

Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2020 (rec. 67/2019)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.268/2020

Fecha de sentencia: 07/10/2020

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

Número del procedimiento: 67/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Procedencia: MIN. DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

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

Transcrito por: RSG

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 67/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1268/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 7 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo 67/2019 interpuesto por el procurador don Santiago Rodríguez Jiménez en nombre y representación de las entidades ERILLA FRUIT, S.L., AGROBIONEST, S.L., AGRO JABONERO S.L., y SAT COSTALUZ; contra el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional (en adelante, SMI) para 2019. Ha comparecido como parte recurrida la Administración del Estado, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Santiago Rodríguez Jiménez en nombre y representación de las entidades ERILLA FRUIT, S.L., AGROBIONEST, S.L., AGRO JABONERO S.L., y SAT COSTALUZ, interpuso el 1 de marzo de 2019 ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional (en adelante, SMI) para 2019, por entender que no se ajusta a derecho.

SEGUNDO.- Presentado, admitido a trámite el presente recurso jurisdiccional y anunciado en los Diarios Oficiales, se reclamó el expediente administrativo y recibido, se confirió traslado del mismo a la demandante para que en el plazo legal formulase demanda, lo que hizo el 8 de octubre de 2019.

TERCERO.- La parte demandante basa su demanda, en síntesis, en los siguientes razonamientos:

1º El Real decreto impugnado es una disposición general por ser de aplicación a todo el territorio nacional y se dicta conforme al *artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno* (en adelante, Ley 50/1997), siendo su naturaleza la de reglamento ejecutivo.

2º Es nulo de pleno derecho a los efectos del *artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (en adelante, Ley 39/2015), por haberse omitido el dictamen preceptivo del Consejo de Estado exigido por el *artículo 22.2 y 3 Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de estado* (en adelante, Ley Orgánica 3/1980) y en relación con el *artículo 26.7 de la Ley 50/1997*. Tal intervención consultiva es exigible por razones de garantía, de ponderación, freno y reflexión.

3º Es un reglamento ejecutivo porque desarrolla el *artículo 27.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* (en adelante, *ET*) aprobado por *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, lo que relaciona con el artículo 4* del Convenio 131 OIT suscrito por España el 30 de noviembre de 1971.

4º El incremento que prevé el Real Decreto impugnado es el mayor de la serie histórica de incrementos, implica casi un 300% lo reconoce la disposición transitoria única, lo que justifica la exigencia del dictamen del Consejo de Estado frente a desviaciones injustificadas y como freno a decisiones arbitrarias y excepcionales.

5º El *artículo 27.1 del ET* fija unos criterios que suponen un mandato legal nítido y no admite dudas interpretativas de ningún tipo, y el Real Decreto impugnado hace referencia formal a ellos pero los ignora. Por otra parte los datos que ofrece la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (en adelante, MAIN) integra tales criterios, pese a lo cual el incremento es del 22'3%.

6º Expone la serie histórica de los últimos cinco años del SMI con base en los datos del INE de lo que deduce una valoración media de los parámetros del *artículo 27.1 del ET* y los relaciona con el incremento SMI: así en 2014 el valor medio fue de 8,37 y el no se incrementó el SMI; en 2015 el valor medio fue 8,74 y el incremento del SMI fue de 0,5% y en 2017 el valor medio fue de 7,50 y el incremento del SMI fue del 8%. En cambio, en 2018 el valor medio fue de 17,17 y la subida del SMI fue de 22,3%.

7º De lo dicho deduce que el Real Decreto se extralimita en la habilitación legal pues desarrolla el *ET en forma no prevista y contraria al artículo 27.1*, incurre en un *ultra vires*, conculca el principio de jerarquía normativa luego por esto es también nulo conforme al *artículo 47.2 de la Ley 39/2015*. Tal apreciación se confirma con las alegaciones de UGT que proponía la reforma del *artículo 27.1 del ET*.

8º Con base en lo expuesto alega también la infracción del *artículo 9.3 de la Constitución* por incurrir en arbitrariedad, a lo que añade que la comparación del SMI respecto a otros países europeos en la MAIN nada avala, se hace breve, vaga y genéricamente sin comparar a España con países de la UE en cuanto productividad, renta per cápita o coyuntura económica general.

9º Expone que el Real Decreto impugnado trae su causa del Acuerdo de 11 de octubre de 2018 político entre el presidente del Gobierno y Unidas Podemos, en el que se pactó la elevación del SMI a 900 euros al mes, 164 euros más al mes que en 2018, luego primero se pacta políticamente el incremento y luego se fija un porcentaje sin fundamento.

10º Finalmente alega que se vulnera el *artículo 23 de la Ley 50/1997* pues en la disposición final segunda se prevé que el Real Decreto entraría en vigor el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado, con efectos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2019 y el abono con efectos del 1 de enero de 2019. Sin embargo el *artículo 23 de la Ley 50/1997* prevé que aquellas disposiciones que impongan nuevas obligaciones preverán el comienzo de su vigencia el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación.

