

### Control judicial a la excepcional subida del Salario Mínimo Interprofesional para 2019.

**Antonio V. Sempere Navarro**

*Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)*

**Resumen:** *El salario mínimo interprofesional para el año 2019 experimentó una subida del 22,30 %, lo que generó alguna queja empresarial. La sentencia comentada examina la facultad ejercida por el Gobierno, mediante Real Decreto, y considera que fue válido pese a que no haya intervenido el Consejo de Estado o se abandone la técnica precedente.*

**Palabras clave:** *Salario Mínimo Interprofesional. Potestad reglamentaria en materia laboral. SMI. Real Decreto 1462/2018.*

**Abstract:** *The minimum interprofessional wage for the year 2019 experienced a rise of 22.30%, which generated some business complaints. The commented judgment examines the power exercised by the Government, by Royal Decree, and considers that it was valid despite the fact that the Consejo de Estado has not intervened.*

**Keywords:** *Minimum Interprofessional Salary. Regulatory power in labor matters. SMI. Royal Decree 1462/2018.*

---

#### I. Introducción

Son muchos los interrogantes que suscita el salario mínimo interprofesional (SMI) en los últimos tiempos.

¿Puede congelarse? ¿Es posible aprobarlo con la oposición sindical? ¿No es obligatorio aumentar el SMI en función del IPC previsto? ¿Sirve al objetivo de revitalizar la economía? ¿Quedan al margen las retribuciones en especie? ¿Cómo influye en las finanzas de la Seguridad Social? ¿Se aplica a los empleados domésticos? ¿Obliga a los contratos para la formación o en prácticas? ¿Convendría excepcionar su virtualidad para las contrataciones de colectivos marginados? ¿Tiene sentido equiparar la “previa consulta” que el Gobierno ha de realizar con las organizaciones patronales y sindicales más representativas a una emisión de informe, a veces sin apenas plazo? ¿Su cuantía le permite cumplir las funciones constitucional y legalmente atribuidas?

En el BOE de 27 de diciembre de 2018 apareció publicado el RD 1462/2018 mediante el que se aprueba el salario mínimo interprofesional (SMI) para 2019, cuya cuantía supuso un incremento del 22,3 % respecto de las vigentes en el año anterior. Varias sociedades mercantiles del sector agroalimentario interponen recurso contencioso-administrativo frente al mismo, interesando su nulidad.

Con ese trasfondo la STS-CONT 1268/2020 repasa la naturaleza del propio SMI y de la facultad que la Ley confiere al Gobierno. Recordemos que el principio autonomista (negociación colectiva y acuerdos individuales) preside toda la ordenación salarial. Sin embargo, no existe una total libertad a la hora de cuantificar los salarios. Diversos mandatos constitucionales en pos de la justicia e igualdad (art. 1.1 CE), de la integración social (art. 9.2 CE) o de la existencia de una remuneración suficiente (art. 35.1) piden que haya cierta actuación de los poderes públicos. En el mismo sentido, varias normas internacionales preconizan “un sistema de salarios mínimos” (cfr. Convenios OIT 26, 99 y 131), que garantizan la percepción de cierto importe retributivo (a veces identificado como “suelo”, a veces como “techo”) para todo trabajador, afectado o no por convenio colectivo; igualmente, la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales se refiere a una “remuneración justa y suficiente”<sup>[1]</sup>.

## II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** Sentencia.

**Órgano judicial:** Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 1268/2020, de 7 octubre.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** Recurso contencioso-administrativo núm. 67/2019.

**ECLI:ES:TS:2020:3031.**

**Fuente:** CENDOJ.

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

**Votos Particulares:** carece.

## III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Estamos ante una impugnación directa del Real Decreto aprobando el SMI para el año 2019, básicamente por haber aplicado una importantísima subida sin rigor y prescindiendo de la intervención del Consejo de Estado. Por cuanto ahora interesa, hay que destacar cuatro aspectos que pone de relieve el propio Preámbulo de la norma:

- El RD ha sido consultado a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.
- Las cuantías son el resultado de tomar en consideración de forma conjunta todos los factores contemplados en el artículo 27.1 ET.
- Se persigue prevenir la pobreza en el trabajo y fomentar un crecimiento salarial general más dinámico<sup>[2]</sup>.
- También quiere coadyuvar a la creación de empleo, combatir la desigualdad salarial y ayudar a promover un crecimiento económico sostenido, sostenible e inclusivo<sup>[3]</sup>.

