



*Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da
Coruña* Vol. 26 (2022), pp. 336-354
ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X
DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2022.26.0.9287>

A MODIFICACIÓN DOS CONTRATOS PÚBLICOS A PROPÓSITO DA TERCEIRA PRÓRROGA DA CONCESIÓN DA AUTOESTRADA DO ATLÁNTICO

THE MODIFICATION OF PUBLIC CONTRACTS IN CONNECTION WITH THE THIRD EXTENSION OF AUTOESTRADA DO ATLÁNTICO'S CONCESSION

ADRIÁN AGUSTÍN VÁZQUEZ RODRÍGUEZ

Estudiante do Grao en Dereito na UDC

Gañador do IX premio Lois Tobío de Investigación Xurídica en Lingua Galega

Recibido: 08/10/2021

Aceptado: 24/11/2021

Resumen: Este traballo vén ollar cara a prórroga da concesión administrativa da principal vía de comunicación automobilística de Galicia realizada no ano 2000 realizada polo Real Decreto 173/2000, de 4 de febreiro. En primeiro lugar, encádrase este acto administrativo na regulación vixente no momento en que foi adoptado, desde o punto de vista tanto estatal como comunitario. Á mesma vez, examínase o contido de dito Real Decreto e as súas causas e consecuencias, destacando o aumento na concesión por 25 anos. Finalmente, reflexiónase sobre a natureza desta modificación e o seu posíbel carácter ilícito á luz dos principios do Dereito da Unión Europea na contratación pública.

Palabras clave: contratación pública, autoestradas, Dereito europeo.

Abstract: This work takes a look at the extension of the concession of the main car communication route in Galicia, carried out by the Royal Decree 173/2000, 4th February. First, this administrative act is framed in the existing regulation, state and European, at the moment it was adopted. Simultaneously, it gets examined the substance of this Royal Decree, its causes and consequences, primarily the increase on the concession for 25 years. The text concludes by exposing some thoughts on the nature of this modification and its

possible unlawfulness, taking in account the main principles of European Union Law on public contracts.

Keywords: public contracts, motorways, European Law.

Sumario: I. CUESTIÓNS PRELIMINARES: A CONTRATACIÓN PÚBLICA. II. O CASO AUDASA. 1. Presuposto de feito e identificación normativa. 2. A regulación específica sobre o réxime de concesión de autoestradas. 3. A regulación xeral estatal. 4. A normativa europea. **III. CONCLUSIÓNS: UNHA OLLADA CARA O FUTURO. BIBLIOGRAFÍA.**

* * *

I. CUESTIÓNS PRELIMINARES: A CONTRATACIÓN PÚBLICA

A contratación pública, como todos os eidos nos que a Administración desenvolve a súa actuación, posúe un réxime xurídico diferenciado daquel que regula a contratación entre particulares. As prerrogativas das que pode facer (e fai) uso a Administración determinan que os contratos entre esta e os entes privados teñan unhas especialidades xurídicas, motivadas precisamente polas devanditas prerrogativas. A causa máis palpábel (e, á vez, a máis fonda) deste fenómeno é que a Administración encarna o que está fixado na mente xurídica e social occidental como *res publica*: aquilo que a todos pertence, a todos afecta e, por tanto, de todos depende.

Esta tamén é unha das razóns polas que existe unha tan grande preocupación sobre o que se fai cos recursos públicos, nomeadamente o que se fai *mal*. Segundo o barómetro do Centro de Investigacións Sociolóxicas ou CIS de marzo de 2020, o 15.6% dos cidadáns españois incluía a corrupción e a fraude como un dos tres problemas principais que existen actualmente no Estado español. Esta cifra chegou a colocarse no 63.8% en novembro de 2014¹. Proba disto é tamén a grande expectación mediática que levantan casos de corrupción como as operacións Gürtel, Pokémon, Patos, Fabra, Palau, etc. Enténdase a palabra «corrupción» neste caso como desviación de poder e uso incorrecto dos medios e estruturas públicas, é dicir, como a deturpación do que debe ser por definición colectivo en beneficio de interese puramente privado.

Por suposto, este fenómeno posúe unha fonda dimensión xurídica. A contratación pública é unha das áreas máis fértiles para a proliferación de prácticas corruptas². Por isto, o legislativo español, empurrado sempre pola presión da Unión Europea, vén desde hai unhas décadas preocupándose de xeito específico sobre a transparencia e a concorrència na

¹ http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-archivos/indicadores/documentos_html/tresproblemas.html, consultado o 25/10/2021.

² MEDINA ARNÁIZ, Teresa, «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael e VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, 2014, p. 313.

adxudicación destes contratos. En efecto, o propio Parlamento Europeo ten declarado que *o sector da contratación é o máis exposto aos riscos de xestión irregular, fraude e corrupción e que estas condutas ilícitas distorcen o mercado, provocan un aumento dos prezos e das tarifas aboadas polos consumidores para a adquisición de bens e servizos, e sementan a desconfianza con respecto á Unión Europea*³.

En puridade, como se aprecia no texto citado, o que a Unión Europea protexe non son as institucións públicas en si mesmas consideradas ou como fin último, senón que a súa actuación é sempre tendente a garantir a existencia dun mercado. Baseándose en políticas de corte neoliberal, o que a UE procura é que dentro da contratación pública exista unha concorrencia libre no mercado, que poida regular (por medio da man invisíbel) os prezos. A premisa é que aos contratos públicos deben sempre concorrer distintos ofertantes, o que se consegue por medio de licitacións. O xogo entre as ofertas dos distintos licitadores fai (presúmese) que as condicións dese contrato sexan máis benevolentes para a Administración e os cidadáns. Nisto consistiría, brevemente, a aplicación do principio de concorrencia á contratación pública.

Xa se viu, por tanto, que a concorrencia debe formar para a UE, e, por extensión, tamén para os Estados membros como o español, unha parte fundamental da contratación pública. Así ocorre tamén, como xa se introduciu, co principio de transparencia⁴. Non abonda con crear ese mercado da contratación pública, senón que este debe ser tamén aberto. En palabras do Tribunal Xeral na súa sentenza de 31 de xaneiro de 2013 (asunto T235-11), o principio de transparencia *ten esencialmente por obxecto garantir que non exista risco de favoritismo e arbitrariedade por parte da entidade adxudicadora*. A transparencia e a concorrencia, para a UE, deben ser mecanismos que actúen conxuntamente: a Administración licita un contrato e garante que distintos operadores poidan presentar as súas ofertas, decidindo a oferta que máis convén ás institucións e aos cidadáns, e todo este proceso se desenvolve de xeito público para mellorar a confianza nas institucións e o control da interdicción da arbitrariedade e da discriminación non racional en termos de mercado.

Esta é xa unha regulación consolidada na práctica europea, que na actualidade aparece recollida na Lei 9/2017, de Contratos Públicos. Mais é froito, como xa se dixo, dun intenso proceso de harmonización e evolución na materia desde a Unión Europea, por medio de andadas de Directivas que foron moldeando a contratación pública até facela coincidente cos principios do mercado. As últimas foron as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, que son as que traspón a mencionada Lei 9/2017. Lonxe fica xa a eventual actuación fraudulenta dos poderes públicos ao contrataren, que semella anulada unha vez se incorpora a oferta e a demanda á ecuación.

