

## I.-ESPAÑA

# EL PROBLEMA DE LA CADUCIDAD DE LAS CONCESIONES DE AGUAS PÚBLICAS Y LA PRACTICA DE LAS CONCESIONES EN CARTERA

*SUMARIO: 1. La Orden de 3 de diciembre de 1954.—2. El principio de caducidad por vencimiento de los plazos. Concesiones «incursas» en caducidad no declarada. Las disposiciones de «rehabilitación» de concesiones caducadas.—3. La práctica de las concesiones en cartera o de reserva de concesiones sin construir.—4. Razones positivas de esta práctica en los casos de abastecimiento de agua a poblaciones y de aprovechamientos hidroeléctricos.—5. Aspectos negativos de la práctica de las concesiones en cartera, aparte su ilegalidad.—6. Necesidad de una «especificación» legislativa del problema.—7. Superación del punto de vista atomístico de la legislación de aguas. El abastecimiento de agua y el suministro eléctrico como servicios públicos, y consecuencia de la accesoria de las concesiones hidráulicas que los sostienen.—8. La regulación de las carteras de concesiones en los dos casos aludidos. El principio del escalonamiento constructivo y la funcionalización del dies a quo de los plazos concesionales. Un ejemplo legislativo.—9. La organización del servicio público de la electricidad sobre plan nacional por el Decreto de 12 de enero de 1951: Las necesidades técnicas de la coordinación y del plan de conjunto. Extensión de estas necesidades hasta la construcción de nuevas centrales, e inserción aquí del sistema de reserva de concesiones. La experiencia de otros países. El argumento del monopolio. Conclusión.*

1.—En el último número de esta REVISTA, GARCÍA-TREVIJANO ha comentado la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 3 de diciembre de 1954 («B. O.» de 4 de marzo de 1955), «por la que se dictan normas en relación con los aprovechamientos de aguas públicas» (1).

Voy a permitirme insistir sobre el tema, aunque sea para abordar una cuestión incidental, bien que de primera importancia, que la nueva regulación suscita.

Hay que comenzar observando que las normas contenidas en la citada Orden son todas ellas de procedimiento, en relación con ciertos principios materiales que esta disposición no establece, sino que reitera, como

---

(1) GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Caducidad de concesiones hidráulicas*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 16, 1955, págs. 261 y 89.

contenidos en normas de rango superior y de un carácter sustantivo más neto. Es decir, en punto a las normas materiales esta disposición no es innovativa, creadora, sino un simple recuerdo o requerimiento a los destinatarios de la necesidad de observar los mandatos de normas ya existentes y en pleno vigor. He aquí las normas materiales a cuya necesidad de observancia se refiere:

1.º Principio de la caducidad de las concesiones hidráulicas por vencimiento de los plazos en ellas señalados sin que el concesionario haya realizado, total o parcialmente, las obras (art. 2.º).

2.º En relación con lo anterior, principio de la discrecionalidad en el otorgamiento de prórroga de los plazos de ejecución señalados en la concesión, que sólo podrá actuarse «cuando se acredite que el incumplimiento de los mismos ha sido debido a causas independientes de la voluntad del concesionario, debidas a sucesos imprevisibles o inevitables», y a la vez se haya solicitado antes del vencimiento de los plazos originales (art. 6.º).

2.—Para quien sea ajeno a la práctica de este tipo de concesiones la Orden ministerial que comentamos resultará indudablemente obvia. Esos dos principios son sustanciales a todo el derecho de concesiones, están consagrados como tales en la regulación de la Ley general de Obras Públicas (arts. 86, 104 y 105), a la que la propia Ley de Aguas remite esta cuestión (art. 157) y están repetidos además por esta misma Ley, específicamente (art. 158) (2). Una extensísima serie de normas, ordinariamente reglamentarias, los han confirmado y reiterado a partir de estas leyes generales.

Son justamente esos dos principios los elementos sobre los cuales se construye en nuestro Derecho la tesis cardinal de la concesión como «negocio fijo» (*Fixgeschäft*), como «negocio de término esencial», que en otra ocasión hemos expuesto en relación con el contrato administrativo (3). Reiterar ahora la necesidad de observancia de estos criterios legales verdaderamente definitorios de la materia puede parecer en verdad un truismo, una oficiosidad inexplicable.

Un examen más detenido repararía en seguida en esa serie de normas reglamentarias a que hemos aludido y que han cumplido un propósito análogo, si no exacto, a la que ahora nos ocupa. Resulta entonces que esta disposición pertenece a una estirpe de disposiciones que se han sucedido continuamente. Al parecer, la naturalidad de esos principios

(2) Cfr. VILLAR PALASI, *Concesiones administrativas*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», IV, 1952, págs. 746 y ss.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, en esta REVISTA, núm. 2, 1950, págs. 104-105 y ss. Para la concesión, explícitamente, VILLAR PALASI, *Concesiones...*, cit., págs. 747-748.

materiales, su carácter de obvios, no ha impedido su sistemático incumplimiento, que esas disposiciones han querido atajar sin conseguirlo nunca de modo completo, como lo demuestra el hecho de su reiteración continuada. En estos términos la cuestión cobra de pronto un interés notorio. Una confrontación con la realidad confirma esa sospecha, pues es, en efecto, perfectamente corriente y extensísima su aplicación, el caso de concesiones de aguas públicas que subsisten con los plazos de ejecución completamente vencidos, sin que los concesionarios hayan comenzado siquiera a ejecutar las obras de la misma. Esta situación se prolonga con frecuencia durante décadas enteras, lo que no obsta a la posibilidad de un tráfico privado y público (art. 103 de la Ley general de Obras Públicas) de este tipo de concesiones, cuya ejecución final, cuando se realiza, viene a sanar de hecho sus irregularidades de origen. Es más, sin gran exageración podríamos notar que es ya excepcional en la hidrografía peninsular desde hace muchos años el caso de tramos francos y libres de concesiones, sobre todo en los ríos de algún relieve, y que casi la generalidad de estas concesiones no construídas, pero ya virtuales, están precisamente en esa situación.