## IV. Posición de las partes

Las demandantes pretenden la nulidad del Real Decreto por haberse omitido el preceptivo dictamen del Consejo de Estado y por fijar una subida voluntarista, arbitraria, basada en un acuerdo político. Las tesis sostenidas por demandantes y Abogacía del Estado son diametralmente opuestas, hasta el extremo de que pueden exponerse mediante la siguiente tabla sintética:

<b>Argumentos de las demandantes</b>	<b>Oposición de la Abogacía del Estado</b>
--------------------------------------	--

Estamos ante un reglamento ejecutivo, que desarrolla las previsiones del art. 27.1 ET y cumple las exigencias del Convenio 131 OIT.	Estamos ante actividad de dirección política, excluida de control jurisdiccional (art. 2.a LRJCA), salvo en aspectos reglados.
Hay nulidad de pleno Derecho, conforme al art. 47.2 de la Ley 39/2015, por ausencia del Dictamen preceptivo del Consejo de Estado (art. 22 LO 3/1980), exigible por razones de garantía, de ponderación, freno y reflexión.	No es exigible el informe del Consejo de Estado. Estamos ante 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.
El incremento de SMI se aparta de la secuencia histórica y comporta una decisión arbitraria y excepcional.	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.
El artículo 27.1 del ET fija unos criterios que han sido ignorados, pese a su formal invocación.	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.
Hay extralimitación en la habilitación legal; el RD discurre en forma no prevista y contraria al art. 27.1 ET. Incurrir en un ultra vires y conculca el principio de jerarquía normativa.	Cumple los parámetros del artículo 27.1 ET, pues el art. 35.1 CE exige que se garantice retribución suficiente. También lo piden el 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.
Se infringe el art. 9.3 CE por incurrir en arbitrariedad. La Memoria Económica no justifica la subida experimentada.	La justificación del Preámbulo es suficiente.
Primero se pacta políticamente el contenido (Acuerdo de 11 de octubre de 2018 político entre el presidente del Gobierno y Unidas Podemos) y luego se fija un porcentaje sin fundamento.	Estamos ante decisión de corte político, dentro de los parámetros constitucionales y legales.
Vulnera el art. 23 de la Ley 50/1997, conforme al cual 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.	No estamos ante un reglamento, por lo que sus efectos temporales se ajustan al art. 27.1 ET y concordantes y no a la legislación general.

## **V. Normativa aplicable al caso**

El artículo 27 ET (“Salario mínimo interprofesional”) posee una redacción inalterada desde que fuera promulgado en 1980 y que reza así:

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.

2. El salario mínimo interprofesional, en su cuantía, es inembargable.

## **VI. Doctrina básica**

### *1. Alcance del control jurisdiccional*

La fijación del SMI constituye una decisión de naturaleza de política, por lo que viene entendiéndose que el control jurisdiccional solo es posible en aspectos procedimentales o de competencia<sup>[4]</sup>, además de ellos referidos a la eventual vulneración de derechos fundamentales<sup>[5]</sup>.

### *2. Naturaleza del Real Decreto que fija el SMI*

El art. 27 ET 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 de la Ley y el resolutivo que fija la cuantía del salario mínimo<sup>[6]</sup>. 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.

### *3. La facultad del Gobierno*

El Real Decreto no es una norma de desarrollo o ejecución del art. 27.1 ET, que faculta al Gobierno para que decida cuál es el SMI, no para regular o reglamentar su régimen jurídico. La expresión normativa (“fijará”) expresa la potestad atribuida al Gobierno desde la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (artículo 28). La Ley 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.

### *4. Inexigibilidad del Dictamen del Consejo de Estado*

El artículo 22 de la LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado prescribe la consulta a su Comisión Permanente en los casos de “Disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o

acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo”, así como en los de “Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones”.