³ *Op. cit.*, p. 313.

⁴ AMOEDO SOUTO, Carlos Alberto, «De la transparencia inmanente a la transparencia trascendente en la contratación pública española», en RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime Francisco. e GESTA LEAL, Rogério (dirs.), *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil e España, 2016*, p. 105.

Cabería dubidar da existencia dun efecto directo deste carácter⁵ mais, en calquera caso, cómpre agora introducir o tema que ocupará o groso deste traballo: a modificación dos contratos públicos.

Dentro desas prerrogativas administrativas ás que se aludía ao introducir a cuestión da contratación pública e a súa relevancia tanto social como xurídica encóntrase o *ius variandi*: a capacidade da Administración para modificar o contrato público durante a súa fase de execución. En sentido amplo, o exercicio do *ius variandi* supón a introdución por parte da Administración dunha variación no contrato público, de maneira que se xere unha nova configuración deste⁶. A base desta peculiaridade administrativa, que *a priori* chocaría co principio de inmutabilidade dos contratos e da necesidade de mutuo acordo para contratar, hai que buscala na mesma idea sobre a que se vén incidindo, o interese público que encarna o órgano administrativo⁷. Malia todo isto, o exercicio desta prerrogativa de modificación do contrato foi tamén un lugar en que se desenvolveron prácticas de favoritismo e confabulación público-privada⁸.

Exemplo de modificación contractual de especial percorrido na opinión pública é a última prórroga da concesión da autoestrada do Atlántico por 25 anos, efectuada no ano 2000 pola Administración Xeral do Estado. Trátase esta dunha modificación nun elemento obxectivo do contrato, o prazo, que dentro do contrato de obra e concesión (como é o caso) ten carácter esencial⁹. O aumento do prazo como xeito de compensación económica dentro dun contrato público foi unha práctica habitual da Administración española. A lexislación, pola contra, reaccionou tratando máis restritivamente este tipo de modificacións, especialmente desde a Unión Europea. O obxectivo das liñas que seguen é achegarse a esta prórroga cunha visión xurídica, debullando a normativa vixente no momento de entrada en vigor desta e tratando de dar resposta á cuestión da adecuación a Dereito da mesma¹⁰.

II. O CASO AUDASA

1. Presuposto de feito e identificación normativa

A autoestrada do Atlántico (ou AP-9) é unha vía de alta velocidade, actualmente parte da rede de autoestradas do Estado español, que cruza a Galicia de norte a sur, desde Ferrol até Tui e serve de enlace coa A3 portuguesa. A entidade que se encargou da súa construción, conservación e explotación é e foi *Autopistas del Atlántico, Concesionaria*

⁵ AMOEDO SOUTO, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 107: «La superestructura que rodea las relaciones capitalistas de mercado impone adaptaciones y cortocircuitos constantes sobre el libre juego de la oferta y la demanda, cuya manifestación más exacerbada son las prácticas corruptas».

⁶ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, *La modificación de los contratos públicos*, 2016, p. 43 (tese de doutoramento, <https://academica-e.unavarra.es>, consultado o 25/10/2021).

⁷ Cfr. Lei 9/2017, de 8 de novembro, de Contratos do Sector Público, pola que se traspón ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, de 26 de febreiro de 2014, artigo 190.

⁸ MEDINA ARNÁIZ, Teresa, *op. cit.*, p. 317.

⁹ CODINA GARCÍA-ADNDRADE, Xavier, *La modificación de los contratos y la protección del interés general*, p. 129 (tese de doutoramento, <https://eprints.ucm.es>, consultado o 25/10/2021).

¹⁰ *Ibid.*

Española, Sociedad Anónima, coñecida tamén polas súas siglas «AUDASA»¹¹. No Decreto 1955/1973, de 17 de agosto de 1973 (publicado no BOE do día 18 de agosto), aínda preconstitucional, é no que se adxudica a concesión administrativa para a construción, conservación e explotación da autoestrada do Atlántico a esta entidade. Así, o artigo primeiro deste Decreto dispón o seguinte: *Artigo primeiro.- Adxudícase a concesión administrativa para a construción, conservación e explotación da autoestrada do Atlántico aos solicitantes Banco Hispano Americano, Banco Pastor, Banco del Noroeste, Banco de Bilbao, Banco Atlántico e Unión Industrial Bancaria, nos termos contidos na alternativa segunda da súa oferta*. Estas entidades foron as que constituíron no día 16 de outubro de 1973 a sociedade AUDASA¹², en cumprimento do artigo segundo e terceiro do mesmo Decreto. Continúa o seu texto regulando detalladamente as datas de proxección e construción da autoestrada e o seu réxime económico, alén doutros pormenores como a desagregación das tarifas segundo tramos e vehículos e a responsabilidade fronte á Administración.

Do Decreto 1955/1973 resulta máis relevante para o obxecto deste traballo o artigo dezaseis, en que se recolle o prazo de concesión á sociedade AUDASA da AP-9: *Artigo dezaseis -A concesión outórgase por un prazo de trinta e nove anos, contados a partir da data de publicación deste Decreto no «Boletín Oficial do Estado»*. Este é o prazo orixinario do contrato existente entre a Administración Xeral do Estado (en adiante: AXE) e AUDASA para a concesión da conservación e explotación da autoestrada do Atlántico, e, por iso, esta debía ter rematado no día 18 de agosto de 2012. Porén, isto non ocorreu así, senón que a AP-9 segue a estar en 2021 no mesmo réxime de concesión (este convenio publicado en 1973 mantén a súa vixencia, coas modificacións correspondentes). Cómpre, por tanto, pescudar que foi o que ocorreu para que se prolongase a concesión da autoestrada.

A primeira modificación deste prazo efectuouse en 1977, aprobada polo Real Decreto 2609/1977, de 23 de setembro. O seu artigo segundo prorroga até o día vinte de novembro do ano 2013 a concesión da autoestrada do Atlántico, cuxa reversión (prosegue o precepto) ao Estado estaba prevista para o día 19 de agosto do ano 2012. A causa desta prórroga, segundo se explica no propio artigo catro do Real Decreto, son as demoras nos prazos de construción recollidas no seu artigo primeiro, polo cal a devandita prórroga «queda supeditada» a estas.

A segunda das modificacións hai que busca no Real Decreto 1809/1994, de 5 de agosto, publicado no BOE de 7 de setembro de 1994. O seu artigo cuarto non deixa lugar a dúbidas: *Prorrógase o prazo de concesión até o día 18 de agosto do ano 2023*. Son case 10 anos máis, introducidos no marco da construción do tramo Puxeiros/fronteira portuguesa e a conexión co segundo anel de Vigo. Se ben podería resultar esclarecedor afondar no réxime destas dúas modificacións, o que interesa a efectos deste traballo é a terceira modificación do prazo do contrato de concesión de 1973, a realizada no ano 2000.

¹¹ A sociedade pertence no momento en que se escribe ao grupo «*Itinere Infraestructuras S.A.*», que posúe as concesións da aquí referida AP-9, a AP-66, a AP-15, a AG-55, a AG-57, a AG-53 e a AP-8. (<https://www.grupoitinere.com/>, consultado o 25/10/2021)

¹² *Vid.* www.audasa.es, consultado o 25/10/2021.

