

Pliegos y estudios de viabilidad

Grupo de Contratos del Sector Público de GA_P

Los estudios de viabilidad, figura introducida en el ordenamiento jurídico español en 2003, se configuran como un documento preparatorio de los contratos cuya virtualidad deriva, en gran medida, de la configuración que a éstos se otorgue en los pliegos. A diferencia de lo que ocurre con otros aspectos relacionados con los contratos, nada dispone la Ley acerca del eventual carácter negocial de los estudios, cuya fuerza vinculante puede, sin embargo, definirse en los pliegos.

La relación entre los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los estudios de viabilidad en aquellos contratos que precisan - para el desenvolvimiento de la prestación que constituye su objeto -, de la construcción de una infraestructura, es un aspecto apenas abordado por los muchos manuales existentes en materia de contratación pública.

Cierto es que la figura del estudio de viabilidad no es elemento clásico de la legislación española en la materia, pues su introducción en la regulación concerniente a los contratos administrativos tuvo lugar ya empezado el siglo XXI, pero también lo es que a pesar de su carácter novedoso - o precisamente por ello - no existen estudios suficientes como para afirmar que su carácter, y en especial, su naturaleza, resulten incontrovertidos

Un análisis detenido de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), y del posterior texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, pone de relieve la inexistencia

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

La relación entre los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los estudios de viabilidad en aquellos contratos que precisan - para el desenvolvimiento de la prestación que constituye su objeto -, de la construcción de una infraestructura, es un aspecto apenas abordado por los muchos manuales existentes en materia de contratación pública.

Cierto es que la figura del estudio de viabilidad no es elemento clásico de la legislación española en la materia, pues su introducción en la regulación concerniente a los contratos administrativos tuvo lugar ya empezado el siglo XXI, pero también lo es que a pesar de su carácter novedoso – o precisamente por ello – no existen estudios suficientes como para afirmar que su carácter, y en especial, su naturaleza, resulten incontrovertidos

Un análisis detenido de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), y del posterior texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, pone de relieve la inexistencia de referencias al estudio de viabilidad, que se introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas. Esta norma incorpora a la legislación patria la figura del **estudio de viabilidad** que configura, según su propia exposición de motivos¹, como una actuación previa que contribuye a “definir la obra y el futuro contrato de concesión”, que puede culminar con la aprobación del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares que es donde “se concretará el contenido de la concesión de que se trate”.

La regulación citada fue derogada y sustituida por Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que dedicaba su artículo 112, en el marco del contrato de concesión de obras públicas, a la regulación del estudio de viabilidad, respecto del que disponía que **“con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión una obra pública, el órgano que corresponda de la Administración concedente acordará la realización de un estudio de viabilidad de la misma”**, cuyo contenido mínimo disciplinaba el apartado 2 del mismo artículo 112.

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), contiene en su artículo 128 una regulación idéntica a la descrita, tendencia que se consolida con la aprobación de la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público².

¹ Señala la exposición de motivos que “el capítulo II, ‘de la construcción de las obras objeto de concesión’ (artículos 227 a 241), regula las actuaciones previas para definir la obra y el futuro contrato de concesión (artículos 227 a 234), partiendo el proceso de un estudio de viabilidad hasta culminar en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares en el que se concretará el contenido de la concesión de que se trate. En el capítulo se regula a continuación el procedimiento de selección del concesionario (...)”.

² En adelante Ley 9/2017 o “nueva ley de contratos del sector público” para evitar confusión con referencias a normas anteriores.

En efecto, la nueva Ley de Contratos del Sector Público residencia la mayor parte de los preceptos dedicados a los **estudios de viabilidad** en la parte relativa a la regulación de las **actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras**, aunque también se contienen previsiones en relación con otros contratos³ (como los contratos mixtos y los de concesión de servicios)⁴. El núcleo, sin embargo, de la regulación relativa a los estudios de viabilidad se encuentra en la sección 1ª del capítulo II del título II del Libro II de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el primero de cuyos preceptos, el artículo 247⁵, se refiere al estudio de viabilidad, señalando que con ***“carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión unas obras, el órgano que corresponda de la Administración concedente acordará la realización de un estudio de viabilidad⁶ de las mismas”***, que deberá contener, como mínimo, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre los puntos que enumera el apartado 2, que se extiende entre otros extremos, a:

- la finalidad y justificación de las obras y la definición de sus características esenciales.
- la justificación de las ventajas cuantitativas y cualitativas que aconsejan la utilización del contrato de concesión de obras frente a otros tipos contractuales⁷ con indicación de los niveles de calidad que resulta necesario cumplir, la estructura administrativa necesaria para verificar la prestación, así como las variables en relación con el impacto de la concesión en la estabilidad presupuestaria.
- Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de las obras en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión.

