.

**CUARTO.-** Concluidas las actuaciones. Por providencia de 25 de mayo de 2020 se señaló para votación y fallo el 29 de septiembre de 2020, en cuya fecha no tuvo lugar el referido acto, sino el 6 de octubre de 2020.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Planteamiento del recurso.*

La representación procesal de ASAJA Andalucía y ASAJA Sevilla interponen recurso contencioso administrativo contra el RD 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019.

Entienden que, dada su naturaleza, reglamento ejecutivo, el Gobierno ha de ser pulcro en el procedimiento de elaboración por lo que desgranar una serie de infracciones:

1. Incumplimiento del art. 22.2 y 22.3 de la LO 3/1980, de 22 de abril del Consejo de Estado por no incorporar su dictamen pese a ser una disposición de carácter general lo que conduce a su nulidad como recuerda la STS 5 de julio de 2019.

Recalca su necesidad por razón de la disposición transitoria única que expone el carácter excepcional del incremento establecido por el Real Decreto que reputa necesario de la reflexión del Consejo de Estado.

Y remacha el incumplimiento del art. 26.7 de la Ley 50/1997, en cuanto a la elaboración de leyes y reglamentos exigiendo el citado informe.

2. Nulidad de pleno derecho del Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, al amparo del art. 47.2 Ley 39/2015, por vulneración del principio de jerarquía normativa, art. 9.3 CE, en relación con arts. 97 CE. Reglamento "ultra vires", en el desarrollo del precepto legal artículo 27.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.

Determinada que ha sido ya en el apartado preliminar la naturaleza jurídica del Real Decreto impugnado, como reglamento ejecutivo, de desarrollo de la ley habilitante, ésta no es otra que el ya transcrito art. 27.1 ET, cuyo mandato es claramente imperativo: "El Gobierno fijará...anualmente el salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta:

a) *El Índice de precios de consumo*

b) *La productividad media nacional alcanzada.*

c) *El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional*



d) *La coyuntura económica general*".

Defiende que el Gobierno debió circunscribirse a ello en su desarrollo reglamentario.

Resalta que en la MAIN, consta el análisis de los "Factores determinantes a analizar de acuerdo con el art. 27 ET", del que resulta:

- El IPC durante el año 2.018 osciló entre el 0,6% de enero-abril, el 2,3% de mayo-octubre y el 1,7% de noviembre
- En cuanto a la productividad media nacional, es la propia MAIN la que expresamente recoge que "en los últimos cuatro trimestres, las tasas anuales de variación de la productividad por hora trabajada...ha ido descendiendo desde el 1,0% hasta el -0,5%"
- La participación del trabajo en la renta nacional "se mantiene relativamente estable", si bien "En el último año...la participación de las rentas del trabajo en la renta nacional se ha reducido 0,1 pp"
- Y, por último, en cuanto a la coyuntura económica general -aun dando por válidos los datos incorporados a la MAIN-, se preveía un crecimiento del PIB en torno al 2,5%.

Razona que de dichos parámetros en modo alguno puede alcanzarse una ponderación entre los mismos que alcance la subida fijada en la cuantía del salario mínimo interprofesional del 22,3%, suponiendo ésta una notoria desviación del criterio legal establecido en el art. 27.1 ET.

Realiza una comparación de datos sobre la serie histórica de los últimos 5 años del SMI, con relación a los parámetros establecidos por el ET., en su Art.27.1, (datos del INE, en los supuestos publicados), resultan las siguientes tablas:

201420152016201720182019						
SMI CUANTIA -	645,30 €	648,60€	655,20 €	707,70 €	735,90 €	900,00 €
% INCREMENTO RESPECTO AÑO ANTERIOR	0%	0,5%	1,0%	0,0%	4,0%	22,3%

Valores de cada uno de los parámetros, en esa serie histórica de 5 años

INDICE 20142015201620172018						
INDICE DE PRECIOS AL CONSUMO (IPC) (datos INE)		-1,0%	0,0%	2,6%		1,1%
PRODUCTIVIDAD MEDIA NACIONAL (datos INE)		106,01	106,35	106,48		106,61
INCREMENTO DE LA PARTICIPACIÓN DEL TRABAJO EN LA RENTA NACIONAL (otras fuentes diferentes al INE, por no publicarse)		47,3	47,5	47,6		47,3
% INCREMENTO DEL PIB (datos INE)		2,4%	0,0%	0,0%		2,3%

Conversión de dichos valores, a una escala de apreciación homogénea cuantitativa.