O Real Decreto 173/2000, de 4 de febreiro, ten un nome longo: *polo que se aproba o convenio entre a Administración Xeral do Estado e «Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, Sociedad Anónima», para a construción dun tramo de autoestrada de acceso norte a Ferrol por Fene, Neda e Narón, modifícanse determinados termos da concesión que ostenta a dita sociedade e se modifica o Real Decreto 302/1984, de 25 de xaneiro, polo que se autoriza a creación da «Empresa Nacional de Autopistas, Sociedad Anónima»*. Malia isto, no título non se menciona que dentro dos «determinados termos da concesión» que se modifican se encontra o prazo da mesma. Así, a cláusula décimo sexta do Convenio que aparece anexo a este Real Decreto (en adiante: Convenio) establece: *Décimo sexta -Estabéllese como data final do prazo da concesión o día 18 de agosto do ano 2048*.

Exposto o *iter* do aumento gradual ao longo dos anos do prazo de concesión da autoestrada do Atlántico, cuxa terceira prórroga é aquí obxecto de estudo e sobre a que se profundará, faise preciso neste punto coñecer a regulación aplicábel a este último RD 173/2000. A identificación da norma xeral sobre contratos públicos vixente no momento de entrada en vigor do Convenio é un aspecto especialmente escuro, e quizabes sería prudente levantar sospeitas sobre a intencionalidade das partes nesa opacidade. A continuación, tratarase de dar luz sobre o xogo de entradas en vigor que se dá neste caso.

O convenio entre AXE e AUDASA que prorroga a concesión até 2048 entrou en vigor no día domingo 6 de febreiro do ano 2000. Así o dispuxo o propio Real Decreto 173/2000 na súa disposición final segunda. Un mes e 8 días antes, o 29 de decembro de 1999, publicárase no BOE a Lei 53/1999, de modificación da Lei 13/1995, de Contratos das Administracións Públicas. Non obstante, esta norma (a Lei 53/1999) incluíu na súa disposición final única un período de *vacatio legis* de 3 meses para a práctica totalidade da mesma. Ademais, na mesma disposición final única autorízase ao goberno para elaborar un texto refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas que incorpore as modificacións introducidas por esta Lei 53/1999 e outras.

Con estes datos, débese deducir que a Lei 53/1999 non é aplicábel ao Convenio. Este entrou en vigor o día 6 de febreiro do 2000, namentres aquela entrou en vigor o día 29 de marzo do mesmo ano. Ademais, o Texto Refundido da LCAP, que entrou en vigor o día 22 de xuño do 2000, aclara a situación na súa disposición transitoria primeira: *Os expedientes de contratación iniciados e os contratos adxudicados con anterioridade á entrada en vigor da Lei 53/1999, de 28 de decembro, rexeranse pola normativa anterior*. [...]. Conclúese, entón, que a norma que se encontraba vixente no momento da publicación e entrada en vigor do Convenio que prorrogou o prazo de concesión por 25 anos é a Lei 13/1995, de 18 de maio, sen modificar pola Lei 53/1999.

Continuando coa identificación normativa do momento de entrada en vigor deste Convenio, resulta necesario descender cara á regulación máis específica, é dicir, a normativa existente en materia de autoestradas. A Lei 8/1972, aínda vixente no momento en que se escribe, regula a construción, conservación e explotación de autoestradas en réxime de concesión. Esta norma sufriu ao longo dos anos variacións, mais a redacción que aquí se debe utilizar é a dada pola lei 55/1999, última modificación antes da entrada en

vigor do convenio entre AXE e AUDASA. Faise obrigado apuntar que existía nesta norma, tanto cando foi promulgada como na modificación que aquí hai que utilizar, un prazo máximo de concesión de explotación das autoestradas. Na súa redacción orixinal, o artigo 30 desta lei dispuña que o prazo non podía ser superior a cincuenta anos. Porén, a modificación introducida polo artigo 157 da Lei 13/1996, de 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e de orde social, deixou a redacción deste artigo da maneira que segue: *1. As concesións que esta Lei regula terán o prazo de duración que determine o Real Decreto de adxudicación e, no seu caso, os acordos de prórroga, conforme o disposto no artigo 25 bis, sen que dito prazo incluídas as eventuais prórrogas poida ser superior a setenta e cinco anos.* Do artigo 25 bis fálase máis adiante, cando se analice a adecuación a Dereito da prórroga. Sobre o prazo máximo de 75 anos, cabe aclarar que esta redacción do artigo 30 só estivo en vigor durante seis anos e preto de nove meses, pois foi derogado pola disposición derogatoria única da Lei 13/2003, de 24 de maio.

Por último, resulta necesario para entender o contexto normativo do convenio analizado abrir o foco cara o Dereito comunitario. A Lei 13/1995 incorpora, como así se di na exposición de motivos, o contido de, entre outras, a Directiva 93/37/CEE, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras. Esta norma, que establece unhas regras comúns de carácter técnico, de publicidade e de participación, inclúe no seu ámbito de aplicación os contratos de concesión de obras públicas como modalidade dos contratos de obra no artigo 1d). Por agora, baste citar desta norma o seguinte considerando: *Considerando que o procedemento negociado debe ser excepcional e que, polo tanto, só debe ser aplicado nos casos taxativamente enumerados.*

2. A regulación específica sobre réxime de concesión de autoestradas

Localizadas as normas que resultan aplicábeis ao Real Decreto 173/2000, procederase agora a determinar a adecuación ás mesmas da cláusula décimo sexta do Convenio que aproba no seu artigo primeiro, é dicir, á cláusula que prorroga por 25 anos a concesión da autoestrada do Atlántico a AUDASA. Comezase pola regulación especial en materia. En primeiro termo, resulta forzoso aclarar que a dita ampliación supón o esgotamento do prazo máximo do artigo 30 da Lei de Autoestradas en Réxime de Concesión (en adiante: LARC), na redacción vixente nese momento. En efecto, o prazo de concesión ficaría desde o 18 de agosto de 1973 até o 18 de agosto de 2048, 75 anos.

Así, esta norma dispón no seu artigo 24: *Un. O Goberno, a proposta do Ministro de Obras Públicas, poderá modificar, por razón de interese público, as características dos servizos contratados e as tarifas que han de ser aboadas polos usuarios, con informe previo do de Facenda se as modificacións afectan ao réxime económico-financeiro da concesión. Dous. Neste último suposto, a Administración deberá compensar ao concesionario de forma que se manteña o seu equilibrio económico-financeiro; se as modificacións expresadas carecen de transcendencia económica, non poderá aquel deducir reclamación algunha ao respecto.*

No caso da concesión aquí analizada, a prórroga trae causa da ampliación da autoestrada nos seus tramos cara Ferrol, Neda e Narón. Esta é unha *prolongación continua*

ou funcional da autoestrada, segundo regula o artigo 25.2 LARC. Este mesmo artigo dispón que un convenio (como o do RD 173/2000) será o que determine esta ampliación e regule os aspectos do réxime que sexan obxecto de modificación. Institúe, non obstante, dous requisitos para que se poida pór en marcha este mecanismo: *b) Que as obras a realizar deban ser consideradas como subordinadas das comprendidas inicialmente na concesión. c) Que se garanta que as obras de ampliación sexan adxudicadas mediante concurso aberto.* Tamén se establece no artigo 25, xa no seu punto terceiro, que o Consello de Estado se debe pronunciar expresamente sobre a concorrencia destes requisitos, e que o seu ditame terá carácter vinculante.

