

A análisis el Real Decreto 55/2017 que desarrolla la Ley de Desindexación

Por María Pérez Prieto y Alejandro García Valle

Directora de Asesoría Jurídica y Abogado del Departamento de Asesoría Jurídica de Alsa, respectivamente

El pasado 5 de febrero de 2017 entró en vigor el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, que desarrolla parcialmente la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, en lo que se refiere a las revisiones de valores monetarios motivadas por variaciones de costes, dentro de la habilitación dispuesta en los artículos 4 y 5 de dicha Ley.

De todos es conocido que el pretendido objetivo fundamental y básico de dicha Ley, según su exposición de motivos, reiterado igualmente en el Real Decreto, es desvincular la revisión de los valores monetarios, en cuya determinación participe el sector público, de la evolución de los índices generales de precios, y establecer un sistema de precios que refleje apropiadamente la información del concreto mercado determinada por los costes y la demanda de cada mercado, no produciendo supuestas situaciones generadoras de inflación y, al mismo tiempo, evitando la generación de persistencia o inercias en dicha inflación.

Esta declaración de principios, que trasciende el ámbito jurídico, debe ponerse en conexión con el principio de oportunidad y procedencia que debe regir en la aprobación de cualquier texto normativo, oportunidad que no debe ser confundida con oportunismo, habida cuenta que la realidad actual, así como la relativamente pasada no ponen de manifiesto la necesidad imperiosa y determinante de atacar la inflación con sistemas como el que esta normativa regula. Aunque históricamente se ha alegado que el uso de mecanismos de indexación ha alimentado el diferencial de España respecto a la zona Euro, en la última serie histórica 2014-2016, en la que aún no se había desarrollado la Ley de

desindexación, tal y como indica el Programa Nacional de Reformas, ésta ha registrado tasas negativas y no ha sido hasta finales de 2016 cuando ha comenzado a registrar valores positivos que, no obstante, no superarán el 2% anual, lo que resulta coherente con las expectativas de inflación moderada que mantienen los técnicos del Banco Central Europeo. Queda, por tanto, apuntada la duda razonable sobre la conveniencia de este desarrollo normativo, sin entrar a detallar si desde una perspectiva macroeconómica la inflación en sí misma es el demonio de los males de la economía española, o si por el contrario se ha demostrado que nuestra economía ha funcionado históricamente con niveles de inflación razonables y la raíz del mal reside en los niveles de productividad.

Con todo, el Real Decreto merece ser objeto de análisis.

Primeramente, es preciso poner de manifiesto que el Real Decreto no será de aplicación con fortuna y acierto, a las licitaciones cuyo expediente de contratación haya sido iniciado con anterioridad a su entrada en vigor y lógicamente tampoco con efecto retroactivo respecto a los contratos vigentes – aunque no debe omitirse que esa fue la primera intención de la Ley-. A estos efectos, el día a quo será el de publicación oficial del preceptivo anuncio de licitación.

El Real Decreto parte de la aplicación de los llamados principios de referenciación a costes y de eficiencia y buena gestión empresarial, en cuya virtud se determina que los regímenes de revisión tomarán como referencia a la estructura de costes de la actividad objeto de revisión, aquellos costes que sean indispensables para

Auriga

Sistema de Planificación y Gestión de Empresas de Transporte de Viajeros



Auriga es una solución para empresas del sector de transporte de viajeros, que permite una mejora en la planificación y la gestión.

Ahorra costes, tiempo y recursos.

Cálculo optimizado de trayectos y turnos con Inteligencia Artificial.



Datos de planificación



Heurística de cálculos

Vehículos, turnos y horarios

Linea	Horario	Conductor	Estado
1	07:00-08:00	J. Pérez	Activo
2	08:00-09:00	M. López	Activo
3	09:00-10:00	A. García	Activo
4	10:00-11:00	R. Martín	Activo
5	11:00-12:00	C. Rodríguez	Activo
6	12:00-13:00	D. Sánchez	Activo
7	13:00-14:00	E. Torres	Activo
8	14:00-15:00	F. Flores	Activo
9	15:00-16:00	G. Hernández	Activo
10	16:00-17:00	H. Jiménez	Activo

