



cutting through complexity

Actuacions pericials en l'àmbit de concessions administratives

*Jornada sobre actuacions pericials
economicofinanceres en l'àmbit
judicial/arbitral*

27 de novembre de 2015

Lluís Recoder i Miralles

*Soci del Departament de Regulatori,
Administratiu i Competència*

Visió general:

1.- Pràctica de la prova pericial en el procediment contenciós-administratiu

Especial consideració a la pràctica de prova pericial en el marc de les concessions administratives:

2.- Contracte de concessió: definició i regulació

3.- Contracte de concessió d'obres vs. gestió de servei públic en la modalitat de concessió

4.- Regulació futura

5.- Característiques del contracte de concessió

6.- Exemples de ruptura de l'equilibri econòmic-financer de la concessió

7.- Expedient de reequilibri d'una concessió

1. Pràctica de la prova pericial en el procediment contenciós-administratiu

Llei 29/1998, de 13 de juliol, de la Jurisdicció Contenciós-Administrativa (LJCA): articles 60 i 61

- PROVA A PETICIÓ DE LES PARTS

- En els **escrits de demanda, contestació o d'al·legacions complementàries cal:**
 - Fixar els extrems de fet sobre els que versarà la prova (fets controvertits per les parts)
 - Proposar els mitjans de prova que es volen practicar. Art. 299 LEC:

“1 . Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son:

1º Interrogatorio de las partes.

2º Documentos públicos.

3º Documentos privados.

4º Dictamen de peritos.

5º Reconocimiento judicial.

6º Interrogatorio de testigos.”

- El Jutge rebrà el procés a prova quan existeixi disconformitat en els fets i aquests fossin de transcendència
- **La prova es desenvolupa amb subjecció a les normes generals establertes pel procés civil, amb un termini per a la seva pràctica de 30 dies.** No obstant, es poden aportar proves practicades després d'aquest termini per causes no imputables a la part proposant
- En l'acte d'emissió de la prova pericial, el Jutge atorgarà un termini de màxim 5 dies, a petició de qualsevol part, per a que puguin sol·licitar aclariments al dictamen emès (**gairebé única referència de la LRJCA a la prova pericial**)

1. Pràctica de la prova pericial en el procediment contenciós-administratiu

- PROVA D'OFICI

- El Jutge **pot acordar d'ofici la recepció a prova i disposar la pràctica de les que estimi pertinents**
- Finalitzat el període de prova **el Jutge pot acordar la pràctica de qualsevol diligència provatòria necessària** fins que es declari la conclusió del plet per a sentència
- Les parts intervindran en les proves que es practiquin
- El jutge pot acordar d'ofici (amb audiència a les parts), o a instància de part, l'extensió dels efectes de les proves pericials a procediments connexos.

Exemple: recurs contenciós-administratiu seguit davant del TS en matèria de responsabilitat patrimonial pels danys que el canvi de règim retributiu de la producció d'energia renovable ha produït als titulars de les instal·lacions.

El TS ha sol·licitat com a diligències finals i abans de dictar sentència, la pràctica de prova pericial (sobre els danys patrimonials que aquest canvi de normativa ha pogut suposar pels titulars de les instal·lacions). Es va donar trasllat a les parts, es va celebrar un acte de vista oral per fer aclariments als dictàmens i s'ha convocat a les parts a una vista per emetre les conclusions sobre el mateix.

1. Pràctica de la prova pericial en el procediment contenciós-administratiu

Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil (LEC): articles 335 i ss.

“Quan siguin necessaris coneixements científics, artístics, tècnics o pràctics per a valorar fets o circumstàncies rellevants en l'assumpte o adquirir certesa sobre aquests les parts podran aportar al procés el dictamen de pèrits que posseixin els coneixements corresponents o sol·licitar (...) que s'emeti dictamen per pèrit designat pel tribunal” (art. 335.1 LEC)

- DESIGNACIÓ PRIVADA (O PÈRIT DE PART) (arts. 336, 337 i 338 LEC)

- Norma general: **aportació del dictamen amb la demanda o contestació**, llevat que es justifiqui que no és possible aportar-lo en aquell moment i es faci, com a màxim, fins a cinc (5) dies abans de l'inici de l'audiència prèvia al judici ordinari
- Sol·licitud de part per a que els pèrits exposin el seu dictamen en l'acte del judici: *ratificació del dictamen davant el Jutjat o Sala*
- En cas que la **necessitat d'un dictamen es posi de manifest a causa d'al·legacions del demandat en la contestació o de les al·legacions o pretensions complementàries** serà possible aportar dictamen, com a màxim, **fins a cinc (5) dies abans de la celebració del judici o vista**. També el Jutge pot acordar la presència dels pèrits en l'acte
- Els pèrits de part **poden ser objecte de taxa** per l'altra part

- DESIGNACIÓ JUDICIAL (art. 339).

