



**COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA**



**IPN/CNMC/015/15 PROYECTO DE REAL
DECRETO DE DESINDEXACIÓN DE LA
ECONOMÍA ESPAÑOLA**

9 de julio de 2015

Índice

I. ANTECEDENTES.....	3
II. CONTENIDO	6
III. VALORACIÓN	7
III.1. Observaciones generales	7
III.2. Observaciones particulares	7
III.2.1. Principio de referenciación a costes	7
III.2.2. Principio de eficiencia y buena gestión empresarial	9
III.2.3. Revisiones periódicas y predeterminadas de valores monetarios ...	10
III.2.4. Fórmulas en las revisiones periódicas y predeterminadas	12
III.2.5. Régimen de variación de precios contractual	13
III.2.6. Periodo de recuperación de la inversión de los contratos	16
III.2.7. Otras cuestiones.....	16

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su reunión de 9 de julio de 2015, ha aprobado el presente Informe sobre el **Proyecto de Real Decreto de Desindexación de la economía española** (en adelante, PRD). En este informe se analizan las implicaciones de este proyecto normativo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados y la regulación económica eficiente.

La solicitud de informe tuvo entrada en la CNMC el 28 de mayo de 2015. La documentación recibida consiste en el PRD y su Memoria de Análisis de Impacto normativo (en adelante, MAIN).

Este informe se aprueba a solicitud del **Ministerio de Economía y Competitividad** en ejercicio de las competencias consultivas de la CNMC en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, en aplicación del artículo 5.2.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

I. ANTECEDENTES

La **indexación** es un mecanismo que consiste en vincular la **evolución del valor monetario de una variable económica a la de un índice de precios** (como el IPC). Esta práctica puede ser válida como protección de las variables reales ante una inflación elevada, volátil e impredecible. Sin embargo, en **economías desarrolladas como la española**, con una inflación relativamente baja, estable y fácilmente predecible, se considera que la **indexación presenta efectos económicos negativos**.

Desde el punto de vista microeconómico, desvirtúa la información que deben transmitir los precios sobre distintas señales por el lado de la demanda (como las preferencias y la escasez) y por el lado de la oferta (como la tecnología y el coste), lo que dificulta la toma de decisiones eficientes por parte de los agentes macroeconómicos. Desde el punto de vista macroeconómico, genera una inercia en la inflación a través de los denominados “efectos de segunda ronda”¹, lastrando además la competitividad-precio² de las empresas y de la economía en su conjunto³.

¹ Los precios de ciertos bienes y servicios se revisan al alza si aumentan índices generales de precios (como el IPC), pero el propio encarecimiento de estos bienes y servicios repercutirá en el crecimiento de los índices generales, retroalimentándose la inflación.

² Los efectos dañinos de este diferencial de inflación son especialmente visibles en países integrados en áreas monetarias, como España, pues al compartir moneda con gran parte de sus socios comerciales, no existe la posibilidad de ganar competitividad-precio por la vía de la depreciación de la moneda nacional.

³ Es probable que se produzca una contribución negativa del sector exterior al crecimiento (déficit comercial, con una presumible necesidad de endeudamiento o financiación exterior).

A tenor de estos efectos negativos se viene desarrollando en tiempos recientes una **política de desindexación**, plasmada en diversas iniciativas que culminaron con la [Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española](#) (en adelante, la Ley). Dicha Ley tiene por objeto **el establecimiento de un régimen general basado en el principio de no indexación en el ámbito público**.

El **principio de no indexación** implica que los valores monetarios no sean modificados en virtud de índices de precios o fórmulas generales. El fin perseguido es que el sistema de precios refleje adecuadamente la información de mercado (costes y demanda), no produzca sesgos inflacionistas y evite la generación de persistencia o inercia en la inflación.

Tal regla es **prescriptiva** para aquellos valores monetarios en cuya determinación interviene el **sector público**⁴ (precios de contratos públicos, tasas, precios y tarifas regulados, subvenciones, prestaciones, ayudas, multas, sanciones y valores referenciales) y meramente **indicativa** en el caso de **contratos entre privados**⁵. La negociación salarial colectiva, el sistema de pensiones y los instrumentos financieros están excluidas del ámbito de la Ley y se rigen por su normativa específica.

Por tanto, la **indexación de precios por parte del sector público sólo podrá realizarse con carácter excepcional**, bajo criterios y supuestos tasados. En concreto la Ley establece **tres regímenes**:

(i) *Revisión periódica y predeterminada* (artículo 4 de la Ley):

- Se realiza en función de precios individuales e índices específicos de precios (no cabe la habitual vinculación a índices generales como el IPC). Los índices específicos que se utilicen deben contar con la mayor desagregación posible para reflejar correctamente los costes de la actividad. Además, serán evaluados conforme a principios de eficiencia económica y buena gestión empresarial. Las revisiones no incluirán ciertos conceptos (variación de los costes financieros, amortizaciones, gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial), aunque sí podrán incluir los costes de la mano de obra de acuerdo con el desarrollo reglamentario que se efectúe de la Ley (precisamente en el PRD que es objeto de este informe).