El Real Decreto impugnado no fue sometido al Consejo de Estado, como tampoco sus antecesores. Aunque la STS-CONT 1268/2020 deja en el aire si debiera hacerse, considera que las partes controvertidas del mismo (cuantía y vigencia temporal del SMI) se subsumen en la faceta decisoria y no en el reglamentaria, por lo que quedarían fuera de la exigencia.

#### *5. El voluntarismo político*

La sentencia sale al paso del argumento respecto de que el RD obedece a un previo Acuerdo y eso lo invalida, porque, precisamente, la fijación del SMI responde a una determinación de naturaleza política y exenta del control jurisdiccional.

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, pero aquí no se han superado. 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<sup>[7]</sup>.

#### *6. Los parámetros para su cuantificación.*

La variación del SMI no es imperativamente la consecuencia o resultado necesario de una operación reglada. 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.

Tal idea se refuerza por el criterio del apartado d) del 27.1 referido a la “coyuntura económica”, criterio abierto a una valoración de oportunidad y que se refuerza con la existencia de previas negociaciones (además de las consultas formales previstas en el artículo 27.1 del ET).

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 ET, el Gobierno, ejerciendo su función de dirección política, opte por priorizar los mandatos y objetivos de política social deducibles del artículo 35.1 CE o los pactos internacionales.

#### *7. Vigencia*

Casi anecdótica es la pretensión de que el nuevo SMI entrase en vigor el 2 de enero, por imponerlo el artículo 23.1 de la Ley 50/1997, del Gobierno<sup>[8]</sup>. Se trata de línea argumental que no puede prosperar porque afecta a la faceta dispositiva del Real Decreto y no a la normativa.

### **VII. Parte dispositiva**

En su parte dispositiva, la sentencia rechaza de la causa de inadmisibilidad alegada por la Abogacía del Estado.

En cuanto al fondo, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de las cuatro mercantiles demandantes contra el Real Decreto

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

Al cabo, la sentencia declara que el Real Decreto impugnado “es conforme a Derecho, confirmándolo”<sup>[9]</sup>.

### **VIII. Pasajes decisivos**

De la argumentación que desarrolla la sentencia comentada vale la pena entresacar dos pasajes en los que se condensa el enfoque del caso:

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.

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.

### **IX. Comentario**

#### *1. Evolución*

Desde que el Decreto 55/1963, de 17 de enero, introdujera la figura de los salarios mínimos, con unos u otros retoques, nuestro ordenamiento la ha mantenido y actualizado periódicamente en lo relativo a su cuantía, a la vez que aumentaba su valor como referencia. Así, junto a la primaria función de indicar un nivel mínimo de ingresos garantizado para todos los trabajadores, la cuantía del SMI (u otro importe obtenido a partir de aquélla) se tomaba como base para distintos cálculos en ámbitos como la Seguridad Social o -más genéricamente- la protección social, impuestos, actuaciones jurisdiccionales y asistencia jurídica gratuita, becas de estudios, estadísticas, responsabilidad del FOGASA, protección de los créditos salariales, embargabilidad de rentas, acceso a viviendas de protección, etc.

Esa multivalencia del SMI pervivió hasta que el RD Ley 3/2004, de 25 junio, optó por “recuperar su función estrictamente laboral y desvincularlo de otros efectos”; como necesario complemento de ello, y para que pueda utilizarse como referencia del nivel de renta a fin de determinar ciertas prestaciones o para ver si existe el derecho a la obtención de las mismas o de ciertos beneficios o servicios públicos, desempeñando la misma función que antaño el SMI, se creó el IPREM (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples), anualmente cuantificado en la LPGE.

#### *2. Competencia gubernamental*

La competencia para cuantificar el SMI se residencia en el Gobierno. “*El Gobierno fijará el salario mínimo interprofesional*”, dispone literalmente el artículo 27.1 ET, que nos sitúa ante un supuesto típico de normación en cascada, puesto que: 1º) El artículo 35 de la Constitución consagra el derecho de todos los españoles a “una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”; 2º) El legislador marca unos parámetros para proceder a la concreta cuantificación de las retribuciones devengadas por cada trabajador; 3º) El Gobierno, de forma periódica, aprueba la norma reglamentaria que fija realmente los salarios mínimos.