Por último, o artigo 25 *bis*, xa mencionado, foi introducido pola lei 66/1997, de Medidas Fiscais, Administrativas e da Orde Social. Neste regúlase a posibilidade de as Administracións adxudicatarias ampliaren o prazo vixente da concesión como medio de *manter o equilibrio económico-financeiro da concesión*, nos casos previstos nos artigos 24 e 25. Isto incluíría, por suposto, o caso dunha ampliación continua, como é a estudada. É evidente que a ampliación do prazo de concesión non só cumpre, senón que está ideado en adecuación a este artigo 25 *bis*.

Unha vez detallada a regulación desta Lei de Réxime de Concesión de Autoestradas, procederase a examinar a modificación da prórroga da AP-9 á luz desta. Tamén se analizará, como medio para coñecer o enfoque xurídico que levou á promulgación deste Real Decreto e tamén como requisito necesario para esta, o Ditame do Consello de Estado con número de expediente 159/2000, con asunto «Proxecto Real Decreto aproba o Convenio entre a Administración Xeral do Estado e *AUTOPISTAS DEL ATLÁNTICO CONCESIONARIA ESPAÑOLA S.A.*». Non é preciso aclarar que este ditame foi positivo á modificación comentada.

En primeiro lugar, o «interese público» do artigo 24 da LARC é manifestación específica do mesmo interese público que aparece regulado na lexislación xeral sobre contratos públicos (Lei 13/1995), que será detallada máis adiante no texto. En calquera caso, convén encontrar esas referencias ao interese público diseminadas no Real Decreto 173/2000. Na súa parte expositiva, relátanse as razóns de interese público que xustifican a ampliación cara Ferrol por Fene, Neda e Narón da autoestrada do Atlántico. Alúdese á finalidade de melloría das comunicacións dentro da Ferrolterra e co conxunto de Galicia e tamén, nun alarde de normativa conxuntural, propónse que a autoestrada poida servir como alternativa á ponte das Pías, que en datas inmediatamente anteriores sufrira unha colisión cunha plataforma petroleira que a deixara temporalmente inactiva. Así mesmo, o Convenio anexo recolle as mesmas causas de interese público para fundamentar e, en definitiva, dar legalidade á ampliación.

Iguais explicacións repite o Consello de Estado nas súas argumentacións sobre a adecuación a Dereito do proxecto deste Real Decreto. Porén, todas estas alusións ao interese público sono exclusivamente ao interese público da modificación física da autoestrada, é dicir, á creación da ampliación. Estas son as únicas xustificacións deste requisito que se poden encontrar na documentación analizada. Mais existe, como ben recolle o ditame do Consello de Estado tras citar o artigo 25 *bis*, outro tipo de modificacións alén das accesorias do obxecto (artigo 25.1 da Lei) e das prolongacións

continuas ou funcionais (artigo 25.2 da Lei). Este terceiro grupo incluíría as modificacións previstas no artigo 24 en relación co 25 bis, *atinente á modificación das características dos servizos contratados e as tarifas aboadas polos usuarios*, enténdase, por tanto, a ampliación do prazo de concesión.

Por tanto, e en rigor, non se estaría aquí ante unha única modificación de tipo continuo ou funcional (25.2), que xera (dalgún xeito que tampouco se especifica no convenio, nin na exposición de motivos, nin no ditame do Consello de Estado) un cambio no prazo de concesión. Pola contra, trataríanse de dúas modificacións distintas, a primeira de tipo físico (construción dunha ampliación), e a segunda de modificación das características do contrato, diferente aínda que baseada na modificación da autoestrada. É dicir, o aumento de 25 anos no prazo de concesión non é unha modificación subordinada á ampliación continua da autoestrada, senón que se trata dunha modificación con entidade propia das características do contrato que trae causa como compensación desta. O artigo 25 bis, como ben atina en interpretar o Consello de Estado, non se relaciona co 25.2, senón co artigo 24. Como tal modificación do contrato autónoma, é preceptivo que se xustifique o interese público da mesma, algo que nin sequera se menciona no Real Decreto nin no convenio.

Debe ficar aclarada esta diferenza entre, por un lado, a modificación continua da autoestrada (artigo 25.2) e, por outro, a modificación das características do contrato mediante a ampliación da concesión (artigo 24 en relación co artigo 25 bis). Ademais, resáltese neste punto a ausencia de contexto da cláusula décimo sexta do Convenio (recórdese, a que introduce a prórroga), que aparece totalmente desposuída de argumentación xurídica que ampare a súa existencia. En ningunha parte da motivación e explicación das mudanzas efectuadas se fai mención a unha prórroga da concesión cuxa importancia é evidente: auméntase por 25 anos, a metade do prazo polo que estaba acordada antes deste Convenio a concesión. No momento (ano 2000), significaba dobrar o tempo que faltaba para esgotala (o aumento é de aproximadamente o 105%). Non se entende que unha modificación tan relevante do contrato entre AXE e AUDASA nin sequera se inclúa no nome do Real Decreto que a incorpora.

Finalmente, cabe preguntarse como é que o Consello de Estado puido outorgar un ditame favorábel a esta modificación, ditame que, recórdese, era preceptivo e vinculante. En realidade, no ditame número 159/2000 soamente se dedica unha páxina á reflexión sobre a adecuación a Dereito da modificación. Nesta, tres liñas dispensan unha explicación dos pormenores da cuestión xurídica. Di o segundo parágrafo do apartado A) do ditame: *Ditas modificacións afectan ao equilibrio económico-financeiro da concesión, de tal sorte que é preciso compensar ao concesionario por isto. A compensación prevista comporta a ampliación do prazo até o 18 de agosto de 2048.*

Calquera procura de fundamentación xurídica que ampare unha actuación administrativa das proporcións descritas é unha quimera. O interese público exige dos poderes adxudicatarios un comportamento adecuado ao Dereito, e non unha mera repetición irreflexiva da regulación aplicábel. Resulta evidente que a ampliación da autoestrada afecta ao equilibrio económico-financeiro da concesión, mais cales, quereríase saber, son os criterios para a concesión dunha compensación das características descritas. E, máis

importante, de que maneira esta prórroga redunda no interese público. Estes interrogantes permanecen sen resolver.

3. A regulación xeral estatal

En segundo termo, e proseguindo no estudo das normas que regulan o Real Decreto 173/2000, é necesario avanzar cara a Lei 13/1995, de 18 de maio, de Contratos das Administracións Públicas (en adiante: LCAP). No artigo 60 do seu texto recolle as prerrogativas da Administración nos contratos públicos, dentro das cales se encontra o *ius variandi*. Así, dispón este artigo: *1. Dentro dos límites e con suxeición aos requisitos e efectos sinalados na presente Lei, o órgano de contratación ostenta a prerrogativa de interpretar os contratos administrativos, resolver as dúbidas que ofrezca o seu cumprimento, modificalos por razóns de interese público, acordar a súa resolución e determinar os efectos desta.*

O órgano de contratación ou órgano adxudicatario pode, por tanto, modificar os contratos sempre que exista algunha razón de interese público para realizar esta modificación. Como xa foi comentado, isto está en relación precisamente coas causas das prerrogativas administrativas: a Administración debe actuar sempre en defensa do interese público, porque é precisamente ese interese público o que determina en última instancia a súa existencia e actuación. O interese público é unha *conditio sine qua non* a Administración pode actuar.