³ En efecto, la Ley 9/2017 regula el estudio de viabilidad también en los contratos mixtos, en el artículo 18, y en el artículo 285 en lo concerniente a las actuaciones preparatorias de los contratos de concesión de servicios.

⁴ La disposición adicional tercera, relativa a la contratación de las corporaciones locales, contempla también algunas previsiones en relación con los estudios de viabilidad.

⁵ En una redacción muy similar a la contenida en el artículo 128 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011 de 14 de noviembre.

⁶ El apartado 6 del mismo precepto permite a la Administración concedente acordar motivadamente la sustitución del estudio de viabilidad por un estudio de viabilidad económico-financiera cuando por la naturaleza y finalidad de las obras o por la cuantía de la inversión requerida considerara que este es suficiente, debiendo en tal caso, asegurar el cumplimiento de los trámites de información pública y evaluación ambiental.

⁷ Esta previsión, contenida en el apartado 1.b) del artículo 247, es una novedad frente a la regulación anterior.

- Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico⁸.
- Estudio de impacto ambiental cuando este sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente o un análisis ambiental de las alternativas, cuando no.
- Justificación de la solución elegida⁹.
- Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de las obras.
- Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de las obras con la justificación, asimismo, de la procedencia de ésta.
- Estudio de seguridad y salud o, estudio básico de seguridad y salud.
- El valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, a efectos de la evaluación del riesgo operacional, así como los criterios que sean precisos para valorar la tasa de descuento¹⁰.
- Existencia de una posible ayuda de Estado y compatibilidad de la misma con el TFUE¹¹, en los casos en que se contemplen ayudas.

La Administración concedente deberá someter el estudio de viabilidad a información pública y a remitirlo para informe , antes de su aprobación.

Ahora bien, esta regulación de las actuaciones preparatorias no se agota aquí. El artículo 248.1 establece que en función de la complejidad de las obras y del grado de definición de sus características, la Administración concedente, aprobado el estudio de viabilidad, podrá acordar la redacción del correspondiente anteproyecto; y el artículo 249 continúa que en el supuesto de que las obras sean definidas en todas sus características por la Administración concedente, se procederá a la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto.

⁸ Esta previsión es una novedad frente a la regulación anterior

⁹ Indicando, entre las alternativas consideradas si se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado.

¹⁰ Esta previsión es una novedad frente a la regulación anterior

¹¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

¹² Deberá ser sometido a informe de los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectados cuando la obra no figure en el correspondiente planeamiento urbanístico

Como cierre a todo lo anterior, la sección 1ª del capítulo II antes referido, dedica su último precepto – artículo 250 - a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, señalando que éstos deberán hacer referencia, al menos – y entre otros aspectos – a **“la definición del objeto del contrato, con referencia al anteproyecto o proyecto de que se trate y mención expresa de los documentos de este que revistan carácter contractual”**¹³.

Es decir, que el legislador atribuye a los pliegos – y con ello al poder de disposición del órgano de contratación – determinar si los estudios y anteproyectos preparatorios de cada específico contrato revisten o no carácter contractual, de lo que se infieren dos conclusiones:

- La ley **no atribuye carácter contractual** y por tanto obligacional o vinculante, al estudio de viabilidad.
- La atribución o no de carácter vinculante al estudio de viabilidad deriva de la decisión del órgano de contratación en el diseño de los pliegos de cada contrato.

En definitiva, el estudio de viabilidad puede integrar el contenido obligacional del contrato, pero su fuerza vinculante no se infiere de su propia naturaleza ni de su configuración legal, sino de su inclusión expresa como elemento negocial con carácter obligacional en el diseño de los pliegos de cada específico contrato.

¹³ En el mismo sentido se pronunciaba el artículo 115.1 de la LCSP, relativo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P.