

El nuevo régimen de revisión de precios. El fin de la indexación

Irene Fernández Puyol

Abogada Senior del Área de Derecho Público de Gómez-Acebo & Pombo

La aprobación del reglamento que desarrolla la Ley 2/2015 de desindexación de la economía española marca un punto de inflexión en los sistemas de revisión de precios de contratos públicos y otros valores monetarios fijados por el sector público. La revisión de precios deja de ser un "derecho" del prestador de la actividad para convertirse en un régimen de reequilibrio económico vinculado a la evolución de los costes que será aplicado de forma muy limitada teniendo en cuenta no sólo la propia estructura de costes de la actividad sino también la necesaria aplicación de criterios de eficiencia.

1. Introducción

Transcurridos cerca de 2 años desde la aprobación de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española¹, y expirado por mucho el plazo de cuatro meses que dicha ley daba al gobierno para su desarrollo reglamentario, el pasado 3 de febrero de 2017 el Consejo de Ministros aprobó finalmente el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

La relevancia de esta aprobación es innegable ya que implica la entrada en vigor de un régimen de revisión de precios de una enorme complejidad pero que tiene como finalidad dotar de transparencia a los procesos de revisión y evitar distorsiones y sesgos inflacionistas en las revisiones. Hasta la fecha la aplicación de la Ley 2/2015 se veía condicionada por una confusa disposición transitoria que delegaba en el desarrollo reglamentario el establecimiento de los principios, mecanismos y límites de la desindexación. La entrada en vigor del reglamento, por

¹ El texto de esta ley fue ampliamente comentado en otro Análisis GA&P <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/ley-2-2015-de-30-de-marzo-de-desindexacion-de-la-economia-espanola-analisis-de-sus-novedades.pdf>

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

tanto, era la condición necesaria para la aplicación efectiva de la política desindexadora al menos en lo que se refiere a los contratos del sector público.

Detengámonos un momento en los objetivos de la Ley y, por ende, de su reglamento de desarrollo. La norma tiene como finalidad establecer el régimen de revisión de valores monetarios en cuya determinación interviene el sector público vinculando dicha revisión a los costes reales de la actividad y no a otros índices o factores externos a la misma. En general, por tanto, se establece una prohibición de indexación de los valores monetarios a índices de precios generales.

Esta prohibición ya fue incorporada en nuestro ordenamiento a través de la Disposición Adicional (octogésima octava) 88ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 que establecía como regla general la imposibilidad de utilizar índices generales de precios, exceptuando los contratos de obras y de suministro de fabricación de armamento previstos en el Real Decreto 1359/2011.

Sin embargo, esta prohibición genérica ha sido completada por la Ley 2/2015 de Desindexación de la Economía Española y su reglamento de desarrollo que regulan de manera más ambiciosa el sistema de revisión de precios en la medida en que (i) éste se aplica de forma preceptiva a todos los valores monetarios (y no solo los referidos a los contratos del sector público) en cuya determinación estén implicadas entidades del sector público y (ii) se aplica igualmente entre privados eliminando las revisiones automáticas y exigiendo pactos expresos para el establecimiento de regímenes de revisión de precios.

En consecuencia, la revisión de los valores monetarios (tasas, precios, tarifas, percibidos por el prestador de la actividad tanto del sector público como de los usuarios de los servicios) que hasta la fecha estaban sometidos a la actualización derivada de índices generales como el IPC, se convierte a partir de ahora en un sistema excepcional y sujeto a enormes condicionantes. Si bien es cierto que, como veremos, se permiten ciertas revisiones periódicas y predeterminadas, éstas siempre se verán limitadas por el incremento de los costes efectivos, debidamente desagregados, o sujetas a índices específicos relacionados con la actividad.

2. Principios del régimen de revisión de precios

El Reglamento fija principios y criterios para la revisión de precios vinculándolos en todo caso a los costes concretos de la actividad y en función de la ponderación relativa de cada uno en la prestación concreta. Además, establece criterios de eficiencia que establecen límites específicos a la revisión.

El reglamento se refiere en concreto a los siguientes principios generales aplicables a la revisión de costes:

- i. El *principio de referenciación a costes* exige tomar como referencia la estructura de los costes de la actividad así como la ponderación de cada uno de estos costes dentro del peso relativo del precio que se fija. Además, se exige revisar sólo aquellos costes indispensables para el ejercicio de la actividad estableciéndose igualmente un régimen simétrico que puede implicar tanto un alza como una bajada en los precios.