A la postre, Constitución, Ley y Real Decreto se articulan e interaccionan; por descontado, lo normal es que, todavía, los pactos colectivos o individuales procedan a mejorar las cuantías de referencia para su concreto ámbito aplicativo, pero ya estamos entonces ante los salarios profesionales y no ante una referencia de ámbito estatal. Incluso durante años en que se mantuvo congelado, la verdad es que el Gobierno

actuaba dando cumplimiento, al menos formal, a lo querido por la Ley: no se limitaba a prorrogar la norma preexistente, a modificarla para ampliar su vigencia o a aprobar un nuevo Real Decreto que se remitiera a su contenido, sino que fijaba la cuantía para cada año, de manera expresa y frontal<sup>[10]</sup>.

### 3. El papel de los sindicatos y patronales

Dispone la Ley que con los agentes sociales (“*con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas*”) debe haber “*previa consulta*”, lo que impide -en términos jurídicos- el cuestionamiento de las decisiones por el hecho de que no hayan sido realmente negociadas o acordadas. No obstante, de forma significativa, el Convenio nº 131 de la OIT pide que “se consulte exhaustivamente”, sin duda para apuntar al *desideratum* que es la norma de contenido consensuado; el RD correspondiente viene dictándose en los últimos años, según manifiesta su propio preámbulo, “efectuadas las consultas previas con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas”, fórmula a veces cambiada por otra similar.

Sería exagerado afirmar que la Ley reglamenta el procedimiento a seguir para la fijación del SMI, pues más bien se limita a exigir este trámite de consulta y a indicar algunos parámetros a tomar en cuenta. Respondiendo a uno de los interrogantes habituales debe decirse que la ausencia de acuerdo con los agentes sociales no enerva la validez del RD 1106/2014.

### 4. Discrecionalidad gubernamental

El margen de maniobra del Gobierno es elevadísimo puesto que los diversos elementos que se mencionan por la Ley han de tenerse “*en cuenta*”. No hay, por tanto, predeterminación ni, mucho menos, automatismo; por ejemplo: un elevado IPC puede justificar tanto el considerable aumento del SMI para contrarrestar sus efectos perniciosos en el poder adquisitivo cuanto una contención salarial para embridar la inflación; un moderado crecimiento del coste de la vida puede dar pie tanto a una leve subida salarial cuanto a que se aproveche la coyuntura para ampliar su poder adquisitivo.

Haber realizado la consulta a los agentes sociales y disponer de elevadas dosis de discrecionalidad llevan a que el tenor del Reglamento comentado difícilmente pueda impugnarse. La sentencia glosada es constatación de todo ello.

### 5. Olvido del salario familiar

El artículo 35 CE se alinea con las modernas tendencias, que abandonan la idea de un salario de supervivencia para postular una retribución que alcance la suficiencia, pero la verdad es que ni en el art. 27 ET, ni en el RD 1106/2014 se percibe consecuencia práctica alguna de tal orientación. Con acierto, tanto el art. 27.1 ET cuanto su desarrollo se olvidan de la fórmula constitucional sobre salario que satisfaga las necesidades del trabajador “y las de su familia” (art. 35.1 CE) y prescinden por completo de cuáles sean las cargas familiares efectivamente soportadas; con acierto, claro está, por cuanto que un más elevado salario a quien las posee superiores convertiría -desde la óptica de los costes económicos- en *indeseable* o *perniciosa* su contratación. La perseguida protección económica de la familia (art. 39.1 CE) ha de instrumentarse a través de otros caminos, incluidos, desde luego, los de la Seguridad Social (art. 41 CE) o el sistema tributario (art. 31 CE).

### 6. Parámetros para su fijación

Los factores a ponderar en la fijación del SMI son muy genéricos y permiten dar cobertura a otros tales como el nivel general de las rentas laborales en el país, las prestaciones de Seguridad Social o la conveniencia de alcanzar y mantener un elevado nivel de empleo (art. 3 Conv. 131 OIT). La doctrina se afana por explicar qué significa “el índice de precios al consumo”, “la productividad media nacional alcanzada” o “el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional”, conceptos

mencionados por el art. 27 para indicar los parámetros a tener en cuenta a la hora de fijar el SMI. Sin embargo, la verdad es que al final de la propia norma aparece un concepto tan ambivalente como el de “la coyuntura económica general” y no queda más remedio que rendirse a la evidencia de que el Gobierno cuenta con una amplísima discrecionalidad a la hora de responder al encargo de la Ley. Al menos mientras no se lleve a cabo “la reforma del artículo 27 [...] para asentar sobre nuevas bases la determinación anual del SMI por el Gobierno”, que el RD Ley 3/2004 prometió y que sigue pendiente.

