

INFORME SSPI000018/17 PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE CREA LA OFICINA ANDALUZA DE EVALUACION FINANCIERA.

Asunto: Decreto; Evaluación Financiera, DA Trigésimo Sexta TRLCSP; Oficina Nacional de Evaluación Financiera; Creación de la Oficina Andaluza de Evaluación Financiera.

Remitido por la Ilma. Sra. Secretaria General Técnica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, proyecto de Decreto referenciado para su informe, conforme al artículo 78.2.a) del Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, se formulan las siguientes:

ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha de 27 de marzo de 2017 se solicita informe sobre el texto arriba citado.

Segundo.- Con fecha 9 de mayo se remite nuevo texto para informe, retirando simultáneamente la petición de informe respecto del texto anterior.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- El anteproyecto de decreto que se somete a informe tiene por objeto, siguiendo la propia Exposición de Motivos, crear la Oficina de Andaluza de Evaluación Financiera, con la finalidad de analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y los contratos de concesión de servicios de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Trigésimo Sexta del TRLCSP, disposición introducida por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Esta disposición crea la Oficina Nacional de Evaluación Financiera regulando los informes que la misma ha de evacuar sobre determinados tipos de contratos, especialmente de concesión de obra y de concesión de servicios, y prevé la creación de oficinas análogas por las Comunidades Autónomas. Así mismo resulta competente para informar los acuerdos de reestablecimiento del equilibrio económico del contrato en los casos previstos en los arts. 258.2 y 282.4 TRLCSP.

Esta Oficina Andaluza nace con las mismas competencias que la estatal, pero se le añade la competencia para informar proyectos de inversión que se ejecuten a través de fórmulas de



Código:	43CVe872NWVGN3Rzf7zIQWWhs2BfuX	Fecha	05/06/2017	
Firmado Por	MARIA MONICA ORTIZ SANCHEZ	Página	1/8	
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma			

colaboración público-privada, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 25 de la Ley 5/2012, de 26 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en la redacción otorgada por la Ley 10/2016, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2017).

El Decreto regula las competencias, composición y funcionamiento de la Oficina y el contenido de los informes.

SEGUNDA.- Respecto al marco competencial en el que se insertaría el presente texto normativo, hemos de citar los preceptos de la Constitución Española que sirven de fundamento a la DA Trigésimo Sexta del TRLCSP que son los arts. 149.1.18, 13 y 14, teniendo esta disposición carácter básico a la luz de lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público..

Además en el ámbito del Estatuto de Autonomía para Andalucía se atribuyen competencias exclusivas a la Comunidad Autónoma para la estructura y organización de los órganos administrativos públicos (art. 47.1.1ª) y competencia compartida con el Estado sobre los contratos y concesiones administrativas (art. 47.2.3ª).

Por otra parte el art. 189 del Estatuto dispone que *"El gasto público de la Comunidad Autónoma realizará una asignación equitativa de los recursos disponibles en orden a la satisfacción de las necesidades a cubrir, teniendo en cuenta los fines constitucionales y estatutarios encomendados a los poderes públicos, así como los principios de estabilidad económica, eficiencia y economía que han de guiar su programación y ejecución"*.

TERCERA.- El marco normativo en el cual se insertaría esta Ley estaría constituido principalmente por la Disposición Adicional Trigésimo Sexta del TRLCSP cuyo tenor literal pasamos a reproducir.

Disposición Adicional trigésimo sexta . La Oficina Nacional de Evaluación

- 1 . Se crea la Oficina Nacional de Evaluación que tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios públicos .*
- 2 . Mediante Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, se determinará la composición, organización y funcionamiento de la misma .*
- 3 . La Oficina Nacional de Evaluación, con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de obras y de gestión de servicios públicos a celebrar por los poderes adjudicadores*



Código:	43CVe872NwVGN3Rzf7zIQwWHS2BfuX	Fecha	05/06/2017	
Firmado Por	MARIA MONICA ORTIZ SANCHEZ			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	Página	2/8	

dependientes de la Administración General del Estado y de las Corporaciones Locales, evacuará informe preceptivo en los siguientes casos :

a) Cuando se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión , así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario .

b) Las concesiones de obra pública y los contratos de gestión de servicios en las que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros .

Asimismo informará de los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, en los casos previstos en los artículos 285.2 y 282.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, respecto de las concesiones de obras y servicios públicos que hayan sido informadas previamente de conformidad con las letras a) y b) anteriores o que, sin haber sido informadas , supongan la incorporación en el contrato de alguno de los elementos previstos en éstas . Cada Comunidad Autónoma podrá adherirse a la Oficina Nacional de Evaluación para que realice dichos informes o si hubiera creado un órgano u organismo equivalente solicitará estos informes preceptivos al mismo cuando afecte a sus contratos de concesión .

Reglamentariamente se fijarán las directrices apropiadas para asegurar que la elaboración de los informes se realiza con criterios suficientemente homogéneos .

4 . Los informes previstos en el apartado anterior evaluarán si la rentabilidad del proyecto obtenida en función del valor de la inversión , las ayudas otorgadas, los flujos de caja esperados y la tasa de descuento establecida es razonable en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario . En dicha evaluación se tendrá en cuenta la mitigación que las ayudas otorgadas puedan suponer sobre otros riesgos distintos del de demanda , que habitualmente deban ser soportados por los operadores económicos .

En los contratos de concesión de obra en los que el abono de la tarifa concesional se realice por el poder adjudicador la oficina evaluará previamente la transferencia del riesgo de demanda al concesionario. Si éste no asume completamente dicho riesgo, el informe evaluará la razonabilidad de la rentabilidad en los términos previstos en el párrafo anterior .

En los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, el informe evaluará si las compensaciones financieras establecidas mantienen una rentabilidad razonable según lo dispuesto en el primer párrafo de este apartado .

5 . Los informes serán evacuados, a solicitud del poder adjudicador contratante, en el plazo de treinta días desde la petición o nueva aportación de información al que se refiere el párrafo siguiente. Este plazo podrá reducirse a la mitad siempre que se justifique en la solicitud las razones de urgencia. Estos informes serán publicados a través de la central de información económico - financiera de las Administraciones Públicas dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y estarán disponibles para su consulta por el público a través de medios electrónicos .



Código:	43Cve872NwVGN3Rzf7zIQWwHs2BfuX	Fecha	05/06/2017	
Firmado Por	MARIA MONICA ORTIZ SANCHEZ			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	Página	3/8	

El poder adjudicador que formule la petición remitirá la información necesaria a la Oficina, quien evacuará su informe sobre la base de la información recibida . Si dicha Oficina considera que la información remitida no es suficiente , no es completa o requiriere alguna aclaración se dirigirá al poder adjudicador peticionario para que le facilite la información requerida dentro del plazo que ésta señale al efecto . La información que reciba la Oficina deberá ser tratada respetando los límites que rigen el acceso a la información confidencial .

6. Si la Administración o la entidad destinataria del informe se apartara de las recomendaciones contenidas en un informe preceptivo de la Oficina, deberá motivarlo en un informe que se incorporará al expediente del correspondiente contrato y que será objeto de publicación. En el caso de la Administración General del Estado esta publicación se hará a través de la central de información económico - financiera de las Administraciones Públicas .

7. La Oficina publicará anualmente una memoria de actividad .

Los antecedentes normativos en Andalucía lo constituyen el art. 25 de la Ley 5/2012, de 26 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para el año 2013 que establece el informe preceptivo y vinculante de la Consejería competente en materia de Hacienda a los proyectos de inversión que vayan a ejecutarse mediante fórmulas de colaboración público-privada en el sector público andaluz. Este precepto precisamente justifica la atribución de esta competencia a la Oficina, además de las que ya le atribuye la norma estatal.

CUARTA.- En cuanto a la estructura del texto, éste consta de siete artículos, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

QUINTA.- Desde el punto de vista procedimental, la iniciativa reglamentaria se encuentra regulada en el artículo 43 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Junto a ello debe considerarse el Acuerdo de 22 de octubre de 2002, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban instrucciones sobre el procedimiento para la elaboración de anteproyectos de ley y disposiciones reglamentarias competencia del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

También ha de considerarse lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dedica su Título VI "De la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones" a esta materia introduciendo importantes novedades. A las normas contenidas en este título si deberá adaptarse el texto remitido, especialmente en lo que a los principios de buena regulación se refiere.



Código:	43Cve872NWVGN3Rzf7zIQiWHs2BfuX	Fecha	05/06/2017	
Firmado Por	MARIA MONICA ORTIZ SANCHEZ			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	Página	4/8	

5.1. Efectivamente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 129.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, *"En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios"*.