INDICE 20142015201620172018					
INDICE DE PRECIOS AL CONSUMO (IPC)	10,00	9,90	10,00	10,50	10,50
PRODUCTIVIDAD MEDIA NACIONAL	9,94	9,97	9,98	9,99	10,00
INCREMENTO DE LA PARTICIPACIÓN DEL TRABAJO EN LA RENTA NACIONAL	9,87	10,00	9,99	9,87	9,87
% INCREMENTO DEL PIB	2,50	10,00	7,89	7,63	7,32
MEDIA CRITERIOS	9,37	9,74	9,95	9,50	9,37

A su entender, en la medida en que el Real Decreto excede de los concretos parámetros establecidos en el texto legal para la fijación del salario mínimo interprofesional, incurre en "ultra vires" e incide en vulneración del principio de jerarquía normativa.

Concluye que vulnera lo establecido en el art. 97 CE, que somete el ejercicio de la potestad reglamentaria a la Constitución y a las leyes, de tal forma que ante la patente discrepancia entre los criterios fijados legalmente y los utilizados al hacer uso de la potestad reglamentaria, la única solución conforme a Derecho es estimar la pretensión de esta parte y declarar su nulidad de pleno derecho conforme a lo previsto en el art. 47.2 Ley 39/2015.

3. La nulidad del RD de Salario mínimo interprofesional para 2019, por vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española, en el desarrollo del precepto legal artículo 27.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.

Arguye que no nos encontramos ante unas simples diferencias en la metodología o los criterios empleados, sino ante una inexistencia total de criterios objetivos justificadores del incremento del 22,3% en el salario mínimo interprofesional.

No encuentra dato objetivo alguno justificador del concreto y exacto incremento del 22,3%, diferenciándolo de cualquier otro porcentaje.



Expone que la razón ya ha sido anticipada en el presente escrito de demanda y sustenta la arbitrariedad en la que incurre el Real Decreto impugnado: el "ACUERDO DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO 2019: PRESUPUESTOS PARA UN ESTADO SOCIAL", suscrito entre el Gobierno y el grupo político Unidos Podemos en fecha 11 de octubre de 2.018, en cuyo punto 4.1, pag. 19, se establece:

*"Subida del Salario mínimo interprofesional a 900 euros. Los salarios mínimos son una potente herramienta social que pueden contribuir significativamente a prevenir la pobreza en el trabajo y fomentar un crecimiento salarial general más dinámico. Para ello deben ser salarios que garanticen a los trabajadores un nivel de vida digno y la satisfacción de sus necesidades y las de sus familias, como se establece en el Pilar Europeo de los Derechos Sociales. Por este motivo, se elevará la cuantía del Salario Mínimo en 2019 a 900.-euros/mes, 164 euros más al mes que en 2018. IMPACTO PRESUPUESTARIO 2019: 340 millones de euros"*

4. Vulneración del artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en cuanto a las Disposiciones de entrada en vigor.

Indica que el RD 1462/2.018, de 21 de diciembre, (también en adelante RD de SMI para 2019), en su *Disposición final segunda*. *Entrada en vigor y periodo de vigencia*. Establece que:

*"Este real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" y surtirá efectos durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2019, procediendo, en consecuencia, el abono del salario mínimo en el mismo establecido con efectos del 1 de enero de 2019."*

Sin embargo, la Ley 50/1.997, de 27 de noviembre del Gobierno, (en adelante la Ley del Gobierno), establece en su artículo 23: *Disposiciones de entrada en vigor*:

*"Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2.1 del Código Civil, las disposiciones de entrada en vigor de las leyes o reglamentos, cuya aprobación o propuesta corresponda al Gobierno o a sus miembros, y que impongan nuevas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional como consecuencia del ejercicio de ésta, preverán el comienzo de su vigencia el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación."*

*Lo previsto en este artículo no será de aplicación a los reales decretos-leyes, ni cuando el cumplimiento del plazo de transposición de directivas europeas u otras razones justificadas así lo aconsejen, debiendo quedar este hecho debidamente acreditado en la respectiva Memoria."*

El RD de SMI para el 2.019, impone nuevas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñan una actividad económica o profesional como consecuencia del ejercicio de dicha actividad, cuales son el reajuste de las retribuciones a los trabajadores y trabajadoras que prestan sus servicios para dichas personas físicas o jurídicas, supone también, un incremento en las cargas sociales ante la Tesorería General de la Seguridad Social, y el propio carácter excepcional del incremento del SMI, en nada más y nada menos que del 22,3%, en muchos casos, ajustes de plantillas, nuevas negociaciones con los representantes de los trabajadores para abordar el nuevo marco retributivo, incluso en no pocos casos el cambio de sistemas productivos e incluso el cierre de actividades, en sectores deprimidos, donde la productividad no puede soportar dicho incremento.