No hay en la Ley exigencia alguna de que la cuantía del SMI aumente en función del IPC previsto, sino solo de que se tome en consideración ese dato; bien examinado, ni siquiera hay necesidad de que la cifra retributiva sea superior a la del año precedente, siempre entendiendo respetadas las exigencias constitucionales e internacionales. Reitérese la imposibilidad de pretender una revisión automática del SMI, o una fijación judicial, previa valoración de los factores legalmente enumerados: tal facultad corresponde en exclusiva al Gobierno<sup>[11]</sup>.

### 7. Fijación anual y revisión semestral

Para mantener su propia eficacia el SMI ha de ajustarse “de tiempo en tiempo” (art. 4.1 Conv. OIT núm. 131). De aquí que el artículo 27 ET exija actuar “*anualmente*”, lo que viene a cumplimentarse mediante un Real Decreto aprobado a finales del año precedente o a principios del correspondiente, siempre por referencia al año natural. Prescribe el ET que “*se fijará una revisión semestral para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios citado*”. Parece que el tenor de la norma (de redacción inalterada desde 1980) quería que la revisión operase de modo automático o, al menos, que fuere comprometida en el acto de la fijación para todo el año<sup>[12]</sup>.

La práctica vino contradiciendo esa impresión y convirtió el precepto en una autorización para revisar más que en un mandato; autorización, por lo demás, que permaneció en estado virginal hasta mediados de 2004 (aprobación del RD Ley 3/2004) pues lo que en realidad vino haciéndose era partir del salario mínimo preexistente y aumentarlo en función de la evolución prevista para el IPC del año siguiente; en ocasiones, la desviación experimentada en el ejercicio anterior se recuperaba en todo o parte<sup>[13]</sup>.

### 8. Compensación y absorción

“*La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando éstos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquél*”. La regla prescribiendo el respeto a los salarios previos particulariza la más general del art. 26.5 ET. En todo caso, persigue la clarificación acerca de cuándo un nuevo SMI afectará a un concreto trabajador<sup>[14]</sup>.

La previsión enlaza también con el carácter *mínimo* de esta institución, que en su propia rúbrica incorpora esa cualidad, generalmente expresada en la locución de “Derecho necesario relativo”: las disposiciones del RD sobre SMI pueden desplazarse por otras, pero sólo en la medida en que resulten superadas en beneficio del trabajador, por otras más beneficiosas; se puede establecer una cuantía superior, pero no una inferior. Por su lado, el artículo 3º del RD cuestionado desarrolla esta regla en los términos habituales:

- La revisión del salario mínimo interprofesional establecida en este real decreto no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales que viniesen percibiendo los trabajadores cuando tales salarios en su conjunto y en cómputo anual fuesen superiores a dicho salario mínimo.
- A tales efectos, el salario mínimo en cómputo anual que se tomará como término de comparación será el resultado de adicionar al salario mínimo

fijado en el artículo 1 de este real decreto los devengos a que se refiere el artículo 2, sin que en ningún caso pueda considerarse una cuantía anual inferior a 12.600 euros.

- Estas percepciones son compensables con los ingresos que por todos los conceptos viniesen percibiendo los trabajadores en cómputo anual y jornada completa con arreglo a normas legales o convencionales, laudos arbitrales y contratos individuales de trabajo en vigor en la fecha de promulgación de este real decreto.
- Las normas legales o convencionales y los laudos arbitrales que se encuentren en vigor en la fecha de promulgación de este real decreto subsistirán en sus propios términos, sin más modificación que la que fuese necesaria para asegurar la percepción de las cantidades en cómputo anual que resulten de la aplicación del apartado 1 de este artículo, debiendo, en consecuencia, ser incrementados los salarios profesionales inferiores al indicado total anual en la cuantía necesaria para equipararse a este.

