

Informe 34/98, de 11 de noviembre de 1998. "Régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra el Ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), Ente público adscrito al Ministerio de Fomento, para la redacción de proyectos de obras de infraestructuras ferroviarias".

8.1. Conceptos generales.

ANTECEDENTES.

Por el Presidente del Ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), Ente público adscrito al Ministerio de Fomento, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el escrito que, a continuación, se transcribe:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, y 2º y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, formulo a la citada Junta que V.I. preside la siguiente consulta:

I.- El ente público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF) fue creado por el artículo 160 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, como un ente público de los previstos en el artículo 6.5 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, régimen que conserva transitoriamente en tanto no se produzca su adecuación a lo previsto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de conformidad con lo prevenido en la disposición transitoria tercera de la citada Ley 6/1997.

La Ley de creación del GIF se ocupa de regular el régimen de contratación del ente en los números cuatro y cinco del referido artículo 160.

Así señala, en el número cuatro, letra b) que:

"La construcción de la Infraestructura ferroviaria, incluidas la electrificación y señalización, se efectuará de acuerdo con las prescripciones siguientes:

(...) b) El Ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias tramitará los expedientes de contratación y será el ente contratante, ajustando su actividad a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, salvo en lo concerniente a la electrificación y señalización respecto de las que será de aplicación lo dispuesto en el número cinco de este artículo"

Por otra parte en el número cinco del citado artículo 160 se dispone:

"El mantenimiento de la infraestructura ferroviaria y la gestión de los sistemas de regulación y seguridad se llevará a cabo por el ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias con sujeción al ordenamiento jurídico privado, y con observancia de los principios de publicidad y concurrencia en los términos que precise el Estatuto del ente".

Por lo demás, el propio artículo 160, en sus números tres y ocho remite al Estatuto del ente y a normas reglamentarias, el desarrollo del régimen jurídico contenido en la Ley.

El Estatuto del GIF, aprobado por Real Decreto 613/1997, de 25 de abril (en adelante el Estatuto), establece en su artículo 2 que el ente se ajustará en su actuación al artículo 160, de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en el Estatuto, en sus respectivas

normas de desarrollo y, en lo no previsto en ellas, a lo establecido en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y sus normas complementarias y de desarrollo, así como cualquiera otras que sea de aplicación, y en defecto de estas normas se aplicará el ordenamiento jurídico privado.

Los artículos 11, 16 y 38, del Estatuto del ente se ocupan de regular el régimen de contratación del GIF.

El artículo 11, bajo el epígrafe "contratación de las obras de construcción" establece lo siguiente:

1. La contratación de las obras de construcción de la infraestructura ferroviaria se llevará a cabo por el GIF, como ente contratante y previa tramitación por el mismo del correspondiente expediente de contratación.

2. Tales contratos, salvo los de obras relativas a la electrificación y señalización de la infraestructura tendrán carácter administrativo y se regirán por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y sus normas complementarias y de desarrollo entre las que se entenderá incluido el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, relativo a los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio.

3. Los contratos de obras concluidos por el GIF para la electrificación y señalización de la infraestructura ferroviaria se regirán por lo dispuesto en el artículo 16.2 y 3 de este Estatuto.

4. La dirección de las obras corresponderá al GIF y la potestad de inspección al Ministerio de Fomento.

Por su parte el artículo 16 del Estatuto, bajo el epígrafe "contratos de mantenimiento de la infraestructura y de gestión de los sistemas de seguridad y regulación" dispone:

1. Los contratos de mantenimiento de la infraestructura y de gestión de los sistemas de seguridad y regulación se celebrarán por el GIF, como ente contratante y previa tramitación por el mismo del correspondiente expediente de contratación.