Señala que la Memoria de Análisis del Impacto Normativo (MAIN), obrante en el expediente Administrativo aportado por el MITRAMISS, como Documento N° 7, en ningún momento, justifica las razones que aconsejan la no aplicación del Artículo 23 de la Ley del Gobierno, sin que acredite debidamente en la MAIN, nada, para que el RD de SMI para el 2019, entre en vigor y sea de obligado cumplimiento desde el mismo día 1 de enero de 2019, y no desde el 2 de enero, tal y como dispone en reiterado artículo 23.

Aduce que lo que en principio pudiera ser entendido, como un mero motivo de impugnación con poca o casi nula relevancia, sin embargo, el cumplimiento y sometimiento por parte del Gobierno a la Ley, lo coloca en situación de igualdad con los ciudadanos.

Destaca que para cualquier persona física o jurídica obligada al abono de las cotizaciones sociales, por poner un mero ejemplo, si lo hace transcurrido un solo día de la fecha límite para su abono, el Estado le impone un recargo del 20% sobre la cuota a la Seguridad Social no abonada dentro de plazo, y no cabe excusa alguna, ni siquiera abonando las cuotas el día siguiente a su vencimiento exime al responsable de dicho recargo. Pues bien, tampoco debe eximir al Gobierno, que incumple sus obligaciones en cuanto a prever la vigencia del RD de SMI para el año 2.019, el 2 de enero, y no el 1 de enero como dispone dicho RD de SMI, y máxime, sin que *otras razones justificadas así lo aconsejen, y sin quedar este hecho debidamente acreditado en la respectiva Memoria"*.

En conclusiones reiteran sus alegatos defendiendo su legitimación en razón de los Estatutos para la defensa de los intereses profesionales del sector agrario con amplia cita jurisprudencial.

**SEGUNDO.- Oposición del Abogado del Estado.**



Con reproducción completa de las SSTs de 22 de octubre de 2018 y 3 de octubre de 2019 sostiene la falta de legitimación del sindicato recurrente y subsiguiente inadmisibilidad del recurso.

Entiende que es una actividad de dirección política, con cita de la STS de 24 de julio de 1991 (impugnación SMI para 1987 por el sindicato UGT) que declaró la inadmisibilidad del recurso.

Rechaza deba someterse a informe del Consejo de Estado, aunque tenga la forma reglamentaria ( STS 9 noviembre de 2005, 10 octubre de 2012). Defiende que no es un reglamento ejecutivo por lo que no innova el ordenamiento.

Sin embargo, es evidente que siendo la determinación concreta de la cuantía del SMI un acto de oportunidad política, discrecional, mas no arbitrario, nada hay de excepcional ni de novedoso en su fijación anual.

La excepcionalidad señalada por el texto se limita, no a la consideración de elementos distintos o innovadores respecto de los que ya aparecen en el artículo 27.1 ET, sino, de manera exclusiva, a la necesidad de prever posibles distorsiones en "normas o negocios externos" que atiendan al SMI como parámetro para la fijación de su cuantía.

Opone que las nuevas cuantías, que representan un incremento del 22,3 por ciento respecto de las vigentes entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2018, son el resultado de tomar en consideración de forma conjunta todos los factores contemplados en el citado artículo 27.1 del Estatuto de los Trabajadores. Asimismo, se ha tenido en cuenta para la fijación de su cuantía que el salario mínimo cumple una función concreta que es la de contribuir a la efectividad del derecho constitucional del trabajador a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, lo que impone su aproximación a una cuantía más cercana al 60 por ciento del salario medio de los trabajadores conforme a las recomendaciones del Comité de Expertos sobre la Carta Social Europea del Consejo de Europa.