Respecto a dicha exigencia, se ha pronunciado el Consejo Consultivo de Andalucía en Dictamen n.º 242/2017, de 16 de mayo, indicando lo siguiente:

" (...) el Consejo Consultivo echa en falta una memoria justificativa en la que expresamente se valore el cumplimiento de los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas (...) El artículo 129 de la Ley 39/2015 dispone que en la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios. Sin embargo, dicha declaración no es una pura formalidad, sino que debe guardar coherencia con la documentación obrante en el expediente, en la que debe quedar constancia del análisis del cumplimiento de dichos principios. En este caso, como se indica en el anterior fundamento jurídico, no existe una memoria o documento equivalente que permita considerar efectuado dicho análisis y, por ende, resulta cuestionable la declaración que se formula en la exposición de motivos".

Por tanto, además de incluirse en la parte expositiva, el cumplimiento de proyecto a los principios de buena regulación, concretamente los principios de "necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia", habría de constar en una memoria que lo justifique dentro del expediente.

5.2. En lo que respecta a la tramitación, y en concreto a las disposiciones del artículo 133 de la Ley 39/2015 relativas a la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos hemos de analizar su aplicación en este expediente. Conforme a lo previsto en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de *"Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma"*. El apartado segundo de la norma se refiere al trámite de audiencia a los ciudadanos afectados. Según los apartados 3 y 4 del citado precepto, podrá prescindirse de dichos trámites de consulta, audiencia o información pública *"en el caso de normas (...) organizativas de la (...) Administración autonómica"*, y *"Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia"*, respectivamente.



Código:	43CVe872NWVGN3Rzf7zIQWWhs2BfuX	Fecha	05/06/2017	
Firmado Por	MARIA MONICA ORTIZ SANCHEZ			
Uri De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	Página	5/8	

Consideramos debidamente justificado en el expediente las razones que han permitido eludir los trámites de consulta, audiencia e información pública dado el carácter organizativo de la norma.

5.3.- Considerando el contenido de la norma resulta preceptivo el Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa dado que el Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, prevé en su Artículo 2, dedicado a las Funciones, que corresponde a la misma informar sobre cualquier asunto en materia de contratación administrativa y, en especial, y con carácter preceptivo los siguientes: a) Los anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones reglamentarias sobre contratación administrativa.

Dicho Informe no consta en el expediente.

5.4. En cuanto al dictamen del Consejo Consultivo, el artículo 17.3 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, que regula dicho órgano, establece que será consultado preceptivamente en los "Proyectos de reglamentos que se dicten en ejecución de las leyes y sus modificaciones".

Desde el punto de vista formal, nos encontramos ante una norma interna de la Administración de la Junta de Andalucía, es decir, un reglamento organizativo, que ha sido encuadrado por el Tribunal Constitucional, a efectos de delimitación competencial, en la función o potestad ejecutiva, en la medida en que aquella delimitación exige incluir en ésta toda actividad que no sea normación con efectos ad extra (hacia el exterior). (Sentencias del Tribunal Constitucional 208/1999, 103/1999, 21/1999, 196/1997, 243/1994, 360/1993, 198/1991, 249/1988, 7/1985, 81/1984, 57/1982, 39/1982, 35/1982, 18/1982, 1/1982 y 33/1981).

No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009, Rec. N° 4035/2005, establece una excepción cuando un reglamento organizativo ejecuta una Ley, indicando lo siguiente:

"Es cierto que, como se aduce al contestar la demanda por la Letrada de la Junta de Andalucía, nada impide que el reglamento organizativo trate cuestiones que, a su vez, se encuentren recogidas en normas de rango legal, pues hemos de tener en cuenta, como ya se razonaba en la Sentencia de esta Sala y Sección de 9 de julio de 1993, que los conceptos de reglamento organizativo y reglamento ejecutivo no son contrapuestos, «pues, en efecto, también un reglamento organizativo puede ser ejecutivo, si es que desarrolla o ejecuta los principios organizativos de una ley. Pero habrá de admitir la parte actora que ello no ocurrirá siempre y sólo por el hecho de que la Ley cite o mencione a un órgano, sino que será preciso, para calificar al posterior reglamento de ejecutivo, que la Ley remita al Reglamento la posterior regulación de la materia de acuerdo con los principios que ella misma impone; sólo entonces podrá decirse que el Reglamento ejecuta la ley»".



Código:	43Cve872NwVGN3Rzf7zIQwWHS2BfuX	Fecha	05/06/2017	
Firmado Por	MARIA MONICA ORTIZ SANCHEZ	Página	6/8	
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma			

A tenor de ello, valoramos que procede el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo, toda vez que, a pesar de ser un reglamento organizativo, se está ejecutando la Disposición Adicional Trigésimo Sexta del TRLCSP.