El único apoyo legal con que cuentan esas concesiones vencidas es el debilísimo de que, aunque «incursas en caducidad», según la terminología legal, esta caducidad no ha sido «declarada». La caducidad es un efecto *ex lege*, según el mecanismo propio de los negocios fijos (4), pero cuya efectividad, sin embargo, pende (*conditio iuris*) de la declaración expresa de la Administración (5); las normas citadas sobre las concesiones en general, y de aguas en particular, así como la numerosa jurisprudencia que las ha interpretado, son inequívocas en este sentido (6). Este acto de constatación es característicamente declarativo; no tiene contenido propio, sino que se limita a enlazar el hecho comprobado con el efecto legal de la caducidad, que emana de normas sustantivas; es un acto de procedimiento y no material. Ahora bien: en tanto este acto no se produzca hay una apariencia de concesión en vigor. Que esta apariencia mantenga la prestancia que en nuestra realidad jurídica presenta prácticamente está determinado por la actitud de la Administración, que virtualmente en las concesiones de aguas no emana sino excepcionalmente esos actos de declaración de la caducidad ya acaecida. La Administración, de *facto*, no pone en marcha el procedimiento de declaración, no obstante tratarse de una verdadera obligación legal, pues los actos de esta naturaleza, de fijación o constatación, son siempre reglados y no

(4) VICENTE Y GELLA, *El término esencial*, en «Revista de Derecho Mercantil», 22, 1949, págs. 33 y ss.

(5) Igual que en los contratos administrativos. Cfr. *Riesgo y ventura...*, cit., página 105.

(6) Vid. la doctrina y fuentes que aporta VILLAR PALASI, op. cit., págs. 751 y ss.

discrecionales (7). Sobre esta corruptela se sostiene toda la situación aludida, que en conjunto presenta una importancia económica verdaderamente extraordinaria —*virtualmente todo el futuro de nuestros ríos*—.

Esta costumbre *contra legem*, a cuyo amparo descansan tan altos intereses, ha merecido también en alguna ocasión los honores de una sanción legal. Al lado de esa serie continua de disposiciones que han tratado de combatirla imponiendo la necesidad de la observancia de las normas infringidas, aparece curiosamente otra serie paralela de disposiciones de análogo rango que pretenden convalidar por vía general y con relación al pasado las situaciones irregulares establecidas. Algunos ejemplos recientes de estas normas que con carácter de generalidad efectúan lo que el legislador suele llamar «revisión» o «rehabilitación» de las concesiones en caducidad: Decretos de 7 de enero de 1927, artículo 8.º (que se justifica curiosamente en el propio texto del precepto con el argumento de que «la revisión» fué en otras ocasiones «ordenada en disposiciones anteriores»), de 5 de mayo de 1941, de 11 de julio de 1941 (que sustituye la declaración de caducidad por sanciones económicas), de 7 de mayo de 1942, artículo 3.º, de 29 de marzo de 1944 (vuelve al criterio de la sanción económica, permitiendo la rehabilitación, art. 4.º), de 26 de octubre de 1945, artículo 5.º, etc.

Ante esta reiterada práctica legal se explica también que los servicios del Ministerio de Obras Públicas se resistan a comenzar por propia iniciativa un expediente de declaración de caducidad, y que necesiten ampararse para ello en las normas de carácter contrario a estas últimas, en las normas que reiteran la observancia de la Ley, como la reciente que ha movido a este comentario.

3.—Naturalmente, una situación contradictoria de tal carácter y de tal importancia práctica debe responder a algún motivo. No se trata aquí, propiamente, en la tendencia últimamente señalada, de una oficiosa e injusta benevolencia por parte de los gestores públicos sin otra justificación. En realidad, esos dos polos del problema, que distorsionan periódicamente a éste en las dos soluciones contrarias del rigor legal y de la tolerancia contra ley, están determinados por la valoración de dos aspectos distintos en el seno de la misma cuestión. El aspecto cuya apreciación postula mantener el principio general del derecho de concesio-

(7) ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, págs. 155-156. La observación de VILLAR PALASI, de que es reglada la declaración de caducidad, pero discrecional su no declaración (op. cit., pág. 752), es quizá equívoca. Lo correcto es indicar la discrecionalidad del otorgamiento positiva de rórroga, como alternativa de la declaración de caducidad, pero no de la mera actitud negativa de no pronunciarse. En este sentido, ya en mi trabajo *Riesgo y ventura...*, cit., págs. 105 y nota 42. En la nota siguiente se aducen razones materiales que justifican este aserto.

nes de la caducidad automática por vencimiento de los plazos resulta obvio en la propia circunstancia de estar consagrado por las leyes fundamentales sobre la materia, y en todas sus razones de fondo, que no será preciso repetir ahora. Es el otro aspecto el que interesa más a nuestro análisis, el aspecto de la cuestión que inclina a justificar positivamente una práctica intrínsecamente viciosa, y que ha originado además esa extraña serie legal de sanación por vía general de una irregularidad que es rigurosamente insubsanable, tanto según la ley como según la naturaleza de la institución, como conforme al principio de no afectar a los derechos de terceros (8). Este otro aspecto de la cuestión es concretamente la valoración positiva de la práctica mercantil de las *concesiones en cartera*, de la *reserva de concesiones*, que se manifiesta en la generalidad de las empresas concesionarias de aguas públicas, especialmente en las de abastecimientos de aguas (sean o no verdaderas empresas privadas) y en las de saltos de energía eléctrica.

Que las empresas concesionarias de este carácter atesoran una cartera de concesiones sin construir es, en efecto, perfectamente conocido. En el activo de los balances de todas estas empresas figura una partida con un epígrafe específico e inequívoco en este sentido. Es decir, no se trata de una práctica clandestina o disimulada, sino, por el contrario, de una práctica proclamada, y que se exhibe incluso como testimonio de una previsión exacta, de una gestión económica adecuada. Es, en rigor, en la conciencia del tráfico, una verdadera práctica de «buen comerciante», de «buena empresa».