Existe na parte xeral desta Lei outro artigo que regula directamente as modificacións dos contratos, como é o artigo 102. Estabelece este: *1. Unha vez perfeccionado o contrato, o órgano de contratación só poderá introducir modificacións por razón de interese público nos elementos que o integra, sempre que sexan debidas a necesidades novas ou causas imprevistas, xustificándoo debidamente no expediente.* Recóllese aquí outro requisito para poder exercitar a Administración o seu *ius variandi*. Engádesse ao interese público a existencia de a) necesidades novas ou b) causas imprevistas. Ademais, estas necesidades novas ou causas imprevistas deben ser xustificadas, é dicir, que a Administración ten que probar efectivamente que hai unha necesidade nova ou unha causa imprevista, expresións ambas de difícil deslinde mais que poden entenderse de modo conxunto.

Por último, a Lei inclúe tamén un apartado específico sobre modificación do contrato de obras, no seu artigo 146. Trátase dun artigo de carácter máis ben técnico, que regula principalmente o procedemento de modificación e as distintas actuacións que deben realizar a Administración adxudicataria e o contratista. En calquera caso, resulta relevante que as modificacións que produzan aumento das unidades de obra (como esta) van ser obrigatorias para o contratista.

De novo, débese retomar a cuestión do interese público nas modificacións do contrato, sumado a eses presupostos habilitantes que regula o artigo 102 da LCAP. Da lectura conxunta deses preceptos infírese que o interese público, ao que se está aludindo en

todo momento como fundamento e xustificación dos modificados, é tamén límite destes¹³. As modificacións débense realizar porque existe un interese público, mais no momento en que deixa de concorrer, a Administración adjudicataria non pode ter habilitación para exercer o seu *ius variandi* (quizabes sería mellor, como outros propoñen, chamarlle *potestas variandi*, na medida en que se trata dunha capacidade que a Administración pode poñer en marcha sempre que se dean certas circunstancias). A mención xeral do interese público non pode dar pé a calquera modificación.

Esta potestade de modificación, en definitiva, pode ser cualificada como regradada e instrumental¹⁴. É regradada porque o seu exercicio está sometido a unhas regras que modulan a liberdade da Administración (que haxa unha necesidade nova ou unha circunstancia imprevista). Do mesmo xeito, é instrumental porque sempre que se poña en exercicio debe procurar o interese público. Pois ben, no caso do Convenio, faise preciso enfrontarse de novo á aplicación deste réxime a esas dúas modificacións que xa foron deslindadas na explicación da aplicación da Lei 8/1972: dunha banda, a ampliación continua da autoestrada, e doutra, a prórroga do prazo do contrato.

Como se expuxo xa, da primeira das cuestións propostas a Administración dá boa conta na parte expositiva tanto do Real Decreto coma do Convenio anexo. Neste sentido, non se repiten as consideracións xa mencionadas sobre estes extremos (conexión da comarca de Ferrol, necesidade dunha vía alternativa). Si se retoma o exame do interese público da modificación do prazo como elemento do contrato. Para isto, débese incorporar neste punto a pública concorrência como parte indispensable da actuación deste interese público sobre o contrato.

A pública concorrência, que xa foi referida na introdución, baséase no principio de igualdade. É dicir, os administrados deben ver garantida a súa capacidade de accederen aos contratos públicos en igualdade de condición. Isto é contrapartida da obriga que ten a Administración de outorgar os contratos administrativos en pública concorrência, *evitando confabulacións ou favoritismos*¹⁵. Ademais de non xustificarse o seu fin de interese público, tampouco se pode encontrar nin no Real Decreto, nin no ditame do Consello de Estado nin nas actuacións da Administración referencia a por que esta concede unha prórroga dun prazo de concesión por 25 anos sen acceder á pública concorrência para outorgar ese contrato. É unha incógnita cal sexa ese fin público procurado, se existe.

É dado entender que a Administración adjudicante non menciona ese principio de pública concorrência precisamente porque a súa mención significaría a eliminación da posibilidade de efectuar unha modificación xurídica como esta prórroga. En efecto, unha modificación desas características debería ter accedido a pública concorrência por medio dunha licitación, mecanismo que xa fora introducido grazas á actuación da Unión Europea sobre o Dereito estatal (como xa foi dito, a Directiva 93/37/CEE é unha das que a LCAP traspón). Esta sería a única maneira de preservar o elemento instrumental do *ius variandi*.

¹³ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 270.

¹⁴ *Vid.* STS de 28 de xullo de 1987, Sala 3ª.

¹⁵ *Vid.* STS de 7 de abril de 1983, RJ 1983/2073.

Pola contra, ao non garantir a igualdade na adxudicación de contratos públicos, a Administración ultrapasou os marcos dentro dos que lle cumpría actuar.

Cómpre nesta altura acudir á regulación dentro da LCAP sobre procedementos de adxudicación de contratos públicos. Esta é unha das materias que máis fortemente foron afectadas polo Dereito comunitario, coa finalidade, da que se falou na introdución, de crear unhas condicións de mercado que garantisen unha maior eficacia e eficiencia dos contratos públicos. A sección sobre *Publicidade dentro do ámbito da Comunidade Europea e dos procedementos de adxudicación do contrato de obras* localízase dentro das disposicións xerais sobre o contrato de obras. Apaña seis artigos (do 135 ao 141), todos eles froito da transposición da Directiva 93/37/CEE, varias veces nomeada, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras. Esta transposición supuxo, como se dicía, a sonora entrada do principio de publicidade e de concorrencia dentro da regulación de contratos públicos española.

Da sistematización realizada pola norma se infire claramente que existen tres procedementos para adxudicar un contrato de obras. O primeiro é o procedemento aberto (artigo 137), en que calquera contratista interesado pode presentar ofertas. En segundo lugar está o procedemento restrinxido (artigo 138, con mención especial aos prazos no caso de concesións no artigo 139), en que só os contratistas convidados polos poderes adxudicadores poden presentar ofertas. Por último, o procedemento negociado (artigos 140 e 141), no que os poderes adxudicadores consultan cos contratistas da súa elección e negocian as condicións do contrato con un ou varios deles. Estas definicións veñen das letras e), f) e g) do artigo 1 da Directiva 93/37/CEE.