⁴ Salvo pensiones, negociación colectiva o instrumentos financieros que se rigen por su legislación específica.

⁵ Esto es, rige el principio de libertad de pactos en tanto que solo procede la revisión periódica de valores monetarios si se hubiera pactado expresamente. Si existiera pacto expreso de revisión sin indicar con referencia a qué índice, será aplicable el nuevo Índice de Garantía de Competitividad que recoge la Ley en su anexo.

- Opera cuando “la naturaleza recurrente de los cambios en los costes de la actividad así lo requiera”.
 - Debe autorizarse en el desarrollo reglamentario (en el PRD objeto de este informe), donde además se delimitan los extremos que desarrollará.
- (ii) *Revisión periódica no predeterminada y Revisión no periódica* (artículo 5 de la Ley):
- Es necesaria su justificación en una memoria económica específica, cuyo contenido se desarrollará reglamentariamente (en el PRD objeto de este informe).
 - No es posible realización en función de precios o fórmulas, salvo si la revisión estuviera motivada por la evolución de los costes. De nuevo, estas fórmulas deberían referirse a precios individuales e índices específicos y ser evaluadas conforme al principio de eficiencia económica y buena gestión empresarial.
- (iii) *Revisión de precios y tarifas de contratos del sector público* (artículo 6 de la Ley): se rigen por su normativa específica⁶. De hecho, precisamente la Disposición Final 3ª de la Ley modifica ciertos preceptos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP⁷). De acuerdo con la nueva redacción del artículo 89, la revisión en los precios de los contratos públicos, cuando proceda, sólo se realizará de manera periódica y predeterminada y siempre que hayan pasado al menos 2 años desde su formalización y se haya ejecutado al menos el 20% del informe⁸.

En definitiva, la Ley deja pendiente ciertas cuestiones para el desarrollo reglamentario.

⁶ La normativa de contratación pública también está siendo objeto de revisión en profundidad por la necesaria transposición de las Directivas europeas. Esta nueva normativa está siendo informada también por la CNMC.

⁷ Aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

⁸ La nueva redacción del artículo 89 del TRCLSP establece una regulación restrictiva del derecho a la revisión de precios de los contratistas, como muestran estos otros aspectos:

- i) únicamente se produce en tres supuestos : contratos de obra, suministros de fabricación de armamento y equipamiento y otros contratos en los que el periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años;
- ii) se limitan los componentes revisables, pues no caben los costes asociados a las amortizaciones, costes financieros, gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Los costes de mano de obra se revisarán si el periodo de recuperación de la inversión es igual o superior a 5 años y si se considera significativa la intensidad en el uso del factor trabajo;
- iii) la opción, el régimen y la fórmula de revisión de precios deben estar expresamente previstos en los pliegos. Las fórmulas se fijarán atendiendo a la naturaleza del contrato y a la estructura y evolución de los costes de la prestación. Si existieran fórmulas tipo aprobadas por el Consejo de Ministros el órgano de contratación no podrá incluir otra distinta.

II. CONTENIDO

El PRD tiene por **objeto**, precisamente, el **desarrollo reglamentario**⁹ de la [Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española](#) en lo concerniente a las revisiones de valores monetarios motivadas por variaciones de costes en determinados extremos concretos.

El PRD consta de doce artículos -agrupados en cuatro capítulos-, dos disposiciones adicionales y dos disposiciones finales.

El **capítulo I** contempla el objeto y ámbito de aplicación: desarrollo normativo de las revisiones de valores monetarios, en cuya determinación intervenga el sector público, motivadas por variaciones de costes.

El **capítulo II** desarrolla los **principios** aplicables a todas las revisiones de valores monetarios motivadas por variaciones de costes. Esto es, a todas las revisiones, ya sea i) periódica o no periódica; o ii) predeterminada por resultar de aplicación de una fórmula o no predeterminada. En concreto se desarrolla el principio de referenciación a costes (art. 3), los principios de eficiencia y buena gestión empresarial (art. 4) y la limitación de la traslación de los costes de mano de obra (art. 5).