2. El régimen jurídico de tales contratos se ajustará a las reglas siguientes en cuanto a su preparación y adjudicación:

a) Si se trata de contratos incluidos dentro del ámbito de la Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía de los transportes y de las telecomunicaciones, será de aplicación ésta. Asimismo, se observarán, en cuanto a la publicidad en el Boletín Oficial del Estado, las normas sobre la materia contenidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Cuando se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la mencionada Directiva, se aplicarán las normas en las que se haya procedido a tal incorporación.

b) En otro caso, se observarán los principios de publicidad y concurrencia mediante la publicación de, al menos, un anuncio en dos diarios de difusión nacional. Con carácter excepcional, y en atención a la naturaleza y objeto del contrato, podrá prescindirse de tal publicación mediante acuerdo del Consejo de Administración, debiendo en tal supuesto solicitarse ofertas e empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, sin que su número sea inferior a tres siempre que ello sea posible. No será exigible la observancia de los principios de publicidad y concurrencia en los contratos menores, teniendo esta consideración aquéllos cuyo

presupuesto no sobre pase las siguientes cantidades: 10.000.000 de pesetas en los contratos de obras, y 5.000.000 de pesetas en los demás contratos.

3. En cuanto a sus efectos y extinción, se aplicarán las normas de derecho privado.

4. A las obras que se realicen en cumplimiento de los contratos a los que se refiere este artículo les será de aplicación, además, lo determinado por el artículo 11.4. en relación con las demás prestaciones que el contratista deba realizar en ejecución de dichos contratos. Igualmente se ejercerá la facultad a que se refiere el artículo y apartado citados.

En fin, el artículo 38.1 del Estatuto del GIF, bajo el epígrafe "contratación", dispone:

1. Los contratos distintos de los previstos en los artículos 11 y 16 que haya de concluir el GIF se regirán por las reglas a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 16.

II.- Este ente público, de una interpretación conjunta y sistemática de los preceptos transcritos, tanto de la Ley de creación del GIF como de su Estatuto, estima que, en materia contractual, han de distinguirse los siguientes regímenes jurídicos:

- Los contratos de obras de construcción de la infraestructura ferroviaria, con excepción de los de obras relativas a la electrificación y señalización de la infraestructura, en este caso, conforme al artículo 11 del Estatuto, dichos contratos tienen carácter administrativo, rigiéndose íntegramente por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante L C A P), y sus normas complementarias y de desarrollo.

De acuerdo al artículo 4.2 del Estatuto se entenderá por infraestructura ferroviaria la totalidad de los elementos contemplados en parte A del anexo I del Reglamento (CEE) núm. 2598/70 de la Comisión, de 18 de diciembre de 1970, relativo a la determinación del contenido de las diferentes partidas de los esquemas de contabilización del anexo I del Reglamento (CEE) núm. 1108/70, excepto el último guión así como los edificios adscritos al servicio de infraestructuras.

- Los contratos de mantenimiento de la infraestructura y de gestión de los sistemas de seguridad y regulación, así como los contratos de obras relativas a la electrificación y señalización de la infraestructura.

Conforme a los artículos 11.3 y 16 del Estatuto, en cuanto a su preparación y adjudicación se rigen por lo previsto en el apartado 12, del artículo 16 del Estatuto, y en cuanto a sus efectos y extinción por las normas de derecho privado.

- Todos los demás contratos que no están incluidos en las categorías anteriores.

Conforme al artículo 38 del Estatuto, se rigen por las normas contenidas en el artículo 16, 2 y 3, del Estatuto, es decir, en cuanto a su preparación y adjudicación se rigen por lo previsto en el apartado 2, del artículo 16 el Estatuto, y en cuanto a sus efectos y extinción por las normas del derecho privado.

En cuanto al régimen jurídico prevenido en el artículo 16.2 del Estatuto es el siguiente:

Si se trata de contratos incluidos dentro del ámbito de la Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, será de aplicación ésta, hasta tanto se transponga la mencionada Directiva al ordenamiento interno. Asimismo, se observarán, en cuanto a la publicidad en el Boletín Oficial del Estado, las normas sobre la materia contenidas en la L C A P.