Pues bien: esa cartera de concesiones está compuesta en su gran mayoría por concesiones incursas en caducidad. Inversamente: hoy posiblemente el número mayor en términos absolutos y relativos de concesiones de aguas públicas incursas en caducidad se encuentra en las carteras o reservas de este carácter en manos de empresas titulares de otras concesiones en plena explotación. Si aspiramos a una valoración completa del problema, debemos considerar a qué responde esta práctica y cuáles son

---

(8) Una práctica contra ley formal no puede convalidarla una norma de rango reglamentario; la convalidación supone suplencia del elemento irregular, que es sustituido por el regular correspondiente, lo que aquí no se produce; se burla la licitación pública que precedió al otorgamiento de la concesión, al otorgar al concesionario una ventaja *ex post* de que no dispusieron para ponderar sus ofertas los demás licitadores; además del posible perjuicio al interés público se perjudica positivamente al Tesoro, al renunciar el Estado a la apropiación de las fianzas de las concesiones caducadas, en su carácter de pena convencional por el incumplimiento (art. 1.152, C. c.); contra el principio publicístico de prohibición de perdones patrimoniales (art. 6.º, Ley de Administración y Contabilidad del Estado); se cierra el paso a eventuales concesionarios que estarían dispuestos a un cumplimiento pleno, manteniendo estancado virtualmente el mercado de concesiones (cfr. sentencia de 19 de abril de 1915), etc.

los motivos que la justifican en el uso del tráfico. ¿Es, sin más, una práctica materialmente abusiva, como lo es sin duda en el plano de la legalidad formal, o bien cumple una función tan alta que de alguna manera puede explicarse la tolerancia legal en que se apoya? Y aún: considerado el problema *de lege ferenda*, ¿debe tal práctica respetarse, protegerse, limitarse, negarse? El problema, como hemos notado, se plantea de un modo característico en los dos supuestos peculiares de concesiones de aguas públicas para abastecimientos de poblaciones y para aprovechamientos hidroeléctricos, y a estos dos casos vamos ahora a reducir nuestro análisis.

4.—En el caso de aprovechamientos para abastecimiento de poblaciones, la existencia en las empresas titulares de los mismos de una reserva de concesiones sin construir responde, pura y simplemente, a la idea de la previsión, que es una de las enseñanzas maestras de la ciencia urbanística. Sería ejemplo de lo contrario el caso de un suministro de aguas a una gran ciudad calculado para atender estrictamente las necesidades actuales. Pues bien: entre esta limitación —necesidades actuales— y el dispendio inútil que significaría un suministro actual calculado sobre una cifra de necesidades futuras, está la solución racional que representa la práctica de las concesiones en cartera, según la cual se atiende de momento a las necesidades del consumo inmediato y se asegura a la vez la posibilidad de complementar las obras y captaciones actuales con obras y captaciones futuras realizadas sobre la base de esas concesiones en reserva. Parece evidente que este modo de gestión garantiza el crecimiento paulatino del suministro público de aguas atemperándolo de un modo orgánico y correlativo al crecimiento vegetativo del núcleo urbano.

¿Qué ocurriría si, en virtud de la disposición que comentamos, y por la observancia estricta de la ley, se condenara esta práctica de las concesiones en cartera para este tipo de aprovechamiento? Una de estas dos soluciones: o se limitarían los abastecimientos a las necesidades actuales, con un ligero montante de incremento inmediato, o se realizarían sobre el dato de las necesidades futuras. En el caso de los concesionarios actuales con cartera de concesiones se verían forzados o a abandonar éstas o a ponerlas todas en explotación en un tiempo inmediato. Esta última solución, construir con arreglo a los datos de las necesidades futuras, es evidentemente antieconómica. Piénsese lo que hubiese sido que el Canal de Isabel II, que alimenta de aguas a Madrid, ejemplar obra de aquel administrador ejemplar que fué BRAVO MURILLO (9), se hubiese construi-

(9) Vid. GASCÓN Y MARÍN, *Bravo Murillo y el Canal de Isabel II*, en «Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas», 1952, págs. 355 y ss. BULLÓN DE MENDOZA, *Bravo Murillo y su significación en la política española*, Madrid, 1950, páginas 131 y ss.

do para aportar al Madrid de 1852 la cantidad de agua que requiere el Madrid de un siglo después. La primera solución, limitarse a atender, con abandono de la reserva, el consumo actual sería, por eso, la verdadera consecuencia del rigor legal. Si atendemos al interés público en su realidad, con abstracción de su formalización legal, resulta claro que esta solución sería desastrosa en el caso específico de grandes ciudades con constante incremento demográfico y de necesidades. La rigidez de la cifra de consumo de agua atendida impediría el crecimiento paulatino del abastecimiento. El aumento progresivo de la población, al ocasionar la insuficiencia de los abastecimientos actuales, implicaría la entrada en crisis de toda la instalación, en su totalidad, y la necesidad drástica de intentar obras completamente nuevas, ordinariamente con captaciones lejanas o mediante expropiaciones de una cuantía prohibitiva. Estos crecimientos violentos o «por saltos» del abastecimiento de agua exigen además un esfuerzo económico tan considerable, que es lo frecuente que escape a las posibilidades de las entidades concesionarias y de las propias Corporaciones locales interesadas —en los pocos casos en que no son ellas las mismas concesionarias—, imponiéndose luego la necesidad de subvenciones estatales extraordinarias como único medio para resolver el problema. Es lo que está ocurriendo, como es sabido, con la mayoría de las grandes ciudades españolas (10).

El sistema de concesiones en cartera evita, indudablemente, estos riesgos y permite atemperar de un modo orgánico los aumentos necesarios del abastecimiento correlativamente al aumento de las necesidades. Las instalaciones actuales se calculan ya sobre la base de los complementos futuros, pero estos complementos quedan en reserva para ser construídos en cuanto el aumento de necesidades lo exijan y no antes. Se permite un plan de conjunto, coordinando la explotación actual con el desarrollo previsto en el futuro, y esta previsión es la que materializa la existencia asegurada de concesiones en reserva, sin que sea factible atenderla de manera diversa, es decir, sobre meras hipótesis, sin la seguridad de disponer de captaciones determinadas y concretas.