Subraya que explicados en la Memoria de impacto los factores descritos en el artículo 27.1, y convenientemente publicados en los trámites correspondientes de audiencia e información pública y en la consulta previa con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, la norma no fija la cuantía del SMI, sino que establece una serie de criterios "a tener en cuenta". Tales factores no permiten materializar la concreta suma para cada momento, sino que revisten una naturaleza abstracta, que otorga al Ejecutivo una amplia flexibilidad. Ni tan siquiera el precepto establece ningún tipo de jerarquización entre los diferentes factores. En definitiva, la amplitud de los factores relacionados, la utilización de la expresión "tener en cuenta", que descarta una relación directa y automática entre los criterios relacionados en el precepto legal y el incremento concreto del salario mínimo interprofesional, así como la inexistencia de un criterio de jerarquización para la ponderación de los diferentes factores, pone de manifiesto que en la determinación del SMI hay un margen de apreciación que permite al Gobierno ponderar los diferentes factores.

Refuta la última alegación de la demanda que versa sobre la vulneración del artículo 23 de la Ley 50/1997, Ley del Gobierno. Las organizaciones recurrentes señalan que el artículo 23 de la Ley del Gobierno prevé que las disposiciones reglamentarias entren en vigor, como regla general, el día 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación, por lo que al prever sus efectos a partir del 1 de enero el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, estaría vulnerando el citado precepto.

Sin embargo y además de que la aplicación de ese precepto presupone que estemos ante un reglamento, hay que señalar que existen probadas razones de seguridad jurídica y racionalidad que justifican la fecha de entrada en vigor el 1 de enero de 2019.

Tal y como se recoge en la Memoria y en el preámbulo del Real Decreto, el objetivo de la norma es, por imperativo legal, establecer el salario mínimo que debe regir para el año 2019 (que comienza el 1 de enero y finaliza el 31 de diciembre) de acuerdo con lo establecido en el artículo 27.1 ET.

**TERCERO.-** *Superación de la doctrina manifestada en la STS 24 de julio de 1991 respecto a que la fijación del salario mínimo constituye acto no impugnabile y controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa.*

La primera cuestión a dejar clara es que la STS de 24 de julio de 1991, recurso ordinario 151/1987 que declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto por el sindicato UGT frente al Decreto 2642/1986, fijando el salario mínimo interprofesional para 1987 por constituir actividad política realizada por el Gobierno no impugnabile en su totalidad, se encuentra superada.

Ciertamente el resultado final es una opción política determinada del Gobierno que, generalmente, se hace por instrumento reglamentario pero, a veces, ha acontecido por R D Ley (el 3/2004 de 25 de junio). Mas, sin perjuicio de que la ausencia de acuerdo con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas no afecta a la validez del instrumento jurídico, en razón del alto grado de discrecionalidad



atribuido al Gobierno, si podría hacerlo la ausencia de las consultas exigidas por el art. 27 ET en consonancia con el Convenio nº 131 de la OIT.

Así este Tribunal ha enjuiciado el RD 1046/2013, salario mínimo interprofesional para 2014 en el recurso 187/2014 deducido por Eusko Langileen Alkartasuna y en el recurso 207/2014 la impugnación efectuada por la Confederación Intersindical Galega.

**CUARTO.-** *La legitimación de las asociaciones profesionales recurrentes.*

El máximo intérprete constitucional remarca que el derecho a la tutela judicial efectiva impone a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales ( STC 73/2004, de 22 de abril, FJ 3 STC 226/2006, de 17 de julio, FJ 2).

Ha dicho también que el principio "*pro actione*" no implica, en modo alguno, una relativización o devaluación de los presupuestos y requisitos procesales establecidos por las leyes, ni debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles ( STC 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4 y ATC 430/2004, de 12 de noviembre, FJ 4).

En el ámbito sindical el Tribunal Constitucional ha reiterado en su STC 358/2006, de 18 de diciembre, FJ 4 que "para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta con que éste acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de lo que hemos denominado "función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores" ( STC 101/1996, de 11 de junio, FJ 2). Debe existir, además un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado ( SSTC 7/2001, de 15 de enero, FJ 5; y 24/2001, de 29 de enero, FJ 5)".

Aquí estamos ante la impugnación de una disposición con fundamento en el Estatuto de los Trabajadores por sendas asociaciones de agricultores y ganaderos, esto es asociaciones empresariales del sector no industrial de un ámbito territorial limitado.

Si bien la limitación territorial podría desplegar efectos en el ámbito de la representatividad de los agricultores en asuntos públicos mediante su participación consultiva no lo hace a efectos de la impugnabilidad de la norma que lo ha sido, sin oposición alguna del Abogado del Estado, por varias empresas concernidas, como acontece con el recurso 67/2019 al que luego nos referiremos y al que hace mención la parte recurrente.