#### *9. Escalas salariales por edad u otros factores*

El SMI no puede albergar cuantías diferenciadas en función de factores que produzcan discriminación. Sin embargo hasta el año 1998 vino fijándose un salario para menores de 18 años que era inferior al general; tal previsión es legítima siempre que el dato de la edad se complementa con otros que lo justifiquen<sup>[15]</sup>.

La segunda mitad de los años noventa permitió asistir al progresivo acercamiento de los salarios en función de la edad, quizá por la “mala conciencia” acerca de la (ausencia de) solución brindada al problema apuntado; por fin, a partir del RD 2015/1997 se establece un SMI de cuantía única para cada uno de los colectivos laborales afectados y con total independencia de la edad que posea el trabajador, con la lógica incidencia sobre los contratos formativos. El RD impugnado establece “el salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni de edad de los trabajadores”.

#### *10. Retribuciones inferiores al SMI*

La posibilidad [art. 11.2.f) ET de 1995] de que los aprendices percibiesen retribuciones por debajo del SMI ha de enjuiciarse en función de parámetros similares a los que han permitido salvar la constitucionalidad de niveles inferiores para los trabajadores de menos edad. Idéntica insatisfacción con la fórmula jurídica a la antes reseñada condujo a que, a partir del RDL 8/1997 no sólo se eliminase el contrato de aprendizaje, sino también a que en el actual contrato para la formación y el aprendizaje quede garantizada, al menos, la percepción de retribuciones equivalentes al SMI. El vigente art. 11.2.g) ET garantiza retribuciones equivalentes al SMI que, según queda explicado, ya prescinde de la escala por edades; resultado último es que ningún trabajador puede percibir retribuciones inferiores a la mínima interprofesional, convertida -por fin- en auténtico suelo económico de carácter universal<sup>[16]</sup>.

Concordante con ello es que la remuneración se fije tanto para los trabajadores fijos como para los eventuales o temporeros, así como para los empleados de hogar.

#### *11. Carácter estatal*

Bien que sea discutible la indicación de una cuantía única como umbral de remuneración suficiente, abstracción hecha de la zona geográfica (rica o deprimida) y hábitat (gran capital o núcleo rural) en el que se viva, lo cierto es que, igual que sus precedentes, el RD 1888/2011 opta por la técnica de la generalización; por descontado, las Comunidades Autónomas (art. 149.1.7ª CE) carecen de competencia para *regionalizar* el SMI y establecer magnitudes diversas.

Complementariamente, puede añadirse que el vigente artículo 153.5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea deja el tema de “las remuneraciones” al margen de las atribuciones comunitarias, conservando celosamente los Estados la competencia sobre el particular; en suma, la idea de un SMI europeo no aparece en el horizonte.

## 12. Retribución en especie

Conforme al artículo 26.1 ET las percepciones salariales pueden satisfacerse «*en dinero o en especie*». Como regla general el pago ha de efectuarse «*en dinero*», lo que significa, salvo pacto, «*exclusivamente en moneda de curso legal*» (art. 3.1 Conv. núm. 95 OIT; art. 1170 CC), con independencia de que se entregue en numerario, cheque o transferencia (cfr. art. 29.4 ET). Ello es independiente de que las normas sobre control del fraude fiscal impidan el abono de remuneraciones en metálico cuando superan determinada cuantía.

El pago *en especie*, esto es, no realizado del modo antes referido, ha sido tradicionalmente mirado con desconfianza (no sin razón) por el ordenamiento jurídico, de modo que sólo debiera admitirse «*en las industrias u ocupaciones en que esta forma de pago sea de uso corriente o conveniente*» (art. 4.1 Conv. núm. 95 OIT). Una reminiscencia de esa animadversión hacia sistemas de trueque y de desvalorización de las retribuciones devengadas es la cautela de que «*en ningún caso el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador*» (art. 26.1.II ET), siendo razonable pensar que el tope juega en cómputo anual.