En el otro caso de los aprovechamientos con fines hidroeléctricos el problema se presenta de análoga manera. La práctica por parte de las

---

(10) He aquí el juicio de un técnico: «La naturaleza de todos los abastecimientos de agua es semejante y se repite periódicamente: épocas verdaderamente angustiosas en que la necesidad pública reclama nuevas y mayores obras e instalaciones: período intenso constructivo, resuelto el previo y fundamental económico; cierta tranquilidad descansando en la amplitud de las instalaciones durante un tiempo más o menos largo; época en que las instalaciones y obras van quedándose pequeñas, y al final vuelve el ciclo a repetirse». GONZÁLEZ DE AGUSTINA, *Los planes del Canal de Isabel II en el suministro de agua a Madrid*, en «Gran Madrid», Boletín Informativo de la Comisaría General para la Ordenación Urbana de Madrid y sus alrededores, 4, 1949, págs. 1-2.

empresas explotadoras del servicio de una cartera de concesiones sin construir viene impuesta por la misma necesidad de proveer al incremento continuo del consumo, que es bien sabido que aumenta de un modo constante y paulatino, prestando una de las características más importantes a esta industria (11). Con estas concesiones en cartera se cuida de asegurar la atención futura de las necesidades nuevas del mercado a que la empresa sirve. Es de notar que el crecimiento de la demanda de electricidad es no sólo en extensión (más pueblos, lo cual comienza ya felizmente a ser raro), sino, sobre todo, en intensidad dentro de los propios límites geográficos en que la empresa presta su servicio, de modo que el aumento de la producción de las empresas está impuesto por la precisión de atender a su propio mercado, que fatalmente crece de un modo vegetativo o ininterrumpido, sin necesidad de imaginar propósitos de expansión territorial; de suerte que una empresa sin previsión de nuevas construcciones (que es lo que trata de asegurar la cartera de concesiones) es de hecho una empresa muerta en cuanto que será inexorablemente desbordada por sus propios abonados actuales, sin que le quepa la esperanza de una estabilización de su situación.

De la misma manera que en el caso anterior, la práctica de las concesiones en cartera permite proyectar explotaciones de cierto volumen de un modo racional y orgánico, previendo su paulatino desarrollo, y poniendo así en relación unas obras con otras, construyendo obras hoy para acoplarlas con otras de mañana, realizando de un modo sistemático aprovechamientos integrales de cuencas hidrográficas. Hay hipótesis particularmente expresivas; por ejemplo, la de la construcción de un pantano de cabecera, que es evidente que un concesionario no construirá si no cuenta con la seguridad de las concesiones inferiores. Si esta práctica se suprimiese radicalmente, no es difícil imaginar el estancamiento de las construcciones realizadas por los concesionarios actuales, que no sería infrecuente que sólo dispusiesen de tramos hidráulicos francos y libres de concesiones a largas distancias de sus instalaciones actuales, incluso en cuencas y sistemas hidrográficos distintos, sin posibilidad de una coordinación hacendera y económica con las centrales ya en explotación. Se presentaría con frecuencia el mismo caso de un desajuste notorio entre el aumento paulatino de la demanda y la rigidez de la oferta, y las mismas situaciones de la necesidad de incremento de esta oferta *per saltum*, discontinuamente, violentamente.

He aquí la faceta positiva de la práctica ilegal del mantenimiento de concesiones incursas en caducidad, y las razones que han movido a su

(11) En la actualidad, el índice de incremento anual de la demanda eléctrica en España está entre el 7 por 100 y el 15 por 100, según las regiones, lo que implica una duplicación total del consumo cada diez años. Para estas cuestiones vid. las publicaciones del Consejo Superior de Industria, del Ministerio de Industria, sobre *Producción y consumo de energía eléctrica en España*, en series sucesivas, normalmente anuales.

respeto e incluso a su consagración legal a través de las constantes medidas convalidadoras. Otra práctica ilegal de protección de estas situaciones nos la revela la propia Orden de 3 de diciembre de 1954, que ha ocasionado estas notas: no sólo no iniciar los expedientes de declaración de la caducidad ya producida; también paralizar la tramitación del otorgamiento de concesiones solicitadas, con objeto de que no comiencen a correr los plazos de ejecución que se inician a partir del otorgamiento; la reserva de concesiones es aquí más efectiva y opera *de iure* positivamente en su aspecto de exclusión preventiva de la posibilidad de atribución a terceros de los saltos con los que se cuenta en el futuro, ya que el hecho de estar en tramitación una petición de concesión cierra la posibilidad de que se solicite de nuevo por terceras personas; la Orden condena esta práctica (más peligrosa que la anterior, por lo que revela de connivencia entre los concesionarios privados y los servicios administrativos), y ordena en su artículo 1.º cumplir estrictamente los plazos internos de tramitación establecidos por el Decreto de 7 de enero de 1927 y Orden de 26 de abril de 1952 e impulsa la vigilancia e inspección de estas anomalías con la intimación de exigencia de responsabilidades (artículos 9 y 10).

5.—Después de haber expuesto las razones de interés común que esta a favor de la práctica de las conclusiones en carteras nos cumple valorar ahora su posible aspecto negativo, con independencia de la valoración puramente formal de su ilegalidad actual.

Por de pronto, el sistema presenta dos notorios inconvenientes de tipo general: 1.º Que sobre él se amparan otras situaciones distintas de aquélla; que hemos visto dignas de algún respeto; por ejemplo, la situación del llamado «primista» o intermediario, que sin intención de construir efectivamente se procura la condición de concesionario para especular con ella, y al cual efectivamente favorece la admisión del supuesto de concesiones durmientes; o la aplicación de esta misma práctica a concesiones de otro tipo en las que ya se oscurecen la generalidad de sus fines positivos; 2.º En cualquier caso, el carácter puramente estimativo, a discreción de los concesionarios, de esta práctica de las concesiones en reserva que hace posible una desvirtuación completa de sus fines, bien no ejecutando las nuevas obras cuando el incremento real del consumo lo exige (pues nada fuerza a ello), bien procediendo a una exageración de las posibles previsiones, con la consecuencia de una tesaurización de concesiones cuya puesta en explotación inmediata puede ser conveniente al interés general, aunque no al interés privado del concesionario o al de su mercado de consumidores.