En principio, todos os procedementos detallados no parágrafo anterior deben ser públicos. Só existe unha excepción, recollida tanto na Directiva (artigo 7.3) coma na LCAP, no artigo 141: os contratos negociados poden non acceder a publicidade cando concorran as causas especificamente taxadas na Directiva e na Lei. Entre estas causas, encóntrase unha que ten que ver precisamente coa modificación de contratos, a saber: *Poderá utilizarse o procedemento negociado sen publicidade previa cando concorra algunha das circunstancias seguintes, que haberán de xustificarse no expediente: [...] d) Cando se trate de obras complementarias que non figuren no proxecto, nin no contrato, mais que resulte necesario executar como consecuencia de circunstancias imprevistas, sempre que o seu importe total non exceda do 20 por 100 do prezo do contrato no momento da aprobación de ditas obras complementarias e a súa execución se confíe ao contratista da obra principal de acordo cos prezos que rexen para o contrato inicial ou que, no seu caso, fosen fixados contraditoriamente. Será requisito para a aplicación do establecido no parágrafo anterior que as obras non poidan separarse técnica ou economicamente do contrato principal sen causar inconvenientes maiores á Administración ou que, aínda que se poidan separar da execución do contrato inicial, sexan estritamente necesarias para o seu perfeccionamento. As demais obras complementarias que non reúnan os requisitos exixidos nos parágrafos precedentes haberán de ser obxecto de contratación independente.*

A complexidade desta redacción demanda unha especial atención cara á existencia dos requisitos no caso analizado. Porén, primeiramente, cómpre aclarar que se entende que este foi o procedemento de que fixo uso a AXE para chegar ao Convenio con AUDASA,

dado que non consta a publicidade exixida no artigo 135 para calquera outro procedemento que se puidese ter utilizado. Resáltese, ademais, a absoluta excepcionalidade deste modo de contratar, que supón a total anulación dos principios que deben informar a regulación dos contratos públicos: a concorrência (a Administración ten liberdade para contratar con quen desexe) e a publicidade (por expresa decisión legal). Por tanto, haberá que ter isto en conta á hora de ser especialmente restritivo na interpretación do precepto¹⁶.

O artigo 141 contén na súa letra d) o caso de obras complementarias que non figuren no proxecto nin no contrato, mais que resulte necesario executar como consecuencia de circunstancias imprevistas. É correcto que a construción do tramo cara Ferrol por Fene, Neda e Narón non aparecía nin no proxecto nin no contrato inicial (tampouco nas sucesivas modificacións deste). Pódese cualificar de obra complementaria, en tanto que se trata dunha «ampliación continua» segundo a regulación que lle dá a Lei 8/1972. Respecto do seu importe, non é o obxecto deste traballo avaliar tecnicamente o valor do contrato, mais en calquera caso pódese dar por bo que esta construción (destáquese, a modificación do contrato de obras en si mesmo considerado) non supera o 20% do prezo total do contrato, xa só pola diferenza de tamaño entre o tramo proxectado e o conxunto da autoestrada do Atlántico. Polo demais, o Convenio axústase a este artigo porque a súa execución se confía ao contratista da obra principal e o réxime económico se recolle no mesmo.

Maiores dúbidas pode suscitar aceptar que este proxecto se aprobe *como consecuencia de circunstancias imprevistas*. A Administración pronúnciase na súa exposición, principalmente, sobre o que se podería considerar «novas necesidades» (artigo 102 LCAP), mais cabería preguntarse onde é que está esa imprevisibilidade en tales novas necesidades. Nada de imprevisíbel teñen a mellora das comunicacións en Ferrol e a súa comarca e co conxunto de Galicia. Poderíase ancorar, certamente, ese carácter «imprevisíbel» á destrución parcial da ponte das Pías, mais en realidade este é un problema conxuntural e moi específico no tempo, que unha vez arranxado deixa de ter efectos nunha posíbel necesidade de construción dun tramo de autoestrada.

Alén disto, o segundo parágrafo desta letra d) establece un outro requisito: a inseparabilidade *sen causar inconvenientes maiores á Administración* da obra contratada respecto da principal ou, no seu defecto, a *estricta necesidade* para o perfeccionamento do contrato principal. Este inciso está moi lonxe de ser un exemplo de claridade e pulcritude lexislativa. Imposíbel resulta determinar o que son eses «maiores inconvenientes» que deveñan da separación do contrato para a Administración, do cal se debe deducir que se trata dunha potestade da Administración decidir cando o contrato é separábel e cando non, unha clara extralimitación no exercicio do *ius variandi*. Doutra parte, está claro que a construción do tramo a Ferrol non é «estrictamente necesario» para o perfeccionamento do contrato de obras e concesión da autoestrada do Atlántico.

¹⁶ Vid. Sentenza do Tribunal de Xustiza de 17 de novembro de 1993. Comisión c. Reino de España, asunto C-71/92. Extensamente, SILVA DE LAPUERTA, Rosario, e CALVO DÍAZ, Gloria, «El derecho comunitario europeo y la LCAP», en PENDÁS GARCÍA, Benigno, *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, 1995, p. 112 e ss.

A todo isto se debe engadir a prórroga de 25 anos no prazo da concesión. Como mínimo, é misterioso como a Administración pode incluír unha modificación dos elementos do contrato destas características dentro dun procedemento tan excepcional como o contido no artigo 141. A modificación do prazo ten unha entidade singular respecto da modificación do contrato de obras, dado que se refire á parte do contrato relativa á concesión e non estritamente á construción. A propia LCAP dá unha existencia, se ben non de seu, si específica á concesión, dentro dos artigos 130 a 134 e 139. Así, dispón o artigo 130 «Concepto do contrato de concesión»: *1. Considérase como contrato de concesión de obras públicas aquel no que, sendo o seu obxecto algún dos contidos no artigo 120, a contraprestación a favor do adxudicatario consista no dereito a explotar a obra ou en dito dereito acompañado do de percibir un prazo. 2. Este contrato queda suxeito ás normas xerais dos contratos de obras e, en particular, ás de publicidade dos mesmos, coas especialidades previstas no artigo 139. O concesionario deberá axustarse na explotación da obra ao establecido no artigo 162.*

Por tanto, e considerando que o contrato entre AXE e AUDASA (que, lémbrese, é do ano 1973) é un contrato que posúe unha faceta de obras e outra faceta de concesión (como compensación por esas obras), resulta totalmente desacertado utilizar o procedemento negociado sen publicidade para a súa modificación. Elevar até o ano 2048 a concesión desborda con moito os supostos recollidos no artigo 141 LCAP. Amais, tales preceptos deben ser entendidos non só como excepcións, senón tamén como excepcionais, no sentido de ser restrictivos na súa interpretación, por canto eliminan as dúas achegas comunitarias que blindan a legalidade do contrato público: pública concorrencia e transparencia e publicidade. Nesa interpretación restrictiva (finalista, por tanto, respecto da lexislación europea) non cabe amparar unhas modificacións das cláusulas contractuais deste calibre.

4. A normativa europea

Lévase xa visto que a terceira prórroga da concesión da autoestrada do Atlántico incumpre a exixencia de interese público tanto no relativo á regulación específica sobre autoestradas (Lei 8/1972) como no enfoque que lle dá a normativa xeral estatal (Lei 13/1995), e que o procedemento para realizar esta non foi o axeitado. Cabe facer agora un pequeno mergullo na regulación europea da materia, partindo de que esta é a xénese de importantes aspectos da LCAP e que, en consecuencia, xa se tratou de xeito indirecto no apartado anterior. Ademais, pola relevancia en canto á súa dimensión pública e mediática, introducirase brevemente o procedemento por infracción do Dereito comunitario iniciado contra o Estado español desde a Comisión europea, a denuncia dunha asociación de consumidores con sede na cidade de Vigo.

A Directiva 93/37/CEE do Consello, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras, supón a introdución definitiva dos principios de transparencia e publicidade e de concorrencia¹⁷. A (entón) Comunidade Económica

¹⁷ SILVA DE LAPUERTA, Rosario, e CALVO DÍAZ, Gloria, *op. cit.*, p. 105 e ss.