El **capítulo III** especifica el **régimen de revisión periódica y predeterminada** de valores monetarios en cuanto a los supuestos que tiene lugar (art. 6); los principios para el establecimiento de fórmulas (art. 7); **y el régimen de revisión previsto para los contratos del sector público**, donde se distingue entre la revisión de precios en contratos de obras y suministros de fabricación de armamento de las fuerzas armadas y equipamiento personal de sus soldados (art. 8) de los restantes contratos art. 9 PRD) dentro del ámbito de aplicación 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 (en lo sucesivo, "TRLCSP") (y se concreta el concepto y la determinación del periodo de recuperación de la inversión de los contratos (art. 10 PRD)

El **capítulo IV** se ocupa del desarrollo del contenido mínimo de la **memoria económica** exigible tanto en los regímenes de revisión no periódica como en la revisión periódica no predeterminada (ambas modalidades bajo el mismo régimen).

Las **disposiciones adicionales** recogen, respectivamente, la competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y el contenido mínimo de la memoria económica en revisiones (periódicas no predeterminadas o no periódicas) no motivadas por variaciones de costes.

⁹ Su entrada en vigor es condición necesaria para la aplicación e implementación efectiva de la política desindexadora prevista en la Ley de Desindexación en lo que a contratos se refiere.

III. VALORACIÓN

III.1. Observaciones generales

Desde la óptica de la competencia efectiva y los principios de regulación económica eficiente, la CNMC se pronunció¹⁰ sobre la norma con rango de ley (el Anteproyecto de Ley de desindexación de la economía española) indicando que **apoyaba el establecimiento de un principio general de no indexación** de valores monetarios a índices generales de precios. Además, en aquellos casos excepcionales donde fuera necesaria la revisión de precios, ésta debería efectuarse a través de fórmulas que contuvieran únicamente costes directamente relacionados con los bienes y servicios a los que estuvieran vinculados.

Conviene recordar que más allá de sus beneficios macroeconómicos¹¹, la desindexación supone ganancias de eficiencia a nivel microeconómico, al permitir que mejore la información y las señales que deben transmitir los precios para un correcto funcionamiento de las transacciones en el mercado. Esto conducirá a una orientación de precios a costes, guiando la toma de decisiones eficientes por parte de los agentes económicos, asegurando que las empresas compitan de manera transparente de acuerdo a sus propios méritos y maximizando el bienestar del consumidor.

Sin perjuicio de esa valoración general positiva, **la CNMC realizaba en el informe ya citado algunas observaciones**, entre las que se encontraba hacer especial hincapié en asegurar que el desarrollo reglamentario siguiera siendo respetuoso con la competencia efectiva y la regulación económica eficiente, particularmente en los aspectos relativos a la revisión (periódica predeterminada, periódica no predeterminada y no periódica) de valores monetarios.

Es por ello que el presente informe sobre el Proyecto de Real Decreto de Desindexación de la economía española recoge muchos de esos argumentos y apunta diversos aspectos susceptibles de mejora en este PRD.

III.2. Observaciones particulares

III.2.1. Principio de referenciación a costes

Se valora positivamente el desarrollo de este principio (artículo 3 del PRD), más acorde con la regulación económica eficiente y la promoción de la

¹⁰ [IPN 111/13 relativo al Anteproyecto de Ley de desindexación de la economía española](#)

¹¹ Estos aspectos macroeconómicos exceden del ámbito estricto de actuación de la CNMC, aunque obviamente se valoran positivamente. De hecho, la promoción de la competencia efectiva entre las empresas también se beneficia de un entorno de mayor estabilidad macroeconómica y de mayor competitividad exterior.

competencia que anteriores prácticas indexadoras o el principio de recuperación de costes. En particular, se valoran muy positivamente los siguientes aspectos:

- La orientación de la eventual revisión de precios a los costes indispensables para la realización de dicha actividad (artículos 3.1 y 3.2). Estos costes serán únicamente los costes ligados a la actividad en cuestión (artículo 3.3), retribuida por los valores monetarios que son objeto de revisión, siendo necesaria la imputación de gastos comunes cuando el operador económico realiza varias actividades.
- La posibilidad de revisión a la baja (prevista expresamente en el artículo 3.4), muy favorable tanto a corto plazo (para la correcta formación de precios en una coyuntura económica y empresarial como la actual de ajuste de precios y costes) como a largo plazo (para que los agentes, públicos o privados, puedan beneficiarse del potencial de ganancias de eficiencia de ciertas actividades).