En el caso particular de los aprovechamientos hidroeléctricos, tales inconvenientes presentan todavía un matiz nuevo de alguna gravedad. En este tipo de concesiones nada parece imponer que tengan que ser las

mismas empresas ya establecidas las que deban atender a los aumentos de consumo; estos aumentos pueden atenderlos, en efecto, no sólo la empresa con un mercado en marcha, sino también otra cualquiera, alternativa que parece en principio indiferente al interés público. Es decir, la posibilidad de atender a los incrementos del mercado no está ligada necesariamente a la previsión particular de cada empresa, realizada por medio de una cartera de concesiones, teniendo en cuenta, además, que esta previsión no está hecha sobre la base del aumento general de la demanda pública, sino precisamente del aumento de la demanda propia de su mercado; con lo cual no es difícil imaginar un perjuicio al interés público cuando el aumento de la demanda en una zona resulta que no puede ser atendido por estar las concesiones oportunas reservadas a empresa que opera en zona distinta. La objeción es de evidente fuerza. Sobre la base del sistema de concesiones en cartera se permite e incluso se potencia una actuación monopolística por parte de las empresas ya establecidas que puede estar en desacuerdo con la conveniencia general y que, naturalmente, no merece por sí el mismo respeto que en principio reconocíamos a los aspectos positivos del sistema.

6.—Así expuestos los «pros» y los «contras» de la práctica de la cartera de concesiones, ¿qué concluir? ¿Está justificada la proscripción de esta práctica que viene a formular la Orden de 3 de diciembre último y el retorno puro y simple al sistema legal tradicional de plazos propios para cada concesión, aisladamente, con caducidad automática por su vencimiento sin ejecución de las obras? Por el contrario, ¿debe legitimarse definitivamente esa práctica y dar estado legal a lo que ahora vive al margen de la ley?

Adelantemos que lo que no está justificado de ninguna manera es la reacción legal contradictoria, a bandazos, de que hemos hecho mención, que es índice de una vacilación, y hasta de una frivolidad de criterio, que difícilmente pueden explicarse en relación con un problema de tal trascendencia. A mi juicio, tampoco es posible justificar plenamente una cualquiera de estas dos soluciones contradictorias. Estas soluciones participan ambas de un error común: no especificar el problema de que se trata y pretender resolverlo en virtud de principios generales que hacen abstracción de los términos peculiares de dicho problema. La presencia de aspectos positivos y negativos dentro de la práctica que nos ocupa imponen una discriminación atenta de supuestos abandonando la pretensión de regular la integridad de las situaciones planteables por un rasero único. Es decir, estamos ante un caso característico de los que imponen acudir a la figura jurídica de la *especificación* (12), de la singularización de supuestos concretos destacándolos de las categorías generales que en

(12) Sobre la *especificación*, vid. RENARD, *La droit, la logique et le bon sens*, París, 1925, págs. 297-335.

otro caso les afectarían. La vía «integrista» de la Orden de 3 de diciembre último, de imponer el sistema puro de la Ley de Aguas, está justificada en la sola circunstancia formal de que la vigencia de esta Ley no puede desconocerse, pero desde un punto de vista material no aporta nada para la solución del problema que nos ocupa, y no es difícil pronosticar su escaso éxito; donde varias leyes han fracasado no hay razón para sospechar que una simple Orden ministerial vaya a dejar de hacerlo. El legislador ha debido afrontar el problema en sus términos propios, especificarlo, destacarlo del panorama común del derecho de concesiones, y en definitiva reformar en cuanto a este punto tal derecho, mediante las disposiciones del rango oportuno.

La cuestión se centra entonces en determinar cuáles son los términos concretos del problema que merecen esa especificación legal y el sentido que cabría dar a ésta.

7.—Por de pronto, en cuanto a los dos tipos de aprovechamientos de aguas públicas a que nos hemos referido: el abastecimiento de poblaciones y la producción de electricidad, es menester, a mi juicio, declarar superado sin ambages el punto de vista con que la legislación de aguas los contempla y regula. Es posible que análoga conclusión deba extenderse, en virtud de otras consideraciones, aunque en verdad no muy lejanas de las que ahora formulamos, a todos los aprovechamientos hidráulicos de cualquier clase, a todo el derecho de aguas, que necesita íntegramente de un cambio radical de perspectiva. Este aserto general, sobre el que algún día nos gustaría tratar, no debemos, sin embargo, considerarlo ahora. Nos afecta únicamente el caso de esos dos tipos especiales de concesiones de aguas, y esa conclusión la postulamos concretamente por el argumento que se deduce de la práctica de las concesiones en cartera, que sólo a tales tipos concesionales ampara.

La Ley de Aguas regula por igual todos los tipos de concesiones, para lo que llama aprovechamientos especiales, según el modelo común de la concesión demanial. La concesión demanial o de aprovechamiento del dominio público se diferencia esencialmente de la concesión de servicio público en la circunstancia de que en ella el concesionario se ordena a una utilidad puramente privada (13). Sin embargo, este principio no se cumple cuando se trata de las dos especies de concesiones a que venimos refiriéndonos (14). En la concesión para abastecimiento de poblaciones esto es obvio; puede aquí hablarse sin equívoco de que sobre la titulari-

(13) Por ejemplo, FERNÁNDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, págs. 304.