Se rechaza la falta de legitimación de las asociaciones recurrentes .

**QUINTO.-** *Los argumentos de fondo han sido examinados en el recurso 67/2019 fallado por STS de 7 de octubre de 2020 que reproducimos en aras a los principios de seguridad jurídica y unidad de doctrina:*

"PRIMERO.- OBJETO DEL RECURSO Y ARTÍCULO 27.1 DEL ET

1. Se impugna el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el SMI para 2019 y que implica respecto de la anualidad anterior un incremento del 22'3% al fijarlo en 30 euros al día o 900 euros al mes.

2. Esta disposición la dicta el Gobierno en ejecución de la potestad que le otorga el artículo 27.1 del ET, precepto que permanece inalterado en su contenido y numeración desde el primer texto de ET, esto es, la Ley 8/1980, de 10 de marzo. Su tenor es el siguiente:

" 1. El Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta:

" a) El índice de precios de consumo.

" b) La productividad media nacional alcanzada.

" c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.

" d) La coyuntura económica general.

" Igualmente se fijará una revisión semestral para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios citado.

" La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel" .

**SEGUNDO.-RECURRIBILIDAD DEL REAL DECRETO**



1. La Abogacía del Estado opone que se trata de una decisión política y si bien no plantea la inadmisibilidad del recurso jurisdiccional con invocación del artículo 69.a) o c) de la LJCA, sí dice que " *procedería inadmitir este recurso conforme a los artículos 1 y 2º a) de la LJCA* " y así lo pretende en el Suplico de su escrito de oposición a la demanda. A tal efecto precisa que no se impugna el Real Decreto en los aspectos en que sí sería revisable jurisdiccionalmente conforme al artículo 2.a) de la LJCA.

2. Tal alegato se desestima por las siguientes razones:

1º Porque, como luego se expondrá, ciertamente la fijación del SMI constituye una decisión de naturaleza de política, lo que apreció esta Sala antes de la vigente LJCA en sentencia de la Sección Primera de 24 de julio de 1991 (recurso contencioso-administrativo 151/1987) que limitó el enjuiciamiento a los aspectos procedimentales o de competencia. Y ya en otras sentencias también anteriores a la LJCA esta Sala sí ha enjuiciado el respectivo Real Decreto en cuanto a la afectación de derechos fundamentales, lo que sí permite el artículo 2.a) de la LJCA (cf. sentencias de 11 de octubre de 1983 y 286/1986 de 13 de mayo).

2º La citada sentencia de 24 de julio de 1991 resolvía un recurso en el que se impugnaba el SMI porque se alejaba del crecimiento real del coste de la vida, y esta Sala concluyó que no cabe pretender de los tribunales el control de la integración de los criterios legales que relaciona el artículo 27.1 del ET por su carácter político, al menos en sus efectos y significación: constituyen una manifestación del ejercicio de la función de dirección política que compete al Gobierno conforme al artículo 97 de la Constitución. De entre esos criterios, la sentencia se refirió en especial a "la coyuntura económica general" como paradigma de la naturaleza política de tal decisión.

3º Los ahora demandantes son conscientes del ámbito limitado de control jurisdiccional de ahí que aleguen, como infracción del procedimiento de elaboración, la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado. Y como cuestión propiamente sustantiva que, aunque lo rechacen, no atacan la cuantía del incremento ni pretenden de esta Sala que sustituya el porcentaje fijado por el Gobierno, sino que se ataca por voluntarista, arbitrario, basado en un acuerdo político sin más, luego se ha fijado sin atenerse a los criterios legales del artículo 27.1 del ET pues los datos referidos a esos criterios no justifican un incremento tan excepcional del 22'3%.

4º Precisados así los términos de la demanda, lo procedente es enjuiciar la legalidad del Real Decreto impugnado en esos dos aspectos: la exigencia del dictamen preceptivo del Consejo de Estado como elemento reglado, lo que lleva a determinar la naturaleza jurídica del Real Decreto y si en el ejercicio de la potestad que el artículo 27.1 del ET atribuye al Gobierno, éste la ha ejercitado prescindiendo de los criterios legales. Ambas cuestiones exigen precisar cuál es la naturaleza de dicha potestad a efectos de control jurisdiccional.