CUARTO.- Según lo expuesto anteriormente es pretensión de la actora que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de pleno derecho del Real Decreto

1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 9 de octubre de 2019 se acordó conferir a las partes comparecidas como demandadas el plazo de veinte días para contestar a la demanda, lo que efectuó la Abogacía del Estado en escrito de 11 de noviembre de 2019 solicitando la desestimación del recurso interpuesto con los demás pronunciamientos legales con base en estos alegatos expuestos en síntesis:

1º La fijación del SMI es una actividad de dirección política conforme a la *sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1991*, excluida de control jurisdiccional en virtud del *artículo 2. a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) sin que en el caso de autos se plantee su impugnación respecto de los aspectos en que sí es controlable. En concreto, respecto de los elementos reglados cabe su impugnación atendiendo a los previstos en las normas específicas reguladoras, no de otras normas generales.

2º Por razón de lo dicho no es exigible el informe del Consejo de Estado pues como elemento reglado del control no lo exige el *artículo 27.1 del ET*. Niega así la naturaleza reglamentaria del Real Decreto impugnado al tratarse de una resolución aplicativa del ordenamiento interno e internacional con vigencia temporal. No innova el ordenamiento jurídico y se limita a la fijación anual ordenada por *artículo 27.1 del ET*.

3º La presunta innovación señalada por la demanda respecto de trabajadores eventuales o temporeros ("último inciso del *párrafo primero del artículo 4 del Real Decreto 1461/2018, de 21 de diciembre* ") se trata de un artículo idéntico al del año anterior (y precedentes) y carece de sentido informar sobre un contenido inalterado durante años. Tampoco el "carácter excepcional de la subida" exige la intervención reflexiva y garantista del Consejo de Estado al tratarse de un acto de oportunidad política, discrecional, mas no arbitrario.

4º En cuanto a que el Real Decreto impugnado incumple los parámetros del *artículo 27.1 ET*, se remite a la *sentencia del Tribunal Constitucional 31/1984*, que sostuvo que se trataba de la intervención coactiva en las relaciones laborales justificada por la protección de un interés que se estima digno y necesitado de la atención del Estado, de manera que los *artículos 1 y 9.2 habilitan al Estado para fijar unos "suelos" a los salarios. Además el artículo 27.1 del ET se relaciona con el artículo 35.1 de la Constitución* de forma que el SMI es la garantía de una retribución suficiente. Por tanto, la nueva cuantía resulta de considerar conjuntamente todos los factores del artículo 27.1 y que contribuya al derecho constitucional de remuneración suficiente. A tal efecto se remite al Convenio 131 de la OIT, al parecer del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, del Comité de Expertos sobre la Carta Social Europea del Consejo de Europa y del Comité Europeo de Derechos Sociales según los cuales el SMI debe estar en el 50 o 60% salario medio neto.

5º Sostiene que el procedimiento de fijación o la metodología empleada no responde a una operación matemática sino de valoración global del conjunto de indicadores, algunos bien delimitados como el IPC o la participación de la remuneración de los trabajadores en la renta nacional y otros no tan cuantificables como es la valoración de la situación económica.

6º Por último respecto de los efectos temporales del nuevo SMI, los alegatos

de la demandante presuponen que estemos ante un reglamento y añade que tales efectos se rigen por lo previsto en el *artículo 27.1 del ET* no por la legislación general. Por tanto, se justifica el 1 de enero de 2019 porque así lo exige *artículo 27.1 de ET* y es coherente con el Real Decreto 1077/2017, de 29 de diciembre que fijó el SMI para 2018 hasta 31 diciembre 2018.

SEXTO.- Por auto de 19 de noviembre de 2019 se acordó el recibimiento del pleito a prueba, se admitió la prueba declarada pertinente y se abrió el trámite de conclusiones, con el resultado que consta en autos.

SÉPTIMO.- Declaradas concluidas las actuaciones, mediante providencia de 23 de julio de 2020 se designó Magistrado ponente y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 15 de septiembre de 2020, fecha en que tuvo lugar el acto, y el 28 de septiembre siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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 atenderse 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 imponerlos 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.

NOVENO.- COSTAS

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

2. Al amparo del *artículo 139.3 de la LJCA* las costas procesales, por todos los conceptos, no podrán exceder de 4000 euros.

FALLO

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

PRIMERO.- Que con rechazo de la causa de inadmisibilidad alegada por la Abogacía del Estado, en cuanto al fondo se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de **ERILLA FRUIT, S.L., AGROBIONEST, S.L., AGRO JABONERO S.L., y SAT COSTALUZ** 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.- Se hace imposición de las costas en la forma expuesta en el último Fundamento de Derecho de esta sentencia.

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

Así se acuerda y firma.