No obstante, esta valoración general positiva debe matizarse a la luz de la **necesidad de concreción, desarrollo y mejora de ciertos principios:**

- El primer aspecto de orientación de precios a costes entraña ciertos elementos de complejidad técnica:
 - Por ejemplo, para construir la referencia de costes, se necesita ponderar cada componente de la estructura de costes en función de su peso relativo en el “valor íntegro de dicha actividad”. De acuerdo con la MAIN¹², el “valor íntegro de una actividad” incluye no sólo el coste total (retribución de factores productivos y del capital ajeno) sino también el beneficio (retribución del capital propio). Esta definición consistente con las técnicas de regulación que se basan en el cálculo de una tasa de retorno para la empresa, presenta limitaciones como la complejidad, la necesidad de información y la posible falta de incentivos para minimizar costes.
 - El resto de aspectos para una aplicación adecuada del “principio de referenciación a costes” también suponen una dificultad notable¹³. Tal es el caso de la determinación de “los costes indispensables para la realización de la actividad” o la “imputación de gastos comunes cuando la empresa realiza múltiples actividades”. Para ello puede necesitarse la asistencia de organismos con conocimiento especializado en cada materia (como la IGAE en cuestiones de auditoría de contratos públicos u organismos reguladores ahora integrados en la CNMC en el caso de ciertas industrias de red).

¹² Página 9

¹³ El escenario ideal sería poder atribuir cada componente a un sector de actividad (por ejemplo, dentro de las ramas consideradas entre el Sistema Europeo de Cuentas, SEC-2010 de Contabilidad Nacional), aunque normalmente esa información no está disponible a nivel de empresa con el necesario nivel de desagregación.

- A la hora de que la revisión a la baja se convierta en una realidad, es clave una mayor aplicación práctica del principio. Esto podría lograrse con una mayor concienciación, por ejemplo, mediante un mayor énfasis en esta idea en otros preceptos del PRD.
- Finalmente, podría ser conveniente completar el enunciado del principio de referenciación a costes incluyendo en su objetivo, por ejemplo, “*garantizar la formación de precios competitivos y evitar precios excesivos y márgenes no competitivos en detrimento de los usuarios finales*” (en la línea del artículo 14.1.e de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, que cita la MAIN).

III.2.2. Principio de eficiencia y buena gestión empresarial

Se valora positivamente la introducción de este principio, por su coherencia con la promoción de la competencia y la regulación económica eficiente (artículo 4 del PRD).

Un ejemplo de la aplicación de este principio es que los regímenes de revisión de precios sólo considerarán variaciones de costes que no estén sometidas al control del operador económico. Las técnicas utilizadas en otras áreas donde existe regulación de precios (como las industrias de red) sugieren que la regla general debería ser que todo coste está sometido al control del operador. Las excepciones a dicha regla, donde cabe un *pass-through* automático de costes a precios deben definirse de manera restrictiva y justificarse escrupulosamente¹⁴. Por ello resulta en principio positivo el criterio de considerar que un coste en concreto está sometido al control del operador si es posible el cambio de suministrador o si existen instrumentos financieros de cobertura del riesgo a un coste razonable¹⁵.

Sin perjuicio de la valoración general positiva, **se advierte de nuevo una cierta ausencia de concreción** de la noción de “*empresa eficiente, bien gestionada y representativa en la actividad correspondiente*”. Esta indefinición resulta llamativa cuando este principio, tal y como recoge la MAIN, está asentado en la regulación económica actual, tanto nacional¹⁶ como comunitaria¹⁷.

¹⁴ Por ejemplo, se puede admitir esa revisión automática de precios si se ha encarecido un coste realmente exógeno que es imprescindible para la actividad (como una licencia o un peaje). Pero se debe ser muy restrictivo para no considerar un coste exógeno el encarecimiento de inputs (aunque sean materias primas) que sí es posible sortear haciendo un menor uso de ese input o sustituyéndolo por otros inputs.

¹⁵ Esto puede ser positivo para prevenir la indebida transferencia de riesgos desde el proveedor del servicio al contratante (normalmente el sector público) cuando existen mecanismos de mercado al respecto. No obstante, también es clave evitar que la aplicación estricta de este principio resulte en desventajas excesivas para los operadores proveedores del servicio. A estos efectos, podrían precisarse los detalles relativos a los instrumentos financieros de cobertura del riesgo y a la medición de “coste razonable”.

¹⁶ Por ejemplo, en la actual la legislación del sector eléctrico o del sector aeroportuario.

Para la utilización de un umbral representativo de una empresa “eficiente y bien gestionada”, deben utilizarse criterios objetivos económicamente reconocibles. En la legislación nacional y comunitaria referida se citan como ejemplos¹⁸ la utilización de coeficientes analíticos representativos de la productividad (tales como, volumen de negocios en relación al capital invertido, coste total en relación al volumen de negocios, volumen de negocios por empleado, valor añadido por empleado o costes de personal en relación al valor añadido¹⁹) o de la valoración de la calidad de suministro por parte del usuario.

