

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2023 N.º 154

Desindexación versus indexación

Frente a la tendencia que alumbró, a mediados de la pasada década, la Ley de Desindexación de la Economía Española, que se propuso desvincular los precios de los servicios públicos del IPC¹ con el fin de coadyuvar con la estabilidad de los precios y promover la competitividad de la economía nacional, los últimos tiempos están alumbrando un escenario que reclama la adopción de medidas que permitan ajustar los precios de los contratos al notable incremento de costes y precios que se ha producido en los últimos años.

Los últimos años han dibujado un escenario mundial convulso y complejo en el que muchas de las conquistas alcanzadas las décadas anteriores comienzan a desvanecerse. Así ocurrido con las conquistas políticas – que configuraban la democracia contemporánea asentada en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho como la fase última de una evolución política del poder - y así acontece también con muchos de los grandes principios económicos que se generalizaron a comienzos del nuevo milenio: ocurrió primero con el objetivo de la estabilidad presupuestaria, tanto a nivel nacional como en el marco europeo, y así ocurre ahora con la indexación de la economía y la revisión de precios en los contratos del Sector Público.

Estas últimas figuras surgen en la mayor parte de los casos con la finalidad de compensar el fenómeno inflacionista:

- la indexación es una práctica destinada a modificar los valores monetarios de las variables económicas, de acuerdo con la variación de un índice de precios a lo largo de un período; y
- la revisión de precios es un instrumento con destino a garantizar la viabilidad de ciertos contratos especialmente afectados por los incrementos de precio.

Aun cuando la revisión de precios surgió como una medida de carácter peculiar circunscrita a

¹ Índice de Precios al Consumo.

determinados contratos, lo cierto es que terminó generalizándose a todos los contratos². Esta situación comenzó, sin embargo, a transformarse a comienzos de la década pasada, bajo la idea de la necesaria alineación entre el precio de ejecución del contrato y el presupuesto de licitación y en el ajuste de la oferta con el coste real de la obra o servicio³, tendencia que culminó con la disposición adicional 88^a de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014⁴ y la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española⁵.

Esta norma se propuso terminar con la práctica de la indexación, no sólo en el ámbito de la contratación pública, sino en otros sectores, como los arrendamientos rústicos y urbanos, desde el entendido de que no siempre está justificada, ni produce beneficios, además de que en ocasiones genera efectos de segunda ronda y afectan a la competencia y a la competitividad.

En lo que aquí interesa, la Ley 2/2015 de desindexación de la economía modificó el artículo 89⁶ del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), y derogó los artículos 90 a 92, introduciendo un nuevo régimen en materia de revisión de precios más restrictivo, eliminando la revisión no periódica de los precios y limitando los contratos susceptibles de revisión periódica.

Actualmente, los artículos 103 y siguientes de la Ley 9/2017⁷ regulan la revisión de precios en los contratos de las entidades del Sector Público de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, de manera que la revisión de precios no se hará con índices generales sino en función de índices específicos, que operarán a través de fórmulas que reflejen los componentes de coste de la prestación contratada (artículos 103 a 105 LCSP).

² Comenzó a generalizarse por aplicación del principio de equidad (artículo 3.2 del Código Civil) y el principio de Buena Fe (artículo 7.1 Código Civil), y fue objeto de extensión hasta su consagración como una técnica permanente en prácticamente todos los contratos.

³ Así, la Ley 53/1999, de reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, vino a aumentar el plazo mínimo de ejecución del contrato para la aplicación de la revisión de precios a un año; así como a sustituir la aplicación de coeficientes por la de fórmulas tipo revisables.

⁴ Que disponía que el régimen de revisión de los contratos del sector público iniciados con posterioridad a su entrada en vigor no podrían referenciarse, en lo atinente a precios o cualquier otro valor monetario susceptible de revisión, a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contuviera.

⁵ Ya incluso antes se había advertido sobre la inconveniencia de indexar precios en los contratos públicos de determinados departamentos ministeriales, ejemplo de lo cual fue Resolución de 22 de abril de 2013 del Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda en la que, a la vista de la grave crisis económica y la necesidad de adoptar medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, se concluyó la improcedencia de incluir cláusulas de revisión de precios en los contratos de obra y servicios en el ámbito de la referida Secretaría de Estado del Ministerio de Fomento.

⁶ Además de los artículos 47.5, 131, 133 y 255 TRLCSPP.