(14) Con independencia de lo que a continuación se dirá, se ha notado la tendencia a trasladar el régimen de las concesiones de servicio a las antiguas concesiones demaniales, aun afectadas de las limitaciones históricas procedentes de su tráfico regalístico. VILLAR PALASI, *op. cit.*, pág. 701.

dad demanial se superpone una auténtica prestación de servicio público, calificación que, por lo demás, es expresa en nuestra legislación, tanto en la misma Ley de Aguas, que prescribe la necesidad de Reglamentos administrativos para la distribución de las aguas (art. 17), como según la legislación local que cita a este servicio entre los servicios públicos municipalizables (15) y de prestación obligatoria (art. 103) (16). En el caso de la concesión para la producción de energía eléctrica hay que distinguir según que esta energía esté destinada a fines propios o al suministro público. Sólo a esta última hipótesis puede extenderse la misma conclusión que en el caso anterior, es decir, que sobre la titularidad demanial está superpuesto un fin de prestación de servicio público. El suministro público de electricidad está calificado como servicio público explícitamente por el Real Decreto de 12 de abril de 1924 y reiterado por el Reglamento de Verificaciones eléctricas de 1933, texto refundido de 12 de marzo de 1954, artículo 1.º

Esta calificación impone una esencial consecuencia, y es que el servicio público se sustantiviza por relación, no a sus medios instrumentales, sino a su objeto (17), a la necesidad peculiar a que atiende. La unidad del servicio público en el caso del abastecimiento de agua a poblaciones está determinada por cada unidad material de población abastecida, aunque en definitiva las captaciones necesarias se obtengan mediante una multiplicidad de concesiones. La misma conclusión procede en el caso del suministro de electricidad, que es unitario con independencia de la variedad de procedencias, tanto de medios técnicos (energía hidráulica, térmica, etc.), como de instalaciones dentro de cada uno de esos medios; cuáles son los límites de esa unidad del servicio público capaz de abarcar todos sus elementos singulares es algo a lo que luego aludiremos, al tratar del sistema de organización de este servicio en nuestro derecho.

La caracterización como servicios públicos, dado el régimen de estas actividades, obliga a una prestación «regular y continua», según la fórmula consagrada. Para atender esta exigencia elemental se impone incluso en el orden material la obligación de que la entidad prestadora

(15) Artículo 166 de la Ley de Régimen Local: aunque pueden municipalizarse actividades que no son servicios públicos (arts. 164, 165), debe entenderse que la municipalización con monopolio, que es la referida en el artículo 166, alude siempre a servicios públicos genuinamente tales, dado el carácter indicador del monopolio a este respecto y la imposibilidad de reconocer a los Municipios el poder de construir monopolios con fines fiscales o industriales. Sobre esto, vid. mi trabajo *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, que se publica en este mismo número de esta REVISTA.

(16) Cfr., en el mismo sentido, GARCÍA-TREVIJANO, *Caducidad...*, cit., pág. 266, nota.

(17) GARCÍA DE ENTERRÍA, *El servicio público de los transportes urbanos*, en esta REVISTA, núm. 10, 1953, pág. 83.

esté «sobreequipada» (18), es decir, que se coloque en condiciones de atender cualquier emergencia súbita, derivada tanto de una deficiencia sobrevenida a sus propios medios, como de un aumento ocasional en la demanda. Esta nota se traduce en la obligación de disponer de una reserva de medios técnicos, que es bien conocida en servicios públicos tan característicos como el ferrocarril o el transporte regular por carretera (19). Pues bien: en las dos hipótesis que nos ocupan el único modo de asegurar la prestación regular y continua en la que los concesionarios se responsabilizan es justamente disponer de proyectos de instalaciones nuevas que, dadas las características de las demandas respectivas, afectadas continuamente de un crecimiento vegetativo, deben ser sucesivamente realizados y puestos en explotación con objeto de atender el indefectible aumento del consumo. Esta exigencia, que deriva de la misma calificación de servicio público, fuerza sin duda en el caso de instalaciones hidroeléctricas y para abastecimiento de poblaciones al sistema de las concesiones en cartera, en atención a las necesidades técnicas derivadas de la ampliación de las instalaciones de que más atrás hicimos mención.

Es decir, frente al punto de vista atomístico de la legislación de aguas, de considerar aisladamente cada concesión y otorgarla siempre con condiciones propias sustantivas, la circunstancia de la afección de esas concesiones a una actividad de servicio público no sólo permite, sino que fuerza a una consideración accesoria de cada concesión en relación con el conjunto del servicio que trata de atenderse, que es lo que se destaca sustantivamente e impone su régimen al conjunto de elementos afectos. La posibilidad de las concesiones hidráulicas durmientes, incluidas en la cartera de una empresa que explota otras distintas, queda así justificada en un planteamiento rigurosamente general y objetivo.

La Ley de Aguas no se ha enfrentado siquiera con esta realidad. En el caso de las concesiones hidroeléctricas por la razón elemental de que se trata de una realidad técnica posterior a su fecha y que por eso no ha podido ser ni aludida por ella. En el otro supuesto del abastecimiento de poblaciones, porque el carácter continuo del crecimiento de las grandes ciudades es otra realidad apenas percibida en nuestra patria en 1866 (ó 1879), cuando aún permanecen los modos de visión de una civilización campesina milenaria que entonces justamente comienza a entrar en crisis; la prestigiosa Ley de este modo, no ha previsto las exigencias del nuevo urbanismo, y así, por ejemplo, señala un módulo de

(18) TREVoux, *apud* GARCÍA-TREVIJANO, *Aspectos de la Administración económica*, REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 12, 1953, pág. 23.

(19) La exigencia de esta reserva de medios técnicos es impuesta en estas concesiones por los pliegos de condiciones respectivos (arts. 32 del Reglamento de Policía de Ferrocarriles de 8 de septiembre de 1878, y 10 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera de 9 de diciembre de 1949: «material móvil de servicio y de reserva»).

cobertura de necesidades que es hoy juzgado como completamente insuficiente, el de cincuenta litros (de ellos sólo veinte potables) por habitante y día (art. 164), y no sólo no impone la necesidad de un cálculo de necesidades futuras, sino que incluso parece impedirlo al limitar expresamente ese cálculo a los habitantes existentes en el momento (artículos 164 y 165).