Código	Matrícula	Descripción	Región	Paisaje	Estado	Tipos
01	3342 TTY	RENAULT 01 - 3342 TTY	General	70	Activo	Autobus
02	5789 QSS	RENAULT 02 - 5789 QSS	General	70	Activo	Autobus
03	2548 BSS	SCANIA HOPPERALINER	General	70	Activo	Autobus
04	9074 QSS	SEAT ESPARDO Luchano	General	70	Activo	Autobus
05	9012 ABC	SEATLE-BENICA	General	70	Activo	Normal
06	8754 QSS	RENAULT 06	General	70	Activo	Normal
07	2123 PQA	RENAULT 07	General	70	Activo	Autobus
08	3444 QSS	RENAULT 08	General	70	Activo	Autobus

Con Auriga es posible el cálculo de horarios de vehículos y turnos de conductores a partir del perfil de demanda seleccionado de manera automática y optimizada.

Además permite la gestión de vehículos, conductores, agendas, líneas, paradas, configuración de los tipos de turnos que pueden realizar los conductores, calendarios...

Se pueden generar los complementos de nóminas, permite el control de la explotación económica de las líneas y proporciona ayuda a la gestión con un extenso soporte documental y de listados.

SHS

954 990 030

<http://www.shsconsultores.es>





la realización de la actividad en una empresa eficiente, bien gestionada y que desarrolle una actividad con el mínimo de calidad exigible por la norma de aplicación. Resulta sorprendente y muy negativa la técnica normativa utilizada, más cuando nos hallamos ante conceptos de vital importancia y sobre los que pivota el Real decreto y su ejecución práctica. Nos referimos a la vaguedad con la que se describe el concepto de “costes indispensables” o la manifiesta indeterminación y generalidad de preceptos como “empresa eficiente”, “bien gestionada” o “mínimos de calidad exigible”, términos jurídico/económicos indefinidos que generan una manifiesta inseguridad jurídica e inevitablemente darán lugar a interpretaciones no homogéneas y, por ello, a actuaciones administrativas no equitativas, con la conflictividad jurídica que ello supondrá.

La estructura de costes que será determinada atendiendo a las mejores prácticas disponibles en el sector, deberá estar debidamente

justificada y formará parte de la memoria que acompañará a todo expediente de contratación. Evidente resulta que nuevamente incurre el Real Decreto, respecto a una cuestión tan relevante, en una notoria falta de determinación y abstracción conceptual. ¿Qué son mejores prácticas?, ¿Qué valor diferenciador tiene una práctica para ser buena frente a una mala?, ¿es siquiera acaso posible acotar un término tan abstracto como éste?

Mención especial merita el literal siguiente: *“cuando, conforme a lo dispuesto en este real decreto, puedan trasladarse al valor revisado los costes de mano de obra, el incremento repercutible de los mismos no podrá ser superior al incremento experimentado por la retribución del personal al servicio del sector público, conforme a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado”*. Tanto la Ley como el Real Decreto omiten cualquier referencia que motive el porqué de esta referencia concreta; y difícil, si no imposible,



resulta encontrar una mínima motivación para vincular al sector privado con el público, cuando ni su estatus, ni sus condiciones ni su normativa posibilitan dicha vinculación; pudiera acaso deducirse que esta vinculación no es más que un instrumento torticero para controlar indirectamente esta variable de coste -que en el sector del transporte no es ciertamente menor-, pues es inevitable pensar que las administraciones públicas son juez y parte en esta cuestión. Surgen, por consiguiente, un sinnúmero de interrogantes, ¿qué personal del sector público?, ¿incluye el personal laboral?, ¿el sector público engloba a la administración general, y la autonómica y la municipal....? pero, por encima de cualquier interrogante, planea el fundado temor a las consecuencias de esta vinculación, que no es otro que la conflictividad social a la que aboca al sector, pues es fácil prever las tensiones que dicha regulación, con total seguridad, va a generar en el marco de la negociación colectiva y el impacto que éstas tendrán, no nos

olvidemos, en la prestación del servicio público de transporte de viajeros.

Hay que significar que con la entrada en vigor del presente Real Decreto se activa la redacción, latente hasta ahora, del artículo 89 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en el cual se indica que *“los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada”*.