Respecto de los contratos no incluidos en el apartado anterior, se observarán los principios de publicidad y concurrencia mediante la publicación de, al menos, un anuncio en dos diarios de difusión nacional. Con carácter excepcional, y en atención a la naturaleza y el objeto del contrato, podrá prescindir de tal publicación mediante acuerdo del Consejo de Administración, debiendo en tal supuesto solicitarse ofertas de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, sin que su número sea inferior a tres siempre que ello sea posible. No será exigible la observancia de los principios de publicidad y concurrencia en los contratos menores, teniendo esta consideración aquellos cuyo presupuesto no sobrepase las siguientes cantidades: 10.000.000 de pesetas en los contratos de obras, y 5.000.000 de pesetas en los demás contratos.

En particular, en cuanto se refiere al régimen jurídico de la contratación de la asistencia para la redacción de los proyectos de obra de construcción de infraestructuras ferroviarias, este ente público estima lo siguiente:

1. Corresponderá a la Administración General del Estado la realización de los estudios previos o de planeamiento y de los estudios informativos o anteproyectos, así como la aprobación y el replanteo de los proyectos y de sus modificaciones.

2. La redacción material de dichos proyectos y de sus modificaciones podrá llevarse a cabo, según determine al respecto el Ministerio de Fomento, bien por los órganos competentes de éste, bien por el GIF, y en ambos supuestos por sí mismos o por medio de terceros correspondiendo al Ministerio de Fomento la potestad de inspección. En los supuestos en los que la redacción del proyecto no se haya realizado directamente por dicho Ministerio, éste podrá introducir las alteraciones que estime pertinentes.

Como se infiere de dicho precepto, cuando el Ministerio de Fomento encomiende al GIF la redacción material del proyecto y de sus modificaciones, puede el ente contratar con terceros dicha redacción.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 197.2.b de la L C A P los contratos que tiene por objeto el estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, tienen la naturaleza propia de contratos de consultoría y asistencia, no hallándose, de acuerdo a lo establecido por el artículo 120 sensu contrario de la propia L C A P, entre los contratos de obras.

El artículo 11 del Estatuto emplea con carácter preciso el término de contratos de obras, en sus tres apartados, limitándolo a la estricta construcción de las infraestructuras, y éstas a la estricta nomenclatura contenida en los Reglamentos CEE 2598/70 y 1108/70. Así, en el apartado 1 del citado artículo 11 habla de "contratación de las obras de construcción", en el apartado 2 se refiere, de un lado a "tales contratos, salvo los de obra relativas a la electrificación y señalización de la infraestructura", y de otro a la aplicación del artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, relativo a los contratos de obra bajo la modalidad de abono total del precio de obras y, en fin, de nuevo el apartado 3 se vuelve a referir a los contratos de obras.

En fin, los citados preceptos del Estatuto precisan con ello, mediante la referencia expresa al contrato de obras, el concepto de lo que deba entenderse por construcción de la infraestructura a los efectos del artículo 160.Cuatro b) de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

En ello abunda la propia interpretación lógico gramatical del precepto, por cuanto, conforme al Diccionario de la Lengua Española elaborado por la Real Academia Española, en su vigésima primera edición, construcción es en su primera acepción la acción y efecto de construir y en la tercera tratándose de edificios, obra construida, así como construir es en primera acepción fabricar, edificar, hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento, o en general cualquier obra

pública; algo bien distinto tanto de proyectar, que en su tercera acepción significa hacer un proyecto de arquitectura o ingeniería, como de proyecto, que es en su quinta acepción el conjunto de escritos, cálculos y dibujos que se hacen para dar idea de cómo ha de ser y lo que ha de costar la obra de arquitectura o de ingeniería.

Así, de una interpretación literal, lógico-gramatical, sistemática y teleológica, ex artículo 3.1 del Código Civil, de los artículos 160. Cuatro y Cinco de la Ley 13/1996 y 11 y 13 del Estatuto, en conexión con los artículos 120 y 197.2.b de la L C A P, resulta que los contratos cuyo objeto sea la redacción material de los proyectos de obra y sus modificaciones, cuyo carácter es el propio de los contratos de asistencia y consultoría, no están sujetos al régimen jurídico que el artículo 11.2 del Estatuto reserva a los contratos de obra relativos a la construcción de infraestructuras ferroviarias, con excepción de las obras de electrificación y señalización de aquellas infraestructuras.