### **TERCERO.- NATURALEZA DEL REAL DECRETO QUE FIJA EL SMI**

1. Respecto de la naturaleza de los reales decretos que fijan el SMI y a los efectos de exigir el previo dictamen del Consejo de Estado, la parte demandante cita en conclusiones dos sentencias de esta Sala y Sección, ambas de 29 de octubre de 2015 (recursos contencioso-administrativos 187 y 207/2014) dictadas a propósito de la impugnación del Real Decreto que fijó el SMI para 2014. En ellas que se dijo lo siguiente:

*"...es una cuestión jurídica no controvertida su naturaleza de disposición general sujeta para su elaboración al artículo 24 de la Ley del Gobierno : así lo informó la Secretaría General Técnica y, obviamente, lo admite la Abogacía del Estado. Tal precisión no es baladí: el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores ordena al Gobierno que fije ese salario mínimo, para lo que podría haber dictado un reglamento de desarrollo de ese precepto de vigencia indefinida y, anualmente, mediante un acuerdo fijar su cuantía. No se ha hecho así y se dicta una disposición de vigencia anual que acumula ambos aspectos: el normativo o de desarrollo del artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores y el resolutivo que fija la cuantía del salario mínimo."*

2. En tales sentencias se precisaba que en esa norma concurren dos aspectos: uno puramente decisorio, resolutorio, con un contenido material propio de un acto, pero adoptado en un texto articulado y otro ya normativo, caracterización que confirma, por ejemplo, el artículo 4.2 del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, al referirse a estos reales decretos como "regulación" del SMI, por lo que se está formalmente ante una norma reglamentaria.

3. También en esas sentencias se dejaba constancia de que la Administración y la Abogacía del Estado admitieron esa naturaleza reglamentaria del Real Decreto allí impugnado. Ahora sin embargo la Abogacía del Estado lo rechaza, lo que contradice también la propia Administración autora del mismo que elaboró una MAIN conforme al Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, instrumento cuya lógica está en la elaboración de normas.

### **CUARTO.- POTESTAD DE FIJACIÓN DEL SMI**



1. La Sala reitera que la fijación del SMI tiene en sí un contenido decisorio o resolutorio que no es de naturaleza normativa, luego derivado de ese aspecto estos reales decretos anuales no son normas de desarrollo o ejecución del artículo 27.1 del ET, cuestión a la que se limita este recurso. Tal precepto apodera al Gobierno para que adopte una decisión: fijar el SMI, no para regular o reglamentar su régimen jurídico y tal verbo -fijar- que expresa la potestad atribuida al Gobierno se viene empleando desde la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (artículo 28) y por los artículos 27.1 de los distintos ET desde 1980.

2. En ese aspecto de mera fijación el artículo 27.1 del ET no acude a la colaboración de la potestad reglamentaria de la Administración para que, mediante una norma de tal naturaleza y rango, desarrolle o complete el régimen jurídico del SMI. Cosa distinta es que la Administración formalmente plasme su decisión en un artículo, y que al tiempo que ejerce dicha potestad de fijación del SMI regule aspectos ligados al alcance de su fijación, tal y como se deduce del articulado de los distintos reales decretos.

3. Cabe apuntar que en el ámbito de la técnica normativa no es infrecuente la acumulación en una norma de instrumentos de distinta naturaleza y, en su caso, rango. En este caso se está ante una decisión que en sí tiene carácter de acto y que se incorpora a un texto normativo. Y aun cuando no sea un supuesto por entero asimilable, cabe apuntar el de leyes parcialmente orgánicas que contienen determinaciones propias de leyes ordinarias y así expresamente se salva en sede de disposiciones finales o, en fin, es el caso de reglamentos que aúnan preceptos de diferente rango.

#### **QUINTO.- INEXIGIBILIDAD DE DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO**

1. Dicho lo anterior y a los efectos de lo ahora controvertido -la omisión del dictamen del Consejo de Estado- se desestima en este punto la demanda, ante todo porque la parte demandante ciñe su pretensión anulatoria exclusivamente al contenido decisorio de fijación anual del Real Decreto impugnado, que considera que constituye un reglamento ejecutivo, confundiendo la potestad reglamentaria o normativa con la atribución legal al Gobierno de la potestad ejecutiva de fijar el SMI.

2. Porque aun cuando pudiese plantearse si esa parte normativa es propia de un reglamento ejecutivo, sobre tal aspecto nada razona la demanda y, todo lo más, sostiene que el último inciso del párrafo primero del artículo 4 introduce como novedad respecto de los trabajadores eventuales o temporeros que "ahora abre la puerta al SMI valor hora" (sic), sin aclarar o concretar a qué se refiere ni en qué medida deduce un desarrollo del ET.