También podría delimitarse **qué órgano realizaría la concreción y evaluación de este principio**. En el ámbito contractual público (excepto en los supuestos en que el Consejo de Ministros aprobase fórmulas tipo) puede entenderse que se trataría del órgano contratante con la posible asistencia –vía recomendaciones y resolución de consultas que se le planteen– de la Junta Consultiva de contratación administrativa, JCCA (de acuerdo con la disposición adicional primera del PRD). Por su parte, en el ámbito de los supuestos tasados de valores monetarios en el sector energético (artículo 6.1) podría concretarse una actuación similar de otro organismo con capacidad técnica suficiente. Esa delimitación de “las mejores prácticas disponibles en el sector” es clave para delimitar mecanismos que eviten la captura del regulador/licitador dada la información asimétrica entre regulador/órgano contratante y operadores, desfavorable a los primeros.

III.2.3. Revisiones periódicas y predeterminadas de valores monetarios

El PRD prevé únicamente dos ámbitos susceptibles de revisión de valores monetarios periódica y predeterminada: a) determinados valores monetarios en el ámbito energético (precios regulados y otros valores monetarios); y b) revisión de precios de determinados contratos.

La revisión de valores monetarios del primer supuesto (ámbito energético) se justifica en la MAIN por “*la necesidad de permitir trasladar componentes de costes especialmente volátiles y fuera de control del operador económico*”. En el caso de la contratación pública además de por la anterior justificación, por establecer esquemas de revisión que “*incentiven las inversiones necesarias a largo plazo*”

¹⁷ Especialmente en la normativa comunitaria en materia de competencia y ayudas de estado, que a estos efectos está inspirada en la Sentencia “Altmark” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹⁸ [Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general \(2011\)](#).

¹⁹ La utilización de todas estas variables para la estimación de la eficiencia desde un punto de vista técnico se suele utilizar en términos reales, de forma que se captura de manera más precisa la relación entre variables económicas. Para ello se suelen tomar las variables en términos reales directamente (por ejemplo, tomando las horas de trabajo en lugar de la masa salarial en euros o las ventas en volumen en lugar de en millones de euros) o se ajustan las variables nominales por la inflación (por ejemplo, corrigiendo un índice de ventas en euros por el impacto de los precios).

para la realización de la actividad objeto del contrato sin que ello implique el cierre del mercado a potenciales competidores”.

A este respecto, **cabría cuestionar** si la **justificación que se aporta para el ámbito energético** es completa y adecuada. En particular, sobre los supuestos previstos en el ámbito energético:

- i) Debe justificarse completamente el fallo de mercado o motivo imperioso de interés general que da lugar a esta intervención y tratamiento diferenciado.
- ii) Debe fundamentarse en mayor medida y para cada supuesto previsto si efectivamente se trata en todo caso de costes volátiles, fuera de control del operador económico e incluso con incidencia directa en su estructura de costes²⁰. Si así se tratara y estuviera adecuadamente justificado, convendría replantearse si debería tratarse de una revisión periódica o no (la oscilación de precios de materias primas generalmente no puede determinarse en el tiempo). También se podía contemplar que la revisión de precios pudiera operar a partir de un umbral de variación de los costes sustancial²¹.
- iii) Si aun siendo cierto lo anterior, puede suponer una ventaja no justificada a un conjunto de operadores económicos sectoriales con respecto a otros sectores.

En el **ámbito contractual público, se detecta una débil justificación del régimen de revisión de precios** (tanto en la MAIN como en el preámbulo). Según la doctrina, se fundamenta en evitar el desequilibrio económico producido durante la ejecución del contrato, no garantizando únicamente intereses del contratista sino también de la Administración. Supone una excepción al principio de riesgo y ventura y un régimen completamente contrapuesto al existente en el ámbito privado²². Por todo ello, y como recoge la jurisprudencia y doctrina, debe interpretarse de forma estricta sin que quepa una interpretación extensiva de las cláusulas.

En definitiva, se considera procedente **llamar la atención sobre el trato diferenciado en el ámbito energético y contractual**. La recomendación por

²⁰ Pueden existir supuestos controvertidos, por ejemplo la revisión de la retribución a partir de fuentes de energía renovables con régimen retributivo específico que se vincula a la variación de precios de los combustibles.

²¹ Normalmente, se tiende a considerar que las materias primas son un componente exógeno y que su coste debe repercutirse automáticamente en los precios. Pero ese *pass-through* automático de costes a precios reduciría los incentivos de un operador a utilizar la materia prima de manera más eficiente o a plantearse su sustitución por otros inputs. Por ello, la consideración de revisión de precios a partir de ciertos umbrales puede aportar esos incentivos a la búsqueda de eficiencia (cuando las variaciones pequeñas), reconociendo al mismo tiempo que cuando las variaciones de coste son grandes cabe una cierta revisión de precios para salvaguardar el equilibrio financiero (dado que las materias primas son inputs que se utilizan de manera muy rígida y es difícil encontrar sustitutos pese a su encarecimiento).