Así las cosas, conforme al artículo 38 del Estatuto, a tales contratos les es de aplicación la Directiva 93/38/CEE del Consejo, siempre que su importe sea igual o superior a 400.000 ecus, conforme a los artículos 1.4.c.vi, 14.1c y 15, y el Anexo XVI A, categoría 12, de dicha Directiva, conforme al artículo 16.2 del Estatuto hemos de distinguir los siguientes supuestos:

1) Contratos cuyo importe en pesetas sea el equivalente a 400.000 o más ecus, a los que será de aplicación el siguiente régimen jurídico.

- Se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación por las disposiciones de la referida Directiva 93/38/CEE, así como los artículos 79 de la L C A P en lo referente a la publicidad en el Boletín Oficial del Estado de tales contratos.

- En cuanto a sus efectos y extinción se aplicarán las normas de derecho privado (artículo 11.3 del Estatuto).

2) Contratos cuyo importe en pesetas sea inferior al equivalente a 400.000 ecus, y cuyo presupuesto exceda de 5.000.000 de pesetas.

Se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación por lo dispuesto en la letra b, del apartado 2 del artículo 16 del Estatuto, es decir, su preparación y adjudicación están tan sólo sujetas a los principios de publicidad y concurrencia, mediante la publicación de, al menos un anuncio en dos diarios de difusión nacional, sin perjuicio de que, con carácter excepcional, en atención a la naturaleza y objeto del contrato, pueda el Consejo de Administración acordar que se prescinda de tal publicidad, debiendo en tal supuesto solicitarse ofertas de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, sin que su número sea inferior a tres siempre que sea posible.

- En cuanto a sus efectos y extinción se aplicarán las normas de derecho privado (artículo 11.3 del Estatuto).

3) Contratos cuyo importe no sobrepase los 5.000.000 de pesetas.

- En cuanto a su preparación y adjudicación no serán exigibles los principios de publicidad y concurrencia.

- En cuanto a sus efectos y extinción se aplicarán las normas de derecho privado (artículo 11.3 del Estatuto).

III.- La interpretación y conclusiones hasta aquí expuestas se recogieron en una nota sobre el régimen jurídico de los contratos distintos de los de obra de construcción de infraestructura.

Los criterios y conclusiones recogidas en la citada nota fueron adoptados como norma de funcionamiento interno en materia de contratación, al amparo de lo previsto en el artículo 23.1 a) y g) de su Estatuto, por el Consejo de Administración del GIF en su sesión de 19 de septiembre de 1997.

Por lo demás con tales criterios y conclusiones han manifestado su conformidad y aceptación, tanto la Abogacía del Estado en el ente público como la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento.

En la totalidad de los contratos para la redacción de proyectos constructivos licitados, adjudicados y en ejecución en la actualidad, se ha aplicado la Directiva comunitaria 93/38, ajustándose para ello, a veces literalmente, a lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto a su preparación y adjudicación.

Así resulta del Pliego modelo tipo para los contratos de asistencia y consultoría a la redacción de proyectos y control y vigilancia de las obras, aprobado por el Consejo de Administración en su sesión de 19 de septiembre de 1997, como de la Instrucción del Presidente del GIF sobre procedimientos de contratación del ente público, aprobada con fecha 22 de abril de 1998. Habiéndose observado los principios de publicidad, igualdad, no discriminación y concurrencia que preside la legislación reguladora de los contratos celebrados por las Administraciones y las Entidades de derecho público, habiéndose licitado y adjudicado todos los contratos, mediante procedimiento abierto y sistema de concurso, publicándose los anuncios de licitación y adjudicación, tanto en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, como en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con la Directiva, la L C A P y el Estatuto.

En cuanto a los efectos y ejecución de los contratos citados, si bien se hayan sometidos a derecho privado, se han recogido por vía contractual, en los Pliegos y en los documentos de formalización de los contratos, todas las prerrogativas que la L C A P atribuye a los entes contratantes.