Europea baseábase para regular dun xeito tan férreo esta cuestión na realización dun mercado interior, que implica a eliminación de toda restrición ao exercicio do libre mercado dentro do territorio comunitario. Por isto, as distintas directivas con que as Comunidades Europeas foran comezando a regular a materia dos contratos públicos estaban destinadas a garantir o principio de mercado neste eido.

Así as cousas, a materia de contratos públicos de obras queda regulada de modo que os Estados membros están obrigados a realizaren por defecto licitacións para poderen conceder contratos públicos de obras. Incluso nos procedementos negociados, os Estados membros están obrigados a publicaren un anuncio de licitación antes de seleccionaren os candidatos para o contrato, conforme o artigo 7.2 da Directiva. Este mesmo artigo regula os casos en que se poderá prescindir dos procedementos públicos ou restrinxidos, que se deben entender restritivamente. Non obstante, si poden existir procedementos negociados sen licitación, aínda que os casos están tamén taxativamente enumerados na norma, dentro do punto 3 dese artigo 7. O punto d) deste é o que aparece trasposto na LCAP (con maior ou menor fortuna¹⁸) como artigo 141d). Esta Directiva dedica os seus Títulos III e IV á publicidade e á participación, respectivamente. Son estes dous conceptos pois, como se vén dicindo, os auténticos protagonistas da norma comunitaria.

A lectura desta Directiva non fai máis que afirmar a contrariedade a Dereito da prórroga incluída no Convenio. A partir da promulgación desta, os Estados membros deben licitar os seus contratos públicos, non poden actuar á marxe desta regulación amparándose en excepcións nas que non teñen acollida auténticos cambios substanciais nos termos dun contrato, como o é unha prórroga de 25 anos na concesión. Sinxelamente, isto non é unha modificación, senón que debe ser acordado un novo contrato que garanta o principio de concorrencia e a adecuación á normativa europea. Así o entende o Tribunal de Xustiza da Unión Europea nunha recente sentenza, de 18 de setembro de 2019, asunto C-526/17 sobre a adecuación á Directiva 2004/18/CE dunha prórroga de case 18 anos dunha autoestrada por parte da Administración da República Italiana.

Ben que esta non é a Directiva aplicábel ao Convenio, si que resulta moi interesante esta sentenza pola xurisprudencia consolidada do Tribunal de Xustiza da UE (TXUE) que aporta e a proximidade nos presupostos de feito. Así, di o parágrafo 58 desta Sentenza: *O principio de igualdade de trato e a obriga de transparencia que del se deriva opóñense a que, con posterioridade á adxudicación dun contrato de concesión de obras públicas, o poder adxudicador da concesión e o concesionario modifiquen as estipulacións do seu contrato de concesión de tal modo que estas pasen presentar características substancialmente diferentes das do contrato inicial. Así sucede cando as modificacións previstas teñan por efecto ben que se amplíe en gran medida o contrato de concesión de obras públicas incluíndo nel elementos non previstos, ben que se altere o equilibrio económico de dito contrato en favor do concesionario, ou cando esas modificacións poidan cuestionar a adxudicación da concesión de obras públicas no sentido de que, se se tivesen incluído na documentación que rexía o procedemento inicial de adxudicación da*

¹⁸ Sería a modificación efectuada pola Lei 53/1999, de 28 de decembro, a que achegaría a redacción deste artigo á Directiva.

*concesión, teríase seleccionado outra oferta ou terían podido participar outros licitadores*¹⁹.

O TXUE é claro: un cambio na concesión que supoña unha prórroga de 18 anos é un cambio substancial nas condicións do contrato que determina a necesidade de iniciar un novo procedemento de licitación. Afirmado isto, é evidente que unha ampliación do prazo de 25 anos tamén supón un aumento do prazo imposíbel de reconducir a unha modificación. Cabería tamén afirmar que se produce unha alteración no equilibrio económico do contrato con esta prórroga, cuxa explicación non aparece por ningunha parte no Convenio nin no Real Decreto que o aproba. En última instancia, tamén se podería aceptar que, en efecto, se se tivese feito un procedemento de licitación aberto para as modificacións incluídas nese Convenio, teríase garantido a existencia dunha concorrencia dentro da adxudicación deste contrato. Isto é o que desde os seus inicios procurou a intervención europea na materia: un mercado.

A sentenza aquí traída, que declara que a República Italiana incumpriu as súas obrigas na adxudicación de contratos de concesión de obras ao prorrogar a súa autoestrada A 12 do xeito descrito, é froito dun recurso por incumprimento que interpuxo a Comisión Europea, conforme ao artigo 258 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea. Este artigo dispón: *Se a Comisión estimar que un Estado membro incumpriu unha das obrigas que lle incumben en virtude dos Tratados, emitirá un ditame motivado ao respecto, despois de ofrecer ao dito Estado a posibilidade de presentar as súas observacións. Se o estado do que se trate non se ativer a este ditame no prazo determinado pola Comisión, esta poderá recorrer perante o Tribunal de Xustiza da Unión Europea.*

Por tanto, a Comisión pode emitir un ditame de incumprimento dun Estado membro, e se o Estado non se atén a este (e cumpre a normativa comunitaria) a Comisión poderá interpor un recurso ante o TXUE. Este procedemento de infracción xa está iniciado contra o Estado español. En efecto, a Comisión emprazou a este a presentar as observacións que estime oportunas na data 23/09/2021, dentro do número de infracción INFR(2021)4052, sobre incompatibilidade da prolongación do contrato de concesión da autoestrada AP-9 coa Directiva 93/37/CEE. A denuncia ante a Comisión foi presentada pola entidade «EN-COLECTIVO», unha asociación de consumidores con sede na cidade de Vigo²⁰.

III. CONCLUSIÓNS: UNHA OLLADA CARA O FUTURO

Á luz de todo o visto até agora, pódese afirmar que na aprobación do Convenio a Administración Xeral do Estado non cumpriu con esa especial precaución que lle é exixida pola súa condición de defensora da *res publica* á que se facía referencia xa nos principios

¹⁹ Vid. neste sentido a sentenza do TXCE de 5 de outubro de 2000, asunto C-337/98; e as sentenzas do TXUE de 19 de xuño de 2008, asunto C-454/06, e de 7 de setembro de 2016, asunto C-549/14.

²⁰ <https://en-colectivo.com/noticias/en-colectivo-denuncia-ante-la-comision-europea-las-prorrogas-de-la-concesion-de-la-autopista-ap-9-por-incumplimiento-de-la-normativa-de-la-union-europea/> consultado o 25/10/2021.

deste traballo. O interese público non informou de modo suficiente a súa actuación, de maneira que se excedeu nos límites que este mesmo lle impón. E, ademais, cumpriría recuperar, para pechar a visión desde un enfoque estatal que este traballo quixo dar, aquela lea existente con respecto ás normas vixentes na data de aprobación e entrada en vigor do Convenio que se analizou.