- Part titular del dret d'assistència jurídica gratuïta
- El demandant o el demandat poden sol·licitar **en els corresponents escrits** que s'emeti informe pericial per part d'un pèrit designat judicialment
- Amb posterioritat a la demanda o a la contestació no es pot sol·licitar designació pericial judicial llevat que es **refereixi a al·legacions o pretensions no contingudes en la demanda**
- Els pèrits designats judicialment poden ser **objecte de recusació**

AMB DÓS HAN DE MANIFESTAR SOTA JURAMENT O PROMESA DE DIR VERITAT QUE HA ACTUAT AMB OBJECTIVITAT

1. Pràctica de la prova en el procediment contenciós-administratiu

Valoració del Dictamen pericial: “*El tribunal valorarà els dictàmens pericials segons les regles de la sana crítica*” (art. 348 LEC)

- El dictamen pericial **no vincula als jutges i tribunals**, doncs no acredita irrefutablement un fet, sinó simplement el judici personal o convicció formada pel pèrit d'acord amb els antecedents subministrats (SSTS de 16 d'octubre de 1980 i 9 de març de 2010)
- Per contra, les regles de la sana crítica suposen que el jutge hagi d'apreciar el dictamen de forma raonada, sotmetent-lo a un judici crític mitjançant l'**aplicació de màximes de lògica i experiència. No poden eludir el judici crític sobre la perícia**
- El tribunal ha de ponderar (SAP Biscaia d'11 de febrer de 2005):
 - Els **raonaments** que continguin els dictàmens i els que s'hagin fet valer en l'interrogatori dels perits
 - Les **conclusions** conformes i majoritàries que resultin tant dels dictàmens elaborats per perits designats per les parts com dels emesos per perits designats pel tribunal, motivant la seva decisió quan no estigui d'acord amb les conclusions majoritàries dels dictàmens
 - L'**examen de les operacions pericials** que s'hagin dut a terme pels pèrits que hagin intervingut en el procés, els **mitjans o instruments empleats** i les **dades en les que se sustentin** els seus dictàmens
 - La **competència professional dels pèrits** que els hagin emès, així com totes les circumstàncies que facin presumir la seva objectivitat
- La valoració de la prova pericial no és revisable en cassació llevat que sigui contrària, en les seves conclusions, a la racionalitat i es conculquin les més elementals directrius de la lògica (STS de 22 de juliol de 2009)

2.- Contracte de concessió: definició i regulació

- Contracte de concessió d'obra pública

Article 7. del Real Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic ("TRLCSP")

"1. La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 (contrato de obras), incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio."

- Contracte de gestió de serveis públics: modalitat de concessió

Artículo 8 TRLCSP

"1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante."

Artículo 277. Modalidades de la contratación

*"La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:
a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura."*

3.- Contracte de concessió d'obres vs. gestió de servei públic en la modalitat de concessió

-Qualificació d'un contracte de construcció i explotació d'un cementiri municipal: Informe 1/2008, de 2 de juny de la Junta Superior de Contractació de la Comunitat Valenciana

La dotació de cementiris és un servei públic bàsic a càrrec del municipi, essent aquesta una competència reservada a favor dels Ajuntaments, ha de ser gestionada de forma directa o indirecta pels Ajuntaments, d'acord amb allò que disposa la LBRL. La seva gestió indirecta es correspon amb un contracte de gestió de servei públic.

contracte de concessió d'obres vs. gestió de servei públic en la modalitat de concessió



El que resulta objecte d'explotació és l'obra construïda: si no hi ha obra no hi ha cte. concessió d'obra



El que resulta objecte d'explotació és el servei, comporti o no l'execució accessòria d'una obra

4.- Regulació futura

Avantprojecte de Llei de contractes del sector públic (transposició de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió)

- Article 14. Contracte de concessió d'obres

“1. La concessió de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio. (...)