IV.- No obstante lo hasta aquí dicho, han surgido ciertas dudas -derivadas de una interpretación de lo dispuesto en el artículo 160.Cuatro. b de la Ley 13/1996 que pretende su extensión a los contratos de asistencia a la redacción de los proyectos- sobre si tales contratos de asistencia son plenamente contratos administrativos regulados por la L C A P, debiendo sujetarse, no sólo en cuanto a su preparación y adjudicación sino también en cuanto a sus efectos y extinción, a lo preceptuado para este tipo de contratos en la L C A P.

Es por ello que se solicita el razonado parecer de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el particular.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. En el escrito en el que se formula la consulta se centra la cuestión planteada en determinar el régimen jurídico de los contratos que celebre el Ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (en adelante GIF) para la redacción de proyectos de obra de construcción de infraestructuras ferroviarias y, más en concreto, sobre las dudas interpretativas que suscita -se dice- el artículo 160.4.b de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, determinar si los citados contratos de redacción de proyectos son contratos regidos íntegramente por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o, por el contrario, son contratos cuya preparación y adjudicación se somete a la Directiva 93/38/CEE, en cuanto se cumplan los requisitos establecidos en la citada Directiva, en particular, el de la cuantía, y por el derecho privado en cuanto no se cumplan, derecho este último, al que, en todo caso, se someten los efectos y extinción de los referidos contratos.

Para resolver la cuestión planteada es preciso analizar, sin embargo, como se hace en el escrito de consulta, el régimen jurídico de la total actividad contractual del GIF, para descender de las conclusiones generales que se obtengan a las particulares aplicables a los contratos para la redacción de proyectos, partiendo de la regulación del Derecho comunitario, para examinar, a continuación, los preceptos que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dedica a esta materia, el artículo 160 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y los artículos 11, 16 y 38 del Estatuto del GIF aprobado por Real Decreto 613/1997, de 25 de abril.

2. La Directiva 93/38/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía de los transportes y de las telecomunicaciones, vulgarmente conocida como Directiva "de sectores excluidos", siguiendo los precedentes que representó, para contratos de obras y suministro, la Directiva 90/531/CEE, del Consejo, de 17 de noviembre de 1990, sujeta a sus preceptos los contratos de obras, suministro y servicios, siguiendo un doble criterio subjetivo y objetivo. Desde un punto de vista subjetivo la Directiva 93/38/CEE se refiere tanto a las Administraciones Públicas como a los Entes públicos (Organismos de derecho público en la terminología de la Directiva) empresas públicas y empresas privadas que operen en el sector, por lo que aquí interesa, del transporte por ferrocarril, caracterizando esta operatividad en su artículo 2.2.c como la explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, enumerando en el Anexo VI las entidades contratantes en el sector de servicios de ferrocarriles. Desde el punto de vista objetivo, la Directiva aparte de la exigencia de que se trate de contratos de obras, suministro y servicios, establece unos límites cuantitativos o umbrales para que se produzca la sujeción a la misma y que se cifran en su artículo 14.1 en 5.000.000 de ecus para los contratos de obras y 400.000 ecus para los contratos de suministro y servicios, cifras que se mantienen para este sector en la modificación del citado artículo 14 de la Directiva 93/38/CEE, llevada a cabo por la Directiva 98/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998.

Conforme al Derecho comunitario hay que concluir que el GIF es un Organismo de derecho público que opera en el sector de transportes por ferrocarril, cuyos contratos de obras, que sean iguales o superiores a 5.000.000 de ecus, y los de suministro y servicios que sean iguales o superiores a 400.000 ecus quedan sujetos a los preceptos de la Directiva 93/38/CEE, sin que a esta conclusión pueda oponerse que el GIF no figura enumerado entre las entidades contratantes en el sector de los servicios de ferrocarriles en su Anexo VI pues, aparte de que por razón de las respectivas fechas del Anexo VI de la Directiva (año 1993) y de creación del GIF (año 1996) nunca pudo serlo, lo decisivo en este extremo, como se desprende de la propia Directiva, es que las Entidades cumplan los requisitos de la misma y no el de figurar en sus Anexos.