²² El art. 1563 del Código Civil niega la facultad de revisión de precios por aumento de costes.

tanto es que todos los sectores económicos se sometan al principio general de desindexación y que, la revisión de valores monetarios y precios, de ser necesaria, se ajuste a los principios de referenciación a costes y de eficiencia y buena gestión empresarial (admitiendo revisiones a la baja).

El contexto económico actual de inflación muy contenida, devaluación interna y mejora de la competitividad y productividad empresarial²³ puede aconsejar dicha revisión de valores monetarios y precios. Especialmente en sectores con limitada presión competitiva o incluso nula, como los valores monetarios (tarifas y contraprestaciones) con las que el sector público retribuye a medios propios y empresas vinculadas.

III.2.4. Fórmulas en las revisiones periódicas y predeterminadas

El artículo 7.1 del PRD establece que “el órgano de contratación o la autoridad competente para la fijación de los valores monetarios podrá establecer una fórmula de revisión periódica y predeterminada”. Quizás podría optarse por una redacción menos potestativa que aportara seguridad jurídica y guardara coherencia con la doctrina contractual en la materia²⁴.

Aparte, cabe realizar ciertas recomendaciones para asegurar un uso adecuado de la información:

- Respecto a los índices específicos utilizados (artículo 7.4 del PRD), es preciso asegurar su disponibilidad al público y su fácil accesibilidad, ya sea a través de medios generales como el INE o de fuentes más específicas como la JCCA.
- Los índices específicos de precios también tienen limitaciones, especialmente cuando se construyen como la agregación de otros bienes intermedios en función de ponderaciones estables en el tiempo²⁵ (cuando de hecho los operadores suelen variar la estructura producción en función de la variación de costes de esos otros componentes intermedios).
- Cuando la normativa impone la obligación de realizar una contabilidad de costes, cuya información nutrirá una fórmula de revisión (artículo 7.7 del PRD), podría valorarse la adopción de salvaguardas para asegurar la calidad de la información (como obligaciones de auditoría).

²³ Como pone de manifiesto el bajo nivel de inflación y la reducción del diferencial de costes laborales unitarios y otros indicadores de productividad empresarial.

²⁴ La JCCA entiende que cuando se utilizan varios índices específicos se está en presencia de una fórmula.

²⁵ Dos ejemplos de la utilización de esos índices se analizan en el siguiente apartado y son el [Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas](#) y la [Orden HAP/1292/2013, de 28 de junio, por la que se establecen las reglas de determinación de los índices que intervienen en las fórmulas de revisión de precios de los contratos públicos](#).

Por último, la posibilidad de introducir un factor que module las revisiones en función de la productividad (artículo 7.8.a del PRD), podría reforzarse de forma que fuera obligatoria. La posibilidad de establecer límites a la variación de precios (ya sea en términos absolutos, índice o tasa de crecimiento) debe considerarse con cautela. En particular, se recomienda que no se establezcan únicamente valores positivos o superiores a cero (y que el PRD lo contemple expresamente). Las bajadas de costes deben tener un reflejo idéntico y simétrico a las alzas.

III.2.5. Régimen de variación de precios contractual

El PRD desarrolla el régimen de revisión periódica y predeterminada de precios de contratos públicos, condición imprescindible para que entren en vigor las modificaciones que introdujo al TRCLSP la Ley de desindexación²⁶.

Se distingue un doble régimen de revisión, si bien en ambos casos se exige que hayan transcurrido al menos dos años desde la formalización del contrato y que se haya ejecutado al menos el 20% de su importe (excepto en el caso de contratos de gestión de servicios públicos):

- a) Para los **contratos de obras y suministros de fabricación de armamento de las Fuerzas Armadas y equipamiento personal de sus soldados** (art. 8 PRD), se establece que se podrá llevar a cabo la revisión de precios aplicando a las fórmulas-tipo generales²⁷ los índices mensuales de precios de los materiales básicos²⁸.
- b) Para los **contratos, distintos a los anteriores** (art. 9 PRD), donde el **periodo de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años** y está expresamente previsto en los Pliegos (art. 9.2. PRD), el régimen puede resumirse en las siguientes reglas:
 - únicamente es posible el régimen de revisión periódica y predeterminada (esto, es, mediante la aplicación de una fórmula);
 - si existiera una fórmula tipo aprobada, deberá utilizarse esta y no establecer otra distinta;
 - la revisión no puede tener lugar transcurrido el periodo de recuperación de la inversión; y

²⁶ Si bien el TRCLSP será sustituido por la futura Ley de Contratos del Sector Público (actualmente en tramitación y siendo objeto de informe por esta CNMC), la regulación de la revisión de precios se mantiene prácticamente inalterable.