Las prestaciones en especie han de resultar apropiadas y útiles para el trabajador y/o sus familiares [art. 4.2.a) Conv. núm. 95 OIT], lo que posee especial relevancia si pensamos en que la empresa agraria facilite vivienda al trabajador y a sus hijos o menores acogidos; ello, al margen de la necesidad de atender a las circunstancias concretas para poder examinar si se cumplen, o no, estas genéricas exigencias.

El valor de las especies satisfechas al trabajador ha de ser «*justo y razonable*» [art. 4.2.b Conv. núm. 95 OIT]. Nótese la diferencia con el salario en metálico: respecto del mismo opera el suelo del SMI y las previsiones del convenio colectivo, sin que jurídicamente pueda examinarse la ponderación o ecuanimidad de lo pagado por el empleador; sin embargo la valoración de estas otras formas de compensar al trabajador sí están sujetas a esta regla anti-abusos, que se añade a la referida al tope porcentual máximo.

Un último reflejo de la prevención frente a esta modalidad retributiva surge cuando se prescribe que el salario en especie no podrá dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional. Dicho de otro modo: nadie que sólo perciba el SMI puede ser remunerado en especie, lo que posee especial importancia tanto en el ámbito del empleo doméstico cuanto de ciertas actividades del sector primario. Por eso el RD cuestionado prescribe que en las cuantías del SMI se computa únicamente la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero de aquéllas. Dicho de otro modo: quien sólo perciba el SMI no puede ser remunerado en especie (lo que posee especial importancia tanto en el ámbito del empleo doméstico cuanto de ciertas actividades del sector primario) y quien percibe remuneración en especie ha de cobrar por encima del SMI.

## 13. Transitoriedades

Las subidas experimentadas en algunos años, como el de 2019, ha llevado a que el RD en cuestión intente neutralizar ese aumento en algunos terrenos, surgiendo la necesidad de determinar “la afectación de dicho incremento” a las referencias contenidas en los convenios colectivos vigentes y otros instrumentos jurídicos. Por exclusiva referencia a los convenios colectivos, el excepcional aumento porcentual se cortocircuita de manera matizada.

También surgen nuevas categorías salariales mínimas. No siendo este el lugar adecuado para la reflexión profunda, basta con algún mero apunte: a) Un Real Decreto quiere condicionar lo que suceda en años posteriores. b) Ya no hay un SMI y un IPREM, sino varios salarios mínimos. c) El RD sobre SMI establece el modo en que los convenios serán revalorizados. d) Se apunta como factor de indexación una magnitud (objetivo de inflación del BCE) que no aparece entre las contempladas en el art. 27 ET. e) La norma temporalmente anual desea surtir efectos más allá. f) No es claro que el Real Decreto esté amparado en todo su contenido por el diseño de la norma con rango de Ley. g) Una negociación colectiva dinámica y renovada puede conjurar los problemas aplicativos que surgen, y viceversa.

## X. Apunte final

La doctrina que destila esta sentencia es clara: la aprobación del SMI constituye una manifestación del ejercicio de la función de dirección política que compete al Gobierno conforme al artículo 97 CE. En este caso se está ante una decisión que en sí tiene carácter de acto y que se incorpora a un texto normativo.

Por más que inevitable con el actual marco competencial, no deja de ser llamativo que las sucesivas impugnaciones sobre el modo en que el correspondiente Gobierno ha fijado el SMI sean dirimidas ante el orden contencioso de la jurisdicción, siendo así que el verdadero alcance y funcionalidad de la institución se percibe en el terreno propio del orden social.

---

## Referencias:

1. <sup>^</sup> *La existencia del SMI regulado por el art. 27 ET se sitúa en tales coordenadas y “constituye una intervención coactiva en las relaciones de trabajo, que encuentra su justificación en la protección de un interés que se estima digno y necesitado de la atención del Estado, según los principios constitucionales” expuestos (STC 31/1984, de 7 de marzo).*
2. <sup>^</sup> *Para ello y en línea con las recomendaciones internacionales, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa y reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha interpretado que dicho umbral se sitúa en el 60 % del salario medio de los trabajadores. Elevar el salario mínimo interprofesional a 900 euros mensuales nos acerca a dicha recomendación.*
3. <sup>^</sup> *Eso contribuye al cumplimiento de la Agenda 2030, en particular de las Metas 1.2 y 10.4 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.*
4. <sup>^</sup> *En el mismo sentido, STS-CONT 24 julio 1991 (rec. 151/1987).*
5. <sup>^</sup> *SSTS-CONT de 11 de octubre de 1983 y 286/1986 de 13 de mayo.*
6. <sup>^</sup> *En tal sentido SSTS-CONT (2) de 29 de octubre de 2015 (rec. 187 y 207/2014).*
7. <sup>^</sup> *También 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.*
8. <sup>^</sup> *Conforme al mismo, “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”.