3. En fin, aun cuando no sea una razón determinante de la desestimación en este punto de la demanda, no deja de ser indicativo que en toda la serie histórica de decretos y reales decretos fijando el SMI nunca se haya interesado el dictamen del Consejo de Estado ni se le haya considerado preceptivo, ni tal omisión ha suscitado litigio alguno.

4. Por tanto, la consecuencia de no advertirse un contenido normativo en ese aspecto puramente decisorio, es que falla el presupuesto que avalaría la exigencia del dictamen preceptivo del Consejo de Estado previsto en el artículo 22. 2 y 3 de Ley Orgánica 3/1980.

#### **SEXTO.- ALCANCE DEL ENJUICIAMIENTO DE LA FIJACIÓN DEL SMI**

1. Desestimada en este punto la demanda, seguidamente ataca el Real Decreto respecto del porcentaje de incremento del SMI. Como se dijo antes a propósito del 2.a) de la LJCA, los demandantes insisten en que no atacan el *quantum* del incremento sino que sea fruto del voluntarismo político pues se fijó sin atender a los criterios del artículo 27.1 del ET para que fuese de 900 euros anuales: se fijó de forma apriorística en un acuerdo político firmado en octubre de 2018 entre el presidente del Gobierno y Unidas Podemos cuando los datos referidos a los criterios legales no estaban disponibles. En definitiva, es al elaborarse el Real Decreto cuando se ajustan tales criterios para que justifiquen el incremento, si bien los datos que ofrece la MAIN al respecto no apoyan un incremento excepcional del 22,3% en comparación con la serie histórica desde 2014 en la que los incrementos han ido del 0% al 8%.

2. Tal y como se razonó en cuanto a la impugnabilidad del Real Decreto, la decisión de fijar el SMI responde a una determinación que, en lo jurídico, es de naturaleza política, lo que no implica un acto por entero exento del control jurisdiccional; a lo dicho añádanse que el legislador puede definir mediante conceptos judicialmente asequibles unos límites o requisitos previos a los que deben sujetarse estos actos de dirección política, aspecto en el que los tribunales pueden enjuiciar eventuales extralimitaciones o incumplimientos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión.

3. De esta manera la fijación del SMI queda sujeta a los siguientes límites legalmente previstos:

1º Un límite competencial pues el órgano apoderado para su fijación es el Gobierno, lo que concreta el apoderamiento genérico ex artículo 5.1.k) de la Ley 50/1997.





- 2º Un límite temporal, pues el SMI se fija para un periodo anual y, en su caso, se prevé la revisión semestral.
- 3º Un límite procedimental, pues debe fijarse previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales y que sean las más representativas.
4. Junto a esos límites reglados, el artículo 27.1 del ET prevé para adoptar la decisión de fijar el SMI ciertas pautas que son los criterios del citado artículo 27.1 del ET.
5. A lo dicho hay que añadir -lo que abunda en su contenido político- que hay normas que informan la decisión del Gobierno. Así el mandato del artículo 35.1 de la Constitución para que los españoles perciban una "remuneración suficiente" se ha identificado con el SMI, por lo que tal mandato debe informar " *la actuación de los poderes públicos*" ( artículo 53.3 de la Constitución), lo que refuerza el artículo 3 del Convenio 131 de la OIT de 1970 o la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961.
6. Y junto a tales instrumentos añádase que en el ejercicio de la potestad de fijación del SMI pueden incidir criterios que no serán obligaciones jurídicamente exigibles, pero sí objetivos de política social atendibles: que el SMI equivalga al 50 o 60% del salario medio según las recomendaciones del Comité Europeo de Derechos Sociales y el Comité de Expertos Independientes encargados de elaborar los informes sobre el cumplimiento de la Carta.