Con relación a la revisión periódica y determinada que nos ocupa (ya que las no periódicas y periódica no predeterminada de valores monetarios no son de aplicación a los contratos de concesión), para que la misma tenga lugar, se establecen los requisitos de haber transcurrido dos años desde la formalización del contrato y que haya sido ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe (a excepción de los todavía denominados en el Real Decreto, contratos de gestión de servicios públicos), debiendo además concurrir, acumulativamente, las circunstancias de que el período de recuperación de la inversión del contrato sea igual o superior a cinco años y que así esté previsto en los pliegos, los cuales deberán detallar la fórmula de revisión aplicable (debiendo tener en cuenta que dicha revisión no podrá tener lugar transcurrido el período de recuperación de la inversión del contrato que en su caso se determine). Al respecto, no deja de sorprender, una vez más y aún a costa de ser reiterativo, la manifiesta arbitrariedad y falta de fundamentación con la que se establecen determinados límites y acotaciones sensibles y críticas como la que sienta el plazo de cinco años (¿por qué no cuatro o seis?) como límite del período de recuperación para poder ser objeto de revisión. Quiero creer que pudiera existir una explicación -de la que se nos priva- pero, en el fondo, mi conclusión es que el plazo es de 5 años, como podía haber sido, 2 ó 4, pues, en el fondo, parece que nos encontramos ante un ejercicio normativo fruto de la improvisación, redactado con urgencia, carente de toda reflexión y ajeno, e incluso, irrespetuoso hacia el sector empresarial en general, que no se nos olvide es el generador de la riqueza de este país y el motor de la tan deseada productividad. El Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Públicas se ha arrogado el papel de la fijación de las bases y coordinación de la

planificación de la actividad económica, no discriminando de forma alguna que cada uno de los sectores afectados por el Real Decreto tiene sus propias peculiaridades, idiosincrasia y tratando de constreñir a todos ellos en un mismo terreno de juego – dicho sea de paso minado- por el simple hecho de prestar servicios públicos. Con todos los respetos, las cosas no se hacen así y no deben hacerse así porque las consecuencias son gravísimas.

No es cuestión menor, igualmente, el hecho de que las revisiones periódicas y predeterminadas no incluyan las variaciones de los costes financieros, las amortizaciones, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial; circunstancia ésta que no hace sino volver a llamar la atención, de una parte, por dejar fuera de dichas revisiones partidas que, en cualquier caso, formarán parte de una estructura de costes genérica que puede ser de aplicación a cualquier actividad, siendo igualmente integradas y gestionadas en su contabilidad de costes; y de otra, al tomar esta determinación, sin una motivación o razonamiento que, aunque mínimamente justifique su implementación, o más bien su exclusión.

Respecto a la revisión de los valores, la misma puede instrumentarse mediante una fórmula tipo aprobada por Consejo de Ministros,

procedimiento que por su generalidad parece deducirse que no va a tener encaje, habida cuenta de la casuística de los procesos de licitación; o en su defecto será el Órgano de Contratación el que determine en cada proceso de licitación la estructura de costes propuesta, previo trámite de audiencia pública e informe previo preceptivo del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado (dependiendo de la cuantía de los contratos). Dicha estructura de costes tomará como referencia la información requerida a cinco operadores económicos del sector.

Debe significarse al respecto que nos encontramos, lamentablemente, una vez más, ante un supuesto de indeterminación conceptual ya que esa referencia a “*cinco operadores económicos del sector*”, no va acompañada de parámetros o criterios mínimos e imprescindibles para poder delimitar y definir dichos operadores que van a servir de referencia (tales como volumen de facturación, resultado de ejercicios anteriores, significación y referencia en el mercado.....); indeterminación que teniendo en cuenta la entidad de la finalidad de dicha referencia, hace crítica y necesaria la existencia de un detalle o relación de criterios para su determinación de forma objetiva y concreta. Así mismo, debe ponerse de manifiesto, (que, todo sea dicho de paso, la propia norma no lo hace), que la información requerida debería ser instada con relación a contratos



individualizados, lo más análogos posible al que sea objeto de licitación en cuanto a su operativa y condiciones de prestación y gestión, de lo contrario, en mi opinión, las referencias que integrarán la estructura de costes podrían resultar inadecuadas.