SEXTA.- Entrando ya en el estudio pormenorizado del texto remitido, que reproduce casi literalmente la norma estatal en cuanto a los supuestos en que han de evacuarse los informes así como la documentación a remitir y la publicidad, no si bien en cuanto a al composición de la oficina, hemos de hacer las siguientes observaciones:

6.1. Como consideración general para todo el articulado ha de destacarse que el texto remitido se refiere en todo momento a "contratos de concesión de servicios", mientras que la DA 36 TRLCSP emplea indistintamente el término "contrato de gestión de servicios públicos" y "contratos de concesión de servicios públicos".

Si bien la técnica empleada por el legislador estatal al emplear ambos términos de forma indistinta no resulta desde luego correcta por cuanto la normativa actualmente vigente en España, el TRLCSP, no contempla ambos tipos de contratos sino sólo el contrato de gestión de servicios públicos, si es cierto que como efecto directo de las directivas si puede reconocerse la existencia ya en el ordenamiento jurídico de los contratos de concesión de servicios previstos en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (ver en este sentido la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a los órganos de contratación en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación de marzo de 2016).

Como indicábamos no resulta clara la técnica empleada por el legislador estatal lo cual nos lleva necesariamente a plantearnos cuál es la voluntad del legislador estatal y de la redacción reproducida sólo nos cabe afirmar que parece que la finalidad del legislador estatal es sujetar a dicho informe aquéllos contratos en los que exista una transferencia del riesgo operacional al contratista.

Cuestión distinta es que el proyecto de LCSP que se está tramitando actualmente en el Congreso no regule ya el "contrato de gestión de servicios públicos" ni tampoco el "contrato de concesión de servicios públicos" sino los contratos de "servicios" y de "concesión de servicios".

El texto remitido para informe se refiere tan sólo a los "contratos de concesión de servicios", es decir no recoge ni los "contratos de gestión de servicios públicos" ni los "contratos de concesión de servicios públicos" a los que se refiere el legislador estatal (DA-36), por lo que parece estar redactado pensando en el texto que se está tramitando actualmente en el congreso.

Consideramos que esta fórmula no resulta adecuada en este momento y que vistos los antecedentes expuesto la normativa que regule esta materia debe recoger expresamente la obligación de sujetar a dicho informe los contratos de gestión de servicios públicos del TRLCSP actualmente



Código:	43Cve872NwVGN3Rzf7zIQWWhs2BfuX	Fecha	05/06/2017	
Firmado Por	MARIA MONICA ORTIZ SANCHEZ			
Uri De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	Página	7/8	

vigente en que exista la transmisión del riesgo operacional, así como los contratos de concesión que se celebren en aplicación directa de las directivas de conformidad con la Recomendación citada.

Una vez se apruebe la nueva ley de contratos del sector público podrá eliminarse la alusión a los contratos de gestión de servicios públicos adaptando el texto al que resulte del legislador.

6.2. En el artículo 2.1. *in fine*, debería incorporarse tras los términos "equilibrio económico del contrato" el siguiente inciso para dotar al precepto de mayor previsión "*en los casos previstos en los artículos 285.2 y 282.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*".

6.3. Deberían también incorporarse a la norma las previsiones del apartado sexto de la Disposición Adicional Trigésimo Sexta que dispone que "*Si la Administración o la entidad destinataria del informe se apartara de las recomendaciones contenidas en un informe preceptivo de la Oficina, deberá motivarlo en un informe que se incorporará al expediente del correspondiente contrato y que será objeto de publicación*".

6.4. En el artículo 6 debe regularse el régimen de sustitución de los miembros de la Oficina, distintos al Presidente, en caso de ausencia, vacante o enfermedad u otra causa legal de conformidad con lo previsto en el art. 94.3. de la LAJA.

Es cuanto me cumple someter a la consideración de V.I., sin perjuicio de que se cumplimente la debida tramitación procedimental y presupuestaria.

La Letrada de la Junta de Andalucía.

Fdo.: Mónica Ortiz Sánchez
La Letrada de la Junta de Andalucía.
Jefa del Área de Asuntos Consultivos.



Código:	43CvE872NWVGN3Rzf7zIQWWhs2BfuX	Fecha	05/06/2017	
Firmado Por	MARIA MONICA ORTIZ SANCHEZ			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	Página	8/8	