8.—Ha sido relativamente sencillo justificar *in abstracto* el sistema de las concesiones en cartera, e incluso configurarlo abstractamente como una verdadera obligación de los concesionarios. Lo difícil es, sin embargo, regularlo, ofrecer criterios lo suficientemente precisos que permitan abordar el tema en el terreno de la normación positiva.

En cuanto al supuesto del abastecimiento de poblaciones, la cuestión puede ser relativamente sencilla. No se trata sino de regular los casos en que la adopción de la reserva ha de ser procedente, y limitar seguidamente el alcance de esta reserva, que naturalmente no debe exceder de un cálculo prudencial, conforme a los criterios comunes del planeamiento urbanístico. Son estas reglas de la urbanística las que deben presidir esta regulación. En cuanto al problema que ahora nos ocupa, en relación con el régimen de las concesiones en cartera, habría que establecer para las entidades que se acogieran al sistema que la obligación de ejecutar las obras respectivas comenzaría a correr desde que el consumo de la población hubiese alcanzado un límite a establecer con relación al suministro ya en explotación. Este sistema que tomamos, como luego diremos, de un ejemplo ofrecido por nuestra misma legislación, impondría el estricto cumplimiento del plazo concesional de ejecución, pero retrasaría el *dies a quo* poniéndolo en relación con las necesidades cambiantes del servicio público. No se afectaría, pues, al principio esencial del derecho de concesiones que impone la esencialidad del término fijado para el cumplimiento, su carácter de «negocio fijo», pero remitiría tal esencialidad a su término de referencia exacto, a aquel que precisamente justifica y mide esta característica: las necesidades del servicio público (20). Otras posibles notas de ese régimen: prohibición absoluta de transferir las concesiones en reserva, quizá con la excepción de permutas autorizadas preventivamente, posibilidad de conceder aprovechamientos en régimen de precario sobre los mismos tramos y caudales de las con-

(20) *Riesgo y ventura*, cit., págs. 101-5: «Estos plazos deben entenderse esenciales, en el sentido del art. 1.100. núm. 2.º, del Código civil..., lo cual es fácil justificar en el principio orgánico del servicio público..., ya que, efectivamente, para la realización de los servicios proyectados por la Administración los plazos por ésta fijados son esenciales, como ligados a un plan de conjunto de satisfacción de las necesidades públicas, que, en este sentido, pone en relación unas obras con otras, y en general todos los servicios entre sí»

cesiones en reserva, condicionados resolutoriamente a la puesta en explotación de esta reserva, etc.

En el caso de las concesiones hidroeléctricas el criterio de encauzar el sistema de la reserva de concesiones para evitar su desnaturalización, concibiéndolo como un medio técnico que permite y asegura la explotación racional de todas ellas, está expreso felizmente en un magnífico modelo legislativo de nuestra práctica concesional. Me refiero al Real Decreto-ley de 23 de agosto de 1926 (21) suscrito por el gran Ministro que fué el Conde de Guadalhorce, y que otorga y regula las concesiones de los saltos del Duero, sin duda la primera manifestación en nuestra patria de un aprovechamiento hidroeléctrico integral de un gran tramo de uno de los primeros ríos peninsulares. Este antecedente legal que viene rigiendo hasta la fecha la situación particular a que se concreta, con una eficacia fuera de toda duda (22), merece ser examinado con alguna atención.

Ya en la Exposición de motivos se justifica el sistema normativo que luego se ofrece con palabras que son susceptibles de generalizarse en relación con el problema que nos ocupa: «El desarrollo industrial debe considerarse en conjunto, teniendo en cuenta todas sus fases de desenvolvimiento y procurando que el proceso evolutivo corresponda a una verdadera expansión elástica y no a conmociones bruscas y casi eruptivas; debe semejarse a la formación de los terrenos sedimentarios, no a las grandes conmociones geológicas.» El artículo 12 de su texto preceptivo nos ofrece el desarrollo de tal criterio:

«a) Las obras correspondientes a los aprovechamientos que comprende esta concesión se ejecutarán en el orden que el concesionario juzgue conveniente, pudiendo construir los aprovechamientos simultáneos o sucesivamente.»

«c) El concesionario podrá esperar para comenzar las obras de cualquiera de los aprovechamientos a que el consumo de la energía producida en los ya construídos o instalados sea tal que los aparatos registradores que han de instalarse, según la base e) de este artículo, comprueben que la potencia reclamada por el consumo es durante doce horas al día, por lo menos, igual al 75 por 100 de la capacidad del salto o saltos ya instalados, y en ningún momento igual al máximo de ella como carga instantánea...»

(21) Gaceta del 24 de agosto.

(22) Me refiero exclusivamente a la creación del gran complejo hidroeléctrico del Duero, que ha venido siendo muchos años, y es aún hoy quizá todavía, el más importante de nuestra patria. El sistema de construcción escalonada de los saltos no ha concluido aún, con lo que todavía dicha norma sigue siendo aplicable respecto del problema que estamos tratando.

El plazo de construcción así señalado juega luego con carácter de obligación y automatismo, según se especifica en el apartado f) del mismo artículo 12:

«f) Se considerará que se ha cumplido la condición de consumo que fija la base c) de este artículo, con carácter de obligación para comenzar las obras sucesivas...»

Este sistema parece perfectamente justificable. El atesoramiento de concesiones se ordena simplemente hacia un sistema reglado de construcción escalonada. Dentro de esta regulación no cabe ya el «primista» o intermediario, no sólo porque suele ser titular de una sola concesión, sino porque la reserva de concesiones se permite sólo en función de otras ya en explotación, situación en la que no se encuentra esta figura picaresca. A la vez, para la empresa que es titular de instalaciones en activo se le permite, en efecto, disponer de una cartera de concesiones, con lo cual se posibilita la realización paulatina de planes de conjunto de gran envergadura, pero también se limitan eficazmente los abusos que el sistema puede ocasionar, y ocasiona de hecho, obligando para ello a construir dentro de un plazo que el nivel real de la demanda del servicio marca automáticamente, acabando así con la libertad y discreción de plazo que de hecho impera hoy, aun dentro de la ilegalidad en que la práctica de las concesiones en cartera está situada.