#### **SÉPTIMO.- DESESTIMACIÓN DE LA DEMANDA EN CUANTO AL INCREMENTO**

1. De lo expuesto se deduce que el *quantum* de variación del SMI no es imperativamente la consecuencia o resultado necesario de una operación reglada o, como señala la Abogacía del Estado, no es el resultado de un cálculo matemático exacto del que se obtenga una cifra vinculante que traduzca numéricamente los criterios del artículo 27.1 del ET, en especial respecto de los tres primeros.
2. Tal idea se refuerza por el criterio del apartado d) del 27.1 referido a la "coyuntura económica", criterio inobjetivable, abierto a una valoración de oportunidad y que sirvió a la sentencia ya citada de 24 de julio de 1991 para reforzar la idea del carácter político del acto de fijación del SMI. Y tal idea se refuerza con el hecho procesalmente notorio de que la fijación anual del SMI va precedida de negociaciones, que no deben confundirse con las consultas formales previstas en el artículo 27.1 del ET.
3. Además el artículo 27.1 del ET no fija un orden de preferencia ni ha impedido que, por ejemplo, en anteriores ejercicios sólo se estuviese al primero (IPC), lo que puso de manifiesto el preámbulo del Real Decreto-ley 3/2004 para justificar en aquel caso un incremento significativo. Por otra parte que todos esos criterios se aprecien conjuntamente o globalmente es habitual: así lo dijo ya el primeros reales decretos dictados tras la promulgación del ET de 1980 (cf. el Real Decreto 1257/1980, de 6 de junio) hasta hoy día tal y como se deduce de la MAIN o del último publicado, el Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el SMI para 2020.
4. Por tanto, el "teniendo en cuenta" referido a los criterios del artículo 27.1 como pautas del juicio de pertinencia en la fijación del SMI lleva a una decisión prudencial por su alcance, pero de signo político en cuanto a la pertinencia y su acierto o desacierto, lo que tenga de criticable por exceso o defecto, será valorable política y no jurídicamente. Es más, cabe que conocidos los datos objetivos u objetivables o presumibles que arrojen los criterios del artículo 27.1 del ET, el Gobierno, ejerciendo su función de dirección política, opte por priorizar los mandatos y objetivos de política social deducibles del artículo 35.1 de la Constitución o los pactos internacionales o las recomendaciones antes citados.
5. Añádase ya a efectos dialécticos y aun siguiendo la lógica de la demanda, que en ella se cuestionan las consideraciones de la MAIN sobre los criterios del artículo 27.1 del ET, pero nada se prueba respecto de un posible error capaz de enviciar el juicio ponderativo de esos criterios. Y, en fin, tampoco se hace consideración alguna sobre ese juicio ponderativo y su relación con los objetivos de política social y económica que informa la decisión anual al fijar el SMI y a los que se ha hecho referencia.

#### **OCTAVO.- ENTRADA EN VIGOR Y EFICACIA DEL NUEVO SMI**

1. Finalmente se impugna el Real Decreto porque en su disposición final segunda se prevé que " *entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" y surtirá efectos durante el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2019, procediendo, en consecuencia, el abono del salario mínimo en el mismo establecido con efectos del 1 de enero de 2019*".
2. A juicio de los demandantes los efectos deberían ser a partir del 2 de enero por imponerlo el artículo 23.1 de la Ley 50/1997, que sería infringido, pues prevé que " *sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2.1 del Código Civil las disposiciones de entrada en vigor de las leyes o reglamentos, cuya aprobación o propuesta corresponda al Gobierno o a sus miembros, y que impongan nuevas obligaciones a las personas físicas o*



*jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional como consecuencia del ejercicio de ésta, preverán el comienzo de su vigencia el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación".*

3. Se desestima también en este punto la demanda por lo dicho en los anteriores Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto pues los demandantes aplican el artículo 23.1 de la Ley 50/1997, referida a la vigencia de las normas, al aspecto decisorio de la fijación de SMI al que otorga carácter normativo."

Lo anterior da cumplida respuesta a los argumentos de las Asociaciones recurrentes, aunque añadimos que la redacción del art. 27 contiene el mismo texto desde el 10 de marzo de 1980 pese a las más de treinta modificaciones operadas en el Estatuto de los Trabajadores desde su promulgación inicial, Ley 8/1980.

**SEXTO.-** *Las costas procesales.*

De conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA se hace imposición de costas a la parte demandante por rechazarse todas sus pretensiones.

Al amparo del artículo 139.3 de la LJCA las costas procesales, por todos los conceptos, no podrán exceder de 4.000 euros.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

**PRIMERO.-** Se rechaza la causa de inadmisibilidad alegada por la Abogacía del Estado. Y en cuanto al fondo se desestima el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la representación procesal de Federación de Asociaciones Agrarias-Jóvenes Agricultores de Andalucía, ASAJA-ANDALUCÍA y ASAJA-SEVILLA, contra el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019, debemos declarar y declaramos que es conforme a Derecho, confirmándolo.

**SEGUNDO.-** En cuanto a las costas estése al último Fundamento de Derecho de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.