⁷ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y en adelante LCSP.

En este contexto normativo se ha desatado la pandemia COVID-19 y tras ello, la guerra en Ucrania, lo que ha incrementado el coste de las materias primas y una elevación extraordinaria del precio de la energía, circunstancias que, unidas a otros muchos factores, como el relativo al incremento de los costes de transporte, han determinado una inflación de difícil contención que ha requerido la adopción de medidas por parte de los Bancos Centrales, en especial, la subida de los tipos de interés.

Todo lo anterior se proyecta también sobre los contratos del sector público pues la situación está determinando una subida de costes no solo ajena a la voluntad de los contratistas, sino sobre todo indisponible para ellos.

A esto se añade la subida constante del salario mínimo interprofesional durante los últimos años, desde los 735,90 euros de 2018 a los actuales 1080 euros mensuales en 14 pagas en 2023⁸.

Así las cosas, los contratistas enfrentan una situación adversa en la que, constante el contrato y ante la imprevisión de cláusula alguna acerca de la revisión de precios, sólo puede acudir a la modificación contractual para articular una variación de los elementos atinentes a costes y precios (artículo 205 LCSP), sobre todo considerando que estamos ante un supuesto de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que determinan, en muchos casos, una ruptura sustancial de la economía del contrato, llevando a muchos

proveedores a encontrarse con contratos que a día de hoy resultan antieconómicos.

La complejidad de la situación es tal que el propio Gobierno ha adoptado medidas especiales y extraordinarias (aunque lamentablemente de carácter parcial y limitado) para mitigar las dificultades que enfrentan los contratistas, ejemplo de lo cual es el Real Decreto-ley 3/2022 de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados, publicado por Resolución de 17 de marzo de 2022 (en adelante, RDL 3/2022⁹), si bien lo cierto es que estas medidas afectan sólo a determinados contratos, como los de obra, cuando existen otros especialmente vulnerables a las variaciones de precios y costes, como son los contratos de servicios o de suministro. Es precisamente en la exposición de motivos de esta norma en la que se destaca que este incremento de costes ha tenido como consecuencia que “la ejecución de un número significativo de contratos se haya dificultado notablemente, pues los contratistas han visto cómo se alteraba fuertemente la economía de estos contratos por causa de un incremento

⁸ Anunciada por el presidente del Gobierno el 31 de enero de 2023, estando aún vigente el Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero.

⁹ Estos artículos 6 a 10 del Real Decreto-ley 3/2022, han sido modificados por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania y por el Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural.

extraordinario de ciertos costes, incremento que era imprevisible en el momento de la licitación y que excedería del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar en todo contrato público.”

Sin embargo, el problema actual ya no es tanto el de la vigencia y adecuada consecución de los contratos vigentes – que desde luego es un problema – como el hecho de que son muchas las licitaciones que comienzan a quedar desiertas, sobre todo en contratos de servicios, ante la imposibilidad material de presentar ofertas realizables (sobre todo considerando la extensión de los procedimientos de licitación). En efecto, los contratistas temen que la ejecución del contrato, a medio plazo, les obligue a asumir pérdidas, o aún peor, a abandonar el contrato, con las consecuencias y penalizaciones que ello tiene para el futuro.

Son por ello muchas las voces que se elevan, en los últimos tiempos, solicitando una modificación de la regulación actual para prever mecanismos que permitan revisar los precios de los contratos de alguna manera. Estas reivindicaciones, amplias en el sector empresarial – y respaldadas por los sindicatos –, empiezan a hacerse eco dentro del Gobierno¹⁰, si bien parece ser que el Ministerio de Hacienda no se manifiesta proclive a ningún cambio.

Ante el número de licitaciones públicas que se están quedando desiertas en los campos de sanidad, servicios sociales y obras públicas¹¹, quizá sea preciso reconsiderar la regulación actual y complementarla con mecanismos que permitan la viabilidad de la contratación pública y la supervivencia de un tejido empresarial cada vez más empobrecido.

¹⁰ Así lo afirman algunas noticias de prensa como por ejemplo en el siguiente link [María Jesús Montero frena la indexación de los contratos públicos a las subidas de precios y de salarios \(elespanol.com\)](#).

¹¹ Según un informe de la Confederación Nacional de la Construcción, las licitaciones desiertas en el último año (octubre 2021-septiembre 2022) es 1.939. Traducido a euros, el montante alcanza 882,5 millones de euros.