Con relación al período de recuperación (definido como aquel en el que previsiblemente se recuperarán las inversiones realizadas para la correcta ejecución del contrato) el mismo deberá estar debidamente justificado, para lo cual se tomará la base de parámetros objetivos en función de la naturaleza concreta del objeto del contrato, así como estimaciones que procedan sobre la base de predicciones razonables y, siempre que resulte posible, basadas en fuentes estadísticas oficiales; para ello, se ha implementado una fórmula que determina dicho período de recuperación basada y referenciada al concepto de flujos de caja.

Una vez más, el legislador nos sume en una situación de indeterminación que, a todas luces, dará lugar a un ejercicio interpretativo indeseado, al utilizar términos tales como *“previsiblemente”*, *“estimaciones que procedan sobre la base de predicciones razonables”* o *“flujo de caja esperado”* que por su ambigüedad y vaga concreción conceptual deberán resolverse en fase de aplicación práctica. Consecuencia lógica y cierta de dicho planteamiento es que los períodos de recuperación se van a determinar no sobre datos ciertos, fundados y objetivos sino sobre estimaciones. Esta realidad generará, con total seguridad, situaciones de desfase y diferencias entre el período de recuperación estimado a priori y el que realmente resulte de la realidad operacional y de ejecución de los contratos, sometidos siempre a los vaivenes de la realidad socio-económica; no siendo sólo preocupante dicha situación, sino además y por añadidura el hecho cierto de que no se prevé mecanismo alguno para, en su caso, revertir y equilibrar la realidad que finalmente haya resultado.

Todo este cúmulo de circunstancias que configuran el terreno de juego van a dar lugar, sin duda, a que los contratos en su fase de gestación partan de estructuras de costes incompletas/insuficientes/inexactas, estructuras de costes que no

pueden flexibilizarse y adaptarse a la realidad de la oferta que resulte más ventajosa en el correspondiente procedimiento contractual, estructuras que quedarán condicionadas a ese período de cinco años que no sabemos en qué se justifica y estructuras de costes que vivirán totalmente ajenas a la evolución de todas las variables que afectan a un contrato durante su ejecución. Todo ello, irremediamente, me temo supondrá que algunos contratos se gesten, por tanto, sin revisiones – cuando la realidad después demostrará que sí procedía-, con revisiones insuficientes o con revisiones tardías. Esto es lo que sucede cuando se fija el terreno de juego ex ante y no se cambia aunque las circunstancias varíen y las previsiones realizadas se demuestre que no son válidas o incluso fueron directamente erróneas. No hay mecanismo alguno en el Real Decreto para este supuesto.

En resumen, nos encontramos ante una norma que exigirá un ejercicio concienzudo de estudio y análisis por el sector y las administraciones públicas implicadas, pues es innegable que la técnica normativa, tal y como se ha ido exponiendo, no resulta a todas luces la más idónea. Es discutible por las razones ya apuntadas la oportunidad y conveniencia de este desarrollo, pero lo más grave, desde un punto de vista estrictamente jurídico, es el generalizado componente de indeterminación y ambigüedad conceptual y procedimental, junto con la absoluta arbitrariedad de los límites que fijan el terreno de juego. Mucho nos tememos, por tanto, que esto nos abocará a una fallida e ineficaz aplicación que no podrá soslayar un alto grado de incidencias procedimentales que, probablemente, terminarán por acotar los órganos jurisdiccionales. Por supuesto, siempre nos quedará acudir a la Administración de Justicia, pero entretanto y durante un largo tiempo, serán los empresarios del transporte (y sus trabajadores y los usuarios del servicio público) los que paguen las penas de un sistema mal llamado de desindexación que generará, casi con total seguridad, contratos administrativos carentes de revisiones periódicas, con revisiones periódicas insuficientes y con revisiones periódicas ajenas a la realidad de la oferta, de la demanda y de los costes reales de la explotación de un servicio público. Malas perspectivas, sin duda, e inmerecidas para un sector tan castigado durante los últimos años. ■