²⁷ Recogidas en los Anexos I y II del [Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas](#).

²⁸ Los índices los elabora y [publica trimestralmente el INE](#). Los productos o grupos de productos que han de considerarse para el índice de precios de cada material básico son los recogidos en el Anexo único de la [Orden HAP/1292/2013, de 28 de junio, por la que se establecen las reglas de determinación de los índices que intervienen en las fórmulas de revisión de precios de los contratos públicos](#) (o la Orden ulterior que venga a sustituirla).

- si no existiera fórmula tipo, el sistema de revisión diseñado por el órgano contratante deberá contar con debida justificación y especificación en la memoria que acompañe el expediente de contratación²⁹ y en los Pliegos³⁰ y será objeto de fiscalización previa por la Intervención, tanto el sistema en sí como cada acto periódico de revisión de precios.

El régimen de revisión de precios contractual que prevé este PRD merece opiniones encontradas. De una parte³¹, resulta positiva la ampliación de uno a dos años como periodo a partir del cual puede realizarse la revisión de precios, la determinación tasada de los costes no revisables, el hecho de que solo sean revisables de forma periódica y predeterminada determinados contratos o en general la mejora de la regulación haciéndola más restrictiva y desarrollando la desvinculación a índices generales (desindexación). También resulta positiva la previsión de fiscalización previa de sistemas de revisión de precios (que no sean fórmulas tipo) al reducir la discrecionalidad.

No obstante, de otra parte, cabe advertir las **siguientes mejoras** que se sugiere que se consideren en el PRD:

- i) **Escasa justificación de los contratos susceptibles de revisión**, pues no se advierte ni en el PRD ni en la MAIN la razón, en particular con los contratos de fabricación de armamento³².
- ii) **Cierta incoherencia con la normativa de desarrollo sectorial de contratos públicos**: tanto por la terminología de los tipos contractuales susceptibles de revisión³³, como, especialmente, desde el punto de vista sustantivo³⁴.

²⁹ Debe justificarse: el carácter recurrente de la variación de los elementos de coste; el cumplimiento de principios (referenciación a costes, eficiencia y buena gestión empresarial) y de los criterios y límites para el establecimiento de fórmulas; el periodo de recuperación de la inversión del contrato; y la adecuación a los índices elegidos.

³⁰ Desglose de conceptos de costes y ponderación, precios individuales o índices específicos asociados y mecanismos de incentivo de eficiencia en su caso contemplados.

³¹ Aunque no son innovaciones de este PRD sino que lo introdujo la Ley de desindexación y ya fueron puestas de manifiesto en el IPN 111/13 de desindexación

³² Aunque el TRCLSP ya lo prevía.

³³ El TRCLSP (art. 89) recoge, al igual que el RD 1359/2011 antes citado, como supuesto los “contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas”, mientras que este PRD se refiere a “suministros de fabricación de armamento *de las Fuerzas Armadas y equipamiento personal de sus soldados*”. No obstante, podría ser más adecuado la denominación del PRD puesto que se trata de un suministro indubitado de armamento y equipamiento militar.

³⁴ La posible incoherencia se predica respecto del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 104 a 106), desfasado con respecto a la regulación introducida en el TRCLSP por la Ley de desindexación en 2015. Por ejemplo, al vincular la variación de precios a variaciones en el IPC, índice general y práctica habitual de desindexación que la Ley de desindexación y este PRD no

- iii) La omisión de aspectos que debería haber desarrollado expresamente este PRD según preveía el TRCLSP. En concreto, la noción de “**intensidad de uso del factor trabajo significativa**” que podría dar lugar a la revisión del coste de la mano de obra (con los límites previstos).
- iv) La inclusión implícita de los denominados **precios provisionales**³⁵, que deberían estar excluidos de la posibilidad de revisión. En estos casos, el precio se determinará dentro de unos límites fijados de precio máximo en función de los costes en los que haya incurrido el contratista y el beneficio acordado. En dicha situación, se considera que carece de lógica la posibilidad de revisión de precios toda vez que, como se observa, el proceso de fijación del precio será dinámico y podrá evolucionar en el tiempo, no dándose ninguna de las circunstancias que justificarían la modificación de dichos valores.
- v) **Incompatibilidad de las fórmulas tipo generales vigentes en la revisión de precios con la política y el PRD de desindexación.** La MAIN afirma que la regulación de las fórmulas tipo³⁶ de materiales básicos y reglas de determinación de los índices “*son compatibles con la política de desindexación y, en particular, con el principio de referenciación a costes*”. A juicio de esta CNMC, la compatibilidad de las fórmulas tipo vigentes es cuestionable³⁷, ya que toman por referencia precios (o índices de precios) agregados para cada material, obviando el principio de empresa bien gestionada o eficiente recogida en el artículo 4 del PRD. Se recuerda que utilizar como referencia precios agregados supone tomar la media de una serie de empresa, no necesariamente todas ellas “eficientes ni bien gestionadas”. Resulta incoherente con el espíritu del PRD y especialmente con los principios de eficiencia. Podría conllevar incentivos perversos y conducir a resultados ineficientes estática y dinámicamente. Se recomienda en este sentido reconsiderar las fórmulas-tipo vigentes, incorporar en su nuevo diseño un factor que module las revisiones de precio en función de la productividad y no considerar valores agregados sino las empresas más eficientes del sector.