- ii. El *principio de eficiencia y buena gestión empresarial* establece la exigencia de trasladar a los costes sólo aquellos que hubieran sido asumidos por una empresa eficiente, bien gestionada y representativa de la actividad. De esta manera se pretende evitar ineficiencias y sobrecostes derivados de una mala gestión. Es llamativo que sólo puedan incluirse en los regímenes de revisión aquellas variaciones de costes que no estén sometidas al control del operador entendiendo por estas las que hubiesen podido ser eludidas a través, por ejemplo, de un cambio en el suministrador. Con respecto al coste de personal, se establece como límite a la revisión el incremento de la retribución del personal al servicio del sector público recogido cada año en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Ambos principios se concretan en una serie de reglas específicas aplicables a la revisión de todos los valores monetarios de forma periódica y predeterminada. Estas reglas deben ser seguidas por el órgano de contratación o la autoridad administrativa en la fijación de las fórmulas de revisión aplicables a una determinada actividad o contrato:

- i. Solo se revisarán costes significativos de la actividad, es decir, aquellos que representen al menos el 1% del valor íntegro de la actividad.
- ii. No se incluirán amortizaciones, costes financieros, gastos generales o de estructura y beneficio industrial.
- iii. Cada componente del coste incluido en la fórmula deberá aproximarse por un precio individual o índice específico que refleje su evolución. Si se trata de índices deberán estar disponibles al público, no ser modificables por el operador y, en la medida de lo posible, excluir el efecto de las variaciones impositivas.
- iv. Además, habrá de tenerse en cuenta la posible cobertura de riesgo de la variación de costes y, en su caso, la contabilidad de costes del operador en el caso de que la normativa aplicable imponga a la actividad la obligación de realizar una contabilidad de costes.
- v. Finalmente, se establece la posibilidad de incluir incentivos de eficiencia tales como
 - a) Un factor que module la revisión en función de la eficiencia, productividad o calidad del producto o servicio.
 - b) Un límite de variación para alguno de los componentes de coste que sea susceptible de revisión.
 - c) Un límite a la variación del valor monetario que puede establecerse como un valor absoluto o como una tasa máxima de crecimiento.

3. Valores monetarios objeto de revisión periódica y predeterminada

El reglamento establece todo un conjunto de precios y valores que se entienden sujetos al régimen de revisión pues se trata de valores monetarios fijados por el sector público y que dependen en buena medida de la evolución de sus costes. Entre ellos encontramos, por ejemplo,

los precios de venta de los gases licuados, el término variable de la tarifa de gas, las tasas de retribución financiera de actividades de distribución, transporte y producción de energía eléctrica o de gas, etc.²

Además, también se someten a este régimen los contratos del sector público con determinados límites y condiciones que a continuación desarrollaremos.

Finalmente, el reglamento también hace referencia a la posibilidad de incorporar en los contratos de arrendamiento de inmuebles entre particulares un régimen similar de revisión periódica, previa justificación económica.

4. La revisión periódica y predeterminada de los contratos del sector público

Por lo que se refiere a los contratos públicos, la Ley 2/2015 de Desindexación de la economía española modificó en su momento el artículo 89 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) para adaptarlo al nuevo régimen de prohibición de la desindexación. Sin embargo, dicho artículo 89 no ha podido ser aplicable hasta la entrada en vigor del reglamento que desarrolla la Ley³, remitiéndose hasta la fecha el régimen de revisión de precios a lo establecido en los pliegos.

El reglamento contiene una serie de límites adicionales a los que ya hemos analizado para la revisión de los contratos del sector público, exigiéndose que dicho régimen sea transparente y quede perfectamente delimitado en los pliegos que rigen la licitación. Veamos cuáles son sus caracteres fundamentales:

1. La revisión de precios solo se puede aplicar a los siguientes tipos de contratos⁴:
 - a. contratos de obras;
 - b. contratos de suministro y fabricación de armamento y
 - c. contratos cuyo periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a 5 años.
2. Solo procederá la revisión transcurridos dos años desde la formalización del contrato y ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe, exceptuando los contratos de gestión de

² De acuerdo con la disposición adicional segunda del reglamento, todos estos valores monetarios seguirán rigiéndose por su normativa específica siempre que sea conforme con los principios y límites previstos en ella.