*4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la **transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos.***

*Se considerará que **el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión.** La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.”*

- Article 15. Contracte de concessió de serveis

“1. El contrato de concesión de servicios es aquél en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.”

5.- Característiques del contracte de concessió

Principal característica dels contractes de concessió és el trasllat i, en conseqüència, l'assumpció de riscos per part del concessionari (risc operacional, de demanda, de subministrament, etc.) que té especials conseqüències des de la perspectiva de l'estabilitat pressupostària, doncs d'acord amb les normes comptables europees, aquests contractes queden fora del perímetre d'endeutament i despesa pública.

Aquest trasllat de riscos ha de mantenir, no obstant, un equilibri, de forma que s'ha de procurar que les prestacions que les parts s'obliguen a donar, entregar o rebre resultin equivalents des del punt de vista econòmic.

Aquest equilibri ha de mantenir-se durant tota la vida de la concessió.

“Artículo 258. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato

1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I, las condiciones de explotación de la obra.

b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231.

c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4.º de la letra c), y en la letra d) del artículo 131.1.”

6. Exemples de ruptura de l'equilibri econòmic-financer de la concessió

Malgrat la regulació actual, històricament s'han reconegut com a causes de ruptura de l'equilibri econòmic-financer de la concessió:

- ***Ius variandi***: actuacions de l'Administració per modificar les condicions de prestació del contracte en base a la necessitat de manteniment de la finalitat del mateix i l'interès general sobre el que se sosté el sentit del contracte.

Exemple: disminució o gratuïtat dels peatges imposada per l'Administració.

- ***Factum principis***: supòsit en el qual la modificació de les condicions de compliment del contracte no deriva de la voluntat expressa de l'Administració contractant, sinó d'una actuació de l'Administració aliena al contracte però que incideix, directament o indirecta, en el manteniment de l'equilibri econòmic del mateix.

Exemple: augment de costos com a conseqüència d'un canvi de normativa no existent en el moment de presentar l'oferta.

- ***Risc imprevisible***: circumstàncies noves que, amb una adequada diligència, no s'haguessin pogut preveure.

Exemple: manca de construcció d'una infraestructura que havia de servir per proporcionar trànsit a la concessionària d'una autopista, i que es va tenir en compte en el moment de presentar les ofertes.

7. Expedient de reequilibri d'una concessió

Advertida la concurrència d'una causa de ruptura de l'equilibri de la concessió:

Procediment administratiu davant l'Administració concedent

1.- Sol·licitud del reequilibri (mitjançant l'adopció de qualsevol mesura econòmica que respecti l'arquitectura del sistema de retribució pactat)

2.- Fonament de la pretensió des d'una doble vessant:

- **Fonamentació jurídica**

- **Fonamentació tècnica:** necessitat de poder acreditar mitjançant els corresponents informes pericials el dany causat en l'economia de la concessió.

3.- Resolució del procediment iniciat en via administrativa. Si és desestimàtoria o davant del silenci (negatiu) de l'Administració.



Interposició de recurs contenciós-administratiu

Rellevància de la prova proposada, admesa i practicada

Moltes gràcies

Lluís Recoder i Miralles

*Soci del Departament de Regulatori, Administratiu
i Competència*

© 2015 KPMG Abogados S.L., sociedad española de responsabilidad limitada y miembro de la red KPMG de firmas independientes, miembros de la red KPMG, afiliadas a KPMG International Cooperative (“KPMG International”), sociedad suiza. Todos los derechos reservados.

KPMG, el logotipo de KPMG y “cutting through complexity” son marcas registradas o comerciales de KPMG International.

La información aquí contenida es de carácter general y no va dirigida a facilitar los datos o circunstancias concretas de personas o entidades. Si bien procuramos que la información que ofrecemos sea exacta y actual, no podemos garantizar que siga siéndolo en el futuro o en el momento en que se tenga acceso a la misma. Por tal motivo, cualquier iniciativa que pueda tomarse utilizando tal información como referencia, debe ir precedida de una exhaustiva verificación de su realidad y exactitud, así como del pertinente asesoramiento profesional.