Se se recorda, o problema que existía era que a Lei 53/1999, de modificación da LCAP, xa fora publicada no Boletín Oficial do Estado, mais establecía unha *vacatio legis* trimestral. Como entraba en vigor en marzo de 2000 e o Real Decreto 173/2000 en febreiro, non se lle aplicaba. Esta norma, segundo a súa propia exposición de motivos *obedece ás seguintes finalidades: En primeiro lugar, introducir unha serie de disposicións que teñen por obxecto incrementar a concorrancia e aumentar a transparencia e obxectividade nos procedementos de adxudicación na contratación administrativa. Cabe destacar, neste sentido, o establecemento de maiores e máis eficaces controis para as modificacións dos contratos, con limitacións expresas por primeira vez no noso ordenamento ás modificacións de unidades do contrato con independencia da súa repercusión orzamentaria [e] a supresión da posibilidade de prórrogas tácitas nos contratos administrativos.*

Incorpóranse, como se aprecia, maiores e máis eficaces controis sobre as modificacións dos contratos²¹. En concreto, remodeláanse neste sentido artigos como o 60 (prerrogativas da Administración), o 102 (*ius variandi* en xeral) ou o 130 (contrato de concesión), que, como se puido comprobar, son de aplicación ao caso.

A aprobación do Convenio só unhas semanas antes da entrada en vigor desta modificación da Lei e no seu período de *vacatio legis* é un claro indicio de intencións escuras subxacentes á prórroga do contrato con AUDASA. A Administración garantiu deste modo que non se lle puidesen aplicar esas maiores restricións que buscaban «incrementar a concorrancia e aumentar a transparencia e obxectividade». Son intentos, de todos modos, inútiles, pois tanto a concorrancia como a transparencia foron nulas (o que fai dubidar da obxectividade do contrato), mais que inciden unha vez máis na desviación no uso do *ius variandi* pola AXE.

En definitiva, falta nesta modificación do prazo da concesión o interese público que debe acompañar sempre a Administración, aparentemente socavado por intereses espurios que arredan a actuación desta da transparencia e a boa administración. Isto desde unha perspectiva puramente estatal, pois se se olla desde a normativa europea, chégase á segunda das conclusións que se quere desenvolver neste apartado. Xa se viu que a Unión Europea considera que unha prórroga como a aquí comentada, de 25 anos, supón unha mudanza tan transcendental no destino do contrato público que, para realizala, é preciso licitar de novo este. Non facelo significa contravir o Dereito comunitario adxudicando un contrato de maneira directa. Non se pode chegar a outra inferencia: a non licitación (imprescindíbel para a legalidade da actuación) convirte ese contrato que se prorroga nun contrato directo, carente da mínima concorrancia e apertura.

²¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime Francisco., «Sobre la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *Diario La Ley*, núm. 5553, p. 1763.

Desta maneira se entendeu polo TXUE aquela prórroga do prazo de concesión dunha autoestrada italiana que se expuña no apartado anterior. Nese caso, a Comisión declarou a infracción por parte do Estado italiano da lexislación comunitaria (ao abeiro do artigo 258 TFUE) e instouno a que corríxise esta actuación. Dado que nada se fixo por parte das autoridades italianas, a Comisión decidiu interpor o 17 de maio de 2017 un recurso contra o TXUE, que foi o que desembocou na sentenza que declara a ilegalidade da prórroga.

Dentro da nota de prensa da Comisión²² sobre a interposición do recurso recóllese o parágrafo seguinte: *As normas da UE en materia de licitacións públicas teñen o obxectivo de garantir que todos os operadores económicos teñan as mesmas posibilidades de participaren nunha licitación e de gañaren a mesma. En base ás normas vixentes, unha nova concesión pode ser atribuída só á fin dun procedemento competitivo, agás casos especialmente regulados no Dereito da UE. Unha prórroga desta duración [18 anos] equivale a unha nova concesión, en consecuencia prorrogar a data de fin dun contrato de concesión de autoestrada sen previa convocatoria dunha licitación pública non está en liña co Dereito da UE, en tanto outras empresas potencialmente interesadas ven pechadas as súas posibilidades de presentaren unha oferta.*

Estas reflexións da Comisión poderían facilmente seren aplicadas ao caso da terceira prórroga da autoestrada do Atlántico. De feito, en vista do emprazamento do Estado español para un procedemento de infracción por parte da Comisión, decidido o 23 de setembro de 2021, é plausíbel que esta prórroga sufra o mesmo destino. En tal caso, o que previsibelmente ocorrería é que a Administración, se é finalmente declarado que está a incumprir a normativa europea, mude as condicións desta autoestrada someténdoa a un procedemento de licitación unha vez termine a segunda das prórrogas da concesión, en 2023. Non obstante, e sempre que as circunstancias se deren así, está por determinar se as autoridades españolas acatarían a decisión administrativa da Comisión, ou se esta tería, como no caso italiano, que acceder a un recurso ante o TXUE que declarar a ilegalidade.

Semella que a actuación das institucións europeas e do Dereito comunitario serán, unha vez máis, as que pulen por eliminar da contratación pública no Estado español as deficiencias que arrastra en canto á súa transparencia. Mais a influencia europea pretende só garantir unhas mínimas condicións de concorrencia nos contratos. Non procura a Unión Europea preservar a legalidade na actuación das Administracións Públicas como fin último. Pola contra, defende esta legalidade (que é a que a propia UE impuxo por medio das xeracións de Directivas no tema) só en tanto esta é salvagarda da idea liberal do mercado tamén nos contratos públicos. Cabería preguntarse onde é que fica ese carácter *público*, que, a modo de cita final, a Real Academia Galega define na súa primeira acepción do seguinte xeito: *Relativo ou pertencente á poboación en xeral*²³.

²² https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_17_1284, consultado o 25/10/2021.

²³ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Manuel (dir.): Dicionario da Real Academia Galega. A Coruña: Real Academia Galega. <https://academia.gal/diccionario>, consultado o 25/10/2021.

BIBLIOGRAFÍA

AMOEDO SOUTO, Carlos Alberto, «De la transparencia inmanente a la transparencia trascendente en la contratación pública española», en RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.F. e GESTA LEAL, R. (dirs.), *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*, ed. ARANZADI, Cizur Menor (NAVARRA), 2016, p. 101 e ss.

AYMERICH CANO, Carlos, *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, ed. ARANZADI, Cizur Menor (NAVARRA), 2015.

CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier, *La modificación De los contratos y la protección del interés general* (tese de doutoramento, <https://eprints.ucm.es>, consultado o 25/10/2021).

GIMENO FELIU, José María, «La Ley de Contratos del Sector Público ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, ed. CIVITAS, Cizur Menor (NAVARRA) núm. 147, 2010.

MEDINA ARNÁIZ, Teresa, «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. e VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, ed. CIVITAS, Cizur Menor (NAVARRA), 2014, p. 199 e ss.

RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen, *La modificación del contrato de obras. Análisis histórico y regulación actual*, ed. TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2020.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime Francisco, «Sobre la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *Diario La Ley*, núm. 5553, 28 de maio de 2002, ano XXIII, tomo 4, ed. LA LEY.

SILVA DE LAPUERTA, Rosario, e CALVO DÍAZ, Gloria, «El derecho comunitario y europeo y la LCAP», en PENDÁS GARCÍA, Benigno, *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, ed. PRAXIS, Sant Boi de Llobregat (BARCELONA), 1995, p. 103 e ss.

VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, *La modificación de los contratos públicos*, 2016 (tese de doutoramento, <https://academica-e.unavarra.es>, consultado o 25/10/2021).