³ La Disposición transitoria de la Ley 2/2015 establece que "El régimen de revisión de precios de los contratos incluidos dentro del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, cuyo expediente de contratación se haya iniciado antes de la entrada en vigor del real decreto al que se refiere el artículo 4 de esta Ley será el que esté establecido en los pliegos.", por lo que no resultaban aplicables directamente las disposiciones de la normativa de desindexación

⁴ El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que se encuentra en tramitación en el Congreso incluye también el contrato de suministro de combustibles como un contrato susceptible de revisión periódica y predeterminada

servicio público⁵. La revisión no podrá tener lugar transcurrido el periodo de recuperación de la inversión.

3. La fórmula de revisión ha de estar perfectamente detallada en los pliegos y justificada en el expediente de contratación. Para ello, en el caso de no poder utilizarse formulas tipo de revisión aprobadas por el Consejo de Ministros (tal y como prevé el citado artículo 89 del TRLCSP), deberán especificarse en los pliegos el desglose de los componentes de costes, los precios individuales o índices de precios asociados a cada componente de coste y el mecanismo de incentivo de eficiencia. En cuanto a la justificación de la revisión, el expediente de contratación habrá de determinar la desagregación de los costes así como el periodo de recuperación de la inversión del contrato⁶.
4. Para los contratos con un precio igual o superior a cinco millones de euros, se incluirá en el expediente de contratación un informe preceptivo valorativo de la estructura de costes emitido por el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado o por el órgano autonómico consultivo correspondiente y emitido en un plazo de 20 días.

Para ello, el órgano de contratación habrá de preparar un informe detallado de la estructura de costes de la actividad, habiendo solicitado previamente la misma a cinco operadores del sector y habiendo sometido este informe a un trámite de información pública. Este mismo informe habrá de ser emitido por el órgano de contratación en el caso de contratos de valor inferior a cinco millones de euros, pero en este caso el informe sólo se deberá comunicar al Comité Superior de Precios de Contratos del Estado o por el órgano autonómico consultivo correspondiente a efectos informativos.

5. Memoria económica en las revisiones no periódicas o periódicas no predeterminadas de valores monetarios

El artículo 5 de la Ley de Desindexación permite en casos excepcionales las revisiones no periódicas o periódicas no predeterminadas de valores monetarios basadas en una memoria económica descriptiva. Estas revisiones están vetadas, sin embargo, a los contratos del sector público pues eliminarían la transparencia y podrían suponer una vulneración de los principios aplicables a la contratación pública.

El contenido de la referida memoria económica aparece desarrollado en el reglamento de desarrollo que distingue entre aquellas revisiones motivadas por variaciones en los costes y aquellas otras que se justifican por otras causas.

⁵ Este tipo de contrato desaparecerá con la aprobación del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Resulta llamativo que no se haya previsto extender el alcance de esta excepción al Contrato de Concesión de servicios

⁶ El periodo de recuperación de la inversión del contrato es aquel en el que, sobre la base de parámetros objetivos y en función del objeto del contrato, previsiblemente puedan recuperarse las inversiones realizadas para la correcta ejecución de las obligaciones previstas en el contrato, incluidas las exigencias de calidad y precio para los usuarios, en su caso, y se permita al contratista la obtención de un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación. El Reglamento fija la fórmula para el cálculo de este valor teniendo en cuenta los flujos de caja actualizados a una tasa de descuento igual al rendimiento medio de la deuda del Estado a diez años incrementado en 200 puntos básicos (tasa que podrá actualizarse mediante Orden del Ministro de Hacienda). Para la determinación de los flujos de caja solo se tendrán en cuenta los cobros y pagos derivados de las actividades de explotación e inversión y no conceptos tales como amortizaciones, ajustes por deterioro o variaciones de provisiones.

Estamos, en consecuencia, ante un mecanismo excepcional de reequilibrio económico de la actividad que debe ser objeto de una especial justificación y control.

Por ello, en la memoria que detalle las variaciones de costes habrán de incluirse al menos los distintos componentes del coste, sus variaciones, su ponderación relativa y las circunstancias que hayan tenido lugar. Además deberán especificarse las condiciones de eficiencia económica y buena gestión empresarial, así como las medidas adoptadas para mitigar el alza de los costes, en su caso, y el impacto estimado sobre el valor íntegro de la actividad.

Por su parte, cuando la revisión no se encuentre justificada en una variación de los costes, la memoria elaborada por la autoridad competente deberá detallar la oportunidad, necesidad y proporcionalidad de la revisión respecto los objetivos y alternativas y el análisis del impacto económico y presupuestario.