permiten (tanto en su articulado y espíritu como en la redacción que introduce la primera en el TRLCSP vigente)

³⁵ Es cierto que el TRLCSP no los excluía la posibilidad de revisión de precios provisionales y recoge una definición amplia y omnicompreensiva del término “precio: “cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios” (art. 89.1. in fine del TRLCSP)

³⁶ [Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre](#) y [Orden HAP/1292/2013, de 28 de junio](#), aunque para la modificación de sus anexos baste Acuerdo del Consejo de Ministros podría ser conveniente actualizar, también, su contenido sustantivo.

³⁷ Además se trata un desarrollo reglamentario del TRLCSP previo a su adecuación a la política y normativa de desindexación.

- vi) Concreción de la composición y funcionamiento del **Comité Superior de precios de contratos del Estado** y de los procedimientos y criterios de aprobación de las fórmulas-tipo de revisión.
- vii) **Obligatoria inclusión del mecanismo de incentivo de eficiencia** en las fórmulas de revisiones periódicas y predeterminadas (artículo 9.4.c del PRD), como ya se ha advertido anteriormente en este Informe. En concreto el factor X que modula las revisiones en función de la **productividad** (al que hace referencia el art. 7.8.a del PRD) debe ser de inclusión obligatoria y no potestativa.

III.2.6. Periodo de recuperación de la inversión de los contratos

El artículo 10 del PRD lo define como aquél en el que previsiblemente puedan recuperarse las inversiones y establece para su determinación la tradicional fórmula de flujos de caja actualizados.

Debería especificarse quién realiza estas estimaciones (licitador u órgano contratante y, si es éste último, con asistencia de qué órganos). Debe alertarse de que las asimetrías de información son habituales en perjuicio del órgano contratante y deberían adoptarse las debidas cautelas para una estimación lo más precisa y ajustada a escenarios viables.

Se sugiere la acotación de conceptos jurídicos indeterminados (tales como “predicciones razonables”) y la justificación de la fijación de la rentabilidad razonable (determinada en el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a diez años incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos). Además, toda vez que un contrato supone un monopolio en la provisión a una concreta Administración de un bien o servicio específico (se elimina el riesgo de competidores y la Administración proporciona además generalmente mayores garantías de pago), podrían considerarse límites absolutos en dicha rentabilidad razonable.

III.2.7. Otras cuestiones

Más allá de las observaciones anteriores, resulta pertinente realizar una serie de valoraciones adicionales desde la óptica de promoción de la competencia y de la regulación económica eficiente:

- El régimen de variaciones no motivadas por variaciones de costes (disposición adicional segunda del PRD) no presenta, ni en la MAIN ni en el PRD, adecuada justificación. Debería existir una fundamentación adecuada e ilustrada con supuestos concretos en los que existe un fallo de mercado o razón imperiosa de interés general que justifique este régimen excepcional. De mantenerse el régimen, deberían tasarse los supuestos y reducir la discrecionalidad. En concreto, el contenido de la memoria se antoja escaso (y más si se compara con la memoria económica prevista para las variaciones periódicas no

predeterminadas y no periódicas). Podría desarrollarse el contenido y preverse la intervención previa de la IGAE y/o otros órganos.

- Las revisiones periódicas no predeterminadas pueden ofrecer una oportunidad para revisar ciertos valores monetarios en sectores regulados al comienzo de un periodo regulatorio. Esto implica que será necesario realizar una memoria justificativa de la necesidad de revisión (que puede formar parte de la memoria de la norma que establezca la revisión) cuyo contenido está regulado. Ello debería minimizar los riesgos de revisiones al alza no justificadas
- El artículo 5 del PRD (que establece un límite a los costes de la mano de obra) puede ser un mecanismo interesante de control de costes de la contratación pública y de sectores regulados.