Por lo demás, referencias a la Directiva 93/38/CEE, como veremos más adelante, existen en el artículo 16 al que también se remiten los artículos 11 y 38, del Estatuto del GIF, aprobado por Real Decreto 613/1997, de 25 de abril.

3. Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tuvo que abordar el problema de la existencia de un régimen jurídico comunitario para la actividad contractual en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, contenido en la Directiva 93/38/CEE, realizándolo en su disposición transitoria sexta en relación con su artículo 1º.

Los criterios establecidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas parten de la distinción, en las Entidades que operan en los sectores indicados, entre Administraciones Públicas y Organismos autónomos, por un lado y Entes públicos, por otro, estableciendo para los primeros, en el apartado 1 de la disposición transitoria sexta, la sujeción íntegra a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplazando hasta fechas ya vencidas la obligación de publicidad comunitaria que ha de entenderse referida a los límites cuantitativos o umbrales de la Directiva 93/38/CEE, en lugar de los que procedentes de las

Directivas 93/37/CEE, y 93/36/CEE y 92/50/CEE fija la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para los contratos de obras, suministro y servicios que no se producen en los sectores referidos. Para los entes públicos, no Administraciones Públicas, ni Organismos autónomos, la propia disposición transitoria sexta, en su apartado 2, determina que en tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, las Entidades de derecho público continuarían rigiéndose en su actividad contractual para las normas que, en la fecha en vigor de la Ley, les resulten aplicables, sujetándose en su desarrollo a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa.

Dos principales consecuencias cabe extraer del apartado 2 de la disposición transitoria sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, consistiendo la primera en que la Ley reconoce la sujeción de estos Entes públicos a la Directiva 93/38/CEE y la segunda que, como régimen transitorio, en tanto no se produzca la incorporación de la Directiva a la legislación española admite la conservación de su régimen jurídico contractual, lo que no obsta para que aunque no se mencione expresamente en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la Directiva 93/38/CEE pueda ser aplicada a estos Entes públicos, aun antes de su incorporación a la legislación española, en los extremos en que puede producir efecto directo, como doctrinal y jurisprudencialmente ha sido admitido, de forma reiterada.

Aplicando las disposiciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al GIF, aunque evidentemente no había sido creado en la fecha de su entrada en vigor, puede concluirse que de las mismas se deduce que el GIF como ente que opera en el sector del transporte ferroviario queda sujeto a la Directiva 93/38/CEE y en tanto no se produzca su incorporación a la legislación española y sin perjuicio de su posible efecto directo, a las disposiciones que establecen su régimen contractual, constituida por el artículo 160 de la Ley 13/1997, de 30 de diciembre y los artículos 11, 16 y 38 de su Estatuto, que habrán de ser examinados e interpretados de conformidad con lo razonado hasta ahora.

4. El régimen jurídico contractual del GIF viene concretamente establecido en el artículo 160, apartados cuatro b) y cinco de la Ley 13/1997, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social y en los artículos 11, 16 y 38 del Estatuto del GIF, aprobado por Real Decreto 613/1997 de 25 de abril. De acuerdo con estas disposiciones cabe distinguir las siguientes clases de contratos y su respectivo régimen jurídico:

- Obras de construcción de la infraestructura ferroviaria, excluidas la electrificación y señalización. Se rigen íntegramente por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 160.4.b de la Ley 33/1997, de 30 de diciembre y artículo 11.2 del Estatuto).

- Obras de electrificación y señalización, contratos de mantenimiento de la infraestructura y de gestión de los sistemas de regulación, seguridad y resto de los contratos, incluidos los contratos para la redacción de proyectos de obra de construcción de infraestructuras ferroviarias, todos ellos de cuantía igual o superior a los umbrales de sujeción a las Directivas (5.000.000 de ecus, para obras y 400.000 ecus, para los restantes contratos). Se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación por la Directiva 93/38/CEE y, en cuanto a sus efectos y extinción por normas de derecho privado (artículos 160 apartados 4.b y 5 de la Ley 13/1997, de 30 de diciembre y artículos 11.3, 16, apartados 2 y 3 y 38.1 del Estatuto).