9. ^ Adicionalmente, y de conformidad con el artículo 139.1 LJCA, la sentencia impone costas a la parte demandante por rechazarse todas sus pretensiones, cifrando su tope en 4000 euros.
10. ^ El RD 1888/2011 (salarios para el año 2012) no se limitó a prorrogar la norma preexistente (RD 1795/2010, de 30 diciembre), a modificarla para ampliar su vigencia o a aprobar un nuevo Real Decreto que se remitiera a su contenido, sino que fijó la cuantía para 2012, de manera expresa y frontal, pero reiterando la del año anterior. Exactamente lo mismo hicieron el RD 1046/2013, de 27 diciembre y el RD 1046/2013, de 27 diciembre, argumentando que “el mantenimiento” de las cifras vigentes el año anterior obedece al difícil contexto socioeconómico.
11. ^ Extrayendo las consecuencias, quizá en exceso, de estas reflexiones, la STS-CONT 24 julio 1991 (RJ 1991, 7553) llegó a afirmar que el correspondiente Real Decreto fijando el SMI es “manifestación de una actividad política”, no susceptible de control en cuanto al fondo o contenido ya que el mismo “es fundamental para la política económica general del Estado, que es un aspecto de la función política que por imperativo constitucional reflejado en el art. 97 de la Constitución” compete al Gobierno.
12. ^ De todos modos, el Tribunal Supremo (acertadamente) advirtió que el silencio de los Reales Decretos anuales sobre la revisión semestral no excluye que pueda producirse, mediante la publicación de la oportuna norma complementaria (STS-CONT de 8 abril 1991 [RJ 1991, 3196]).
13. ^ Lo cierto es que la ausencia de efectiva revisión semestral y los sucesivos aumentos sobre la base de las previsiones del IPC provocaron una pérdida de poder adquisitivo en el SMI y que para recuperarla se optó por inaugurar la posibilidad de revisión cuantitativa a mitad del año; la excepcionalidad del supuesto llevó a que las nuevas cuantías no afectasen a los convenios vigentes (a la fecha de entrada en vigor del RD Ley 3/2004) que utilizaran el SMI como referencia para determinar la cuantía o el incremento del salario base o de complementos salariales; asimismo, la singularidad del caso quedó manifiesta por el acudimiento a una norma con rango de Ley, lo que era innecesario pero se explica por haber tenido que modificar diversas normas de tal nivel jerárquico a causa de la desvinculación de SMI e IPREM. Se trata de un supuesto excepcionalísimo, pues en los años posteriores no se ha vuelto a revisar la cuantía del SMI a mitad del ejercicio en curso.
14. ^ El salario mínimo no afecta a la estructura del salario, sino a la cuantía del mismo cuando su aplicación implique una mayor retribución, según la STS 9 marzo 1992 (RJ 1992, 1629).
15. ^ Recogiendo la doctrina de STC 31/1984, el propio Preámbulo del RD sobre SMI (por ejemplo, el del RD 2548/1994) advertía que esa diferenciación salarial por edades “toma en consideración el principio de a trabajo igual salario igual, de forma que su aplicación se produce en función de la realización por los trabajadores jóvenes de un trabajo que

*comporta una experiencia y un esfuerzo de menor intensidad al que realizan los trabajadores de más edad”.*

16. *^ Por su lado, la doctrina judicial encontró una curiosa aplicación práctica de la universalidad del SMI, al entender que cuando un deportista cobra por debajo de tal cuantía es que presta su actividad en régimen extralaboral, pero ese criterio fue arrumbado por el propio Tribunal Supremo.*