- Obras de electrificación y señalización, contratos de mantenimiento de la infraestructura y de gestión de los sistemas de regulación y seguridad y el resto de los contratos, entre los que hay que incluir los contratos para la redacción de proyectos de obra de construcción de infraestructuras ferroviarias, de cuantía inferior a los citados umbrales de sujeción a la Directiva 93/38/CEE (5.000.000 de ecus para obras y 400.000 ecus para los restantes contratos). Se rigen en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por normas de derecho privado, con aplicación de los principios de publicidad y concurrencia con

las excepciones, en cuantía estos últimos, previstas en el artículo 16.2 b del Estatuto. (Artículos 160, apartados 4.b y 5 de la Ley 13/1997, de 30 de diciembre y artículos 11.3, 16, apartados 2 y 3 y 38.1 del Estatuto).

Del régimen jurídico de la actividad contractual del GIF en la Ley 13/1997, de 30 de diciembre y en el Estatuto de 25 de abril de 1997, a reserva de lo que disponga la Ley por la que se incorpora a la legislación española la Directiva 93/38/CEE, actualmente en tramitación parlamentaria en el Senado y que no puede diferir esencialmente de lo expuesto, se desprende que el mismo es ajustado a la Directiva 93/38/CEE a la que existe una expresa remisión, salvo en cuanto a las obras de construcción de la infraestructura ferroviaria, excluida la electrificación y señalización, respecto de las que el artículo 160.4.b de la Ley y el artículo 11.2 del Estatuto remiten íntegramente a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuando, a nuestro juicio, podían haber remitido, en cuanto a su preparación y adjudicación, a la propia Directiva 93/38/CEE y, en cuanto a sus efectos y extinción, a normas del Derecho privado. Salvado este aspecto que no es objeto de consulta y que puede estar justificado, el régimen jurídico de los contratos para la redacción de proyectos de obras de construcción de infraestructuras ferroviarias es el que resulta del artículo 38.1 con su remisión al 16, apartado 2 y 3 del Estatuto, es decir, sujeción a la Directiva 93/38/CE, en cuanto a su preparación y adjudicación, si su cuantía es igual o superior a 400.000 ecus y, en cuanto a sus efectos y extinción, sujeción a normas de derecho privado y a éstas últimas, en cuanto a la preparación, adjudicación, efectos y extinción, cuando su cuantía sea inferior a los citados 400.000 ecus.

5. La conclusión sentada en el apartado anterior de que los contratos que celebre el GIF para la redacción de proyectos de obras de construcción de infraestructuras ferroviarias no son contratos administrativos, sino contratos privados que, en razón de su cuantía quedan sujetos a la Directiva 93/38/CEE, en cuanto a su preparación y adjudicación, determina que llame la atención lo que se consigna en el último párrafo del apartado II del escrito de consulta en el sentido de que, en cuanto a los efectos y extinción de estos contratos, sujetos al derecho privado, se consignan por vía contractual en los pliegos y en los documentos de formalización todas las prerrogativas que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas atribuye a los entes contratantes. Entiende esta Junta que las prerrogativas de la Administración contratante son propias de los contratos administrativos, según se desprende del artículo 60 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que un pacto de la naturaleza del reseñado previsto en contratos privados debería considerarse nulo, como contrario a la Ley, al amparo del artículo 4 de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que los contratos que celebre el GIF para la redacción de proyectos de obras de construcción de infraestructuras ferroviarias no son contratos administrativos sino contratos privados que, no obstante, cuando su cuantía sea igual o superior a 400.000 ecus quedan sujetos, en cuanto a su preparación y adjudicación, a la Directiva 93/38/CEE, por resultar así de esta última y del artículo 38.1 y su remisión al artículo 16, apartados 2 y 3, del Estatuto del GIF, aprobado por Real Decreto 613/1997, de 25 de abril.