A mi juicio, la posible implantación de este sistema debería ir acompañada de garantías suplementarias para evitar posibles desviaciones del mismo, y una de ellas habría de ser que la empresa que se hubiese acogido al sistema de construcción escalonada no pudiese transmitir sus concesiones una vez que entrasen dentro del período de reserva; precepto que cabría justificar en las propias particularidades del sistema, toda vez que la concesión en cartera tiene ya vencidos sus plazos originales de construcción y su caducidad es virtual, aunque bajo la suspensión de la ulterior construcción escalonada, condición que sólo puede cumplir, por la hipótesis misma del módulo de escalonamiento, el concesionario titular de la cartera. Con todo, la mayor dificultad se presenta a propósito de la objeción señalada más atrás en relación con el sistema de libertad de empresa que gobierna hoy la organización del servicio público del suministro de electricidad. Este problema merece ser examinado detenidamente.

9.—El argumento es, decíamos, que nada parece imponer la protección a una empresa establecida en menoscabo de iniciativas que pueden venir perfectamente por parte de otras empresas. Las concesiones en cartera se estancan en beneficio de sus titulares, limitándose, en efecto, la posibilidad de que puedan ser puestas en explotación inmediata por parte de otras empresas dispuestas a ello. El interés público no sólo se presenta como indiferente en este conflicto entre titular de la cartera y los terceros eventuales concesionarios, sino que positivamente parece incli-

narse en favor de estos últimos, que se muestran hipotéticamente dispuestos a una inmediata puesta en marcha del activo hidroeléctrico nacional, al que en la otra solución se condena a un plazo de dormición y de reserva.

La fuerza evidente de esta argumentación queda notablemente menguada si se recuerda cuál es el régimen vigente en la organización del servicio público de suministro eléctrico. La era de los pioneros de la explotación hidroeléctrica, que luce todavía en la legislación de aguas, ha sido, sin embargo, clausurada por la legislación específica del servicio público de que se trata, servicio yuxtapuesto sobre la perspectiva demanial, como antes aducíamos. Esta legislación ha evolucionado en un sentido radical, por cierto que sin que los administrativistas hayan parado mientes en ello, no obstante tratarse de uno de los servicios públicos capitales en nuestra realidad económica y política.

El revulsivo del antiguo sistema ha sido una grave situación de emergencia ocasionada por el desequilibrio entre nuevas construcciones y aumento del consumo, fruto probablemente, en su origen, de la suspensión de aquéllas con motivo de nuestra guerra civil, aunque en cualquier caso se trata de una fase constante en el proceso de desenvolvimiento económico de la generalidad de los países. Esta situación es la llamada ya popularmente «de restricciones en el consumo de energía eléctrica». El primer reflejo de esta situación de la legislación se acusa por la Orden del Ministerio de Industria de 19 de julio de 1944, que crea Delegados técnicos especiales para regulación y distribución de la energía eléctrica. A estos Delegados, como es frecuente en autoridades de emergencia, se les dota de un formidable poder, que enuncia así simplemente el artículo 3.º de esta disposición: «todo lo referente a producción, distribución y ordenación del consumo de energía eléctrica; señalar la cuantía de las restricciones a establecer y la forma de aplicarlas; interconexión entre las empresas para prestarse el mutuo apoyo que se requiera; asistencia a las mismas para el mejor cumplimiento de su misión; ordenación del funcionamiento de los elementos térmicos de que disponga; señalar a qué clase de usuarios se les debe dar preferencia en el suministro de energía, atendida su importancia desde el punto de vista nacional; y, en general, ordenar y resolver con carácter ejecutivo cuantas dificultades e incidencias se susciten con motivo de la aplicación de las restricciones». Posteriormente la Orden del mismo Ministerio de 27 de octubre de 1944 da normas sobre reparación y construcción de centrales térmicas (23), y la de 2 de diciem-

(23) Paralelamente, por vía de fomento, las Ordenes de 5 de octubre y 13 de noviembre de 1945 califican de «absoluta necesidad nacional» las instalaciones, obras y suministros para incrementar la producción de electricidad, y la Ley de 15 de mayo de 1945 estimula las inversiones con este objeto por el sistema de las bonificaciones tributarias.

bre del mismo año aprueba el plan de conjugación de sistemas regionales de producción de energía eléctrica, que presenta un consorcio de las grandes empresas eléctricas, al cual se encomienda su ejecución. El proceso se cierra con el Decreto de 12 de enero de 1951, «sobre ordenación en la distribución de energía eléctrica y establecimiento de tarifas de aplicación», refundido ahora en el Reglamento antes citado de 12 de marzo de 1954, y en donde la hasta este momento situación excepcional se consagra definitivamente al margen ya de toda razón de emergencia.

La transformación que aporta esta normativa y que no hemos dudado en calificar de radical, consiste llanamente en superar la perspectiva de cada empresa en particular como marco propio para la organización del servicio, y ordenar éste desde un punto de vista general o nacional, subordinando al mismo la posición propia de cada empresa aislada. Hasta este momento los usuarios del servicio se individualizaban en relación con la empresa concreta de que se abastecían: si ésta disponía de energía ellos se beneficiaban absolutamente, aunque al lado, e incluso coincidiendo en la misma zona geográfica, otra empresa fuese deficitaria de electricidad y no pudiese suministrar a sus abonados más que una parte de sus necesidades; la situación resaltaba más por la circunstancia de que cada empresa era titular de un sistema propio de tarifas, tanto en la modulación y tipos de consumo como en el de la misma cuantía económica para tipos análogos o idénticos. Desde 1944 toda la energía disponible en el suelo nacional se considera afectado indiferenciadamente al total de los usuarios, disponiendo de ella la Administración, cualesquiera que sea la situación y los intereses de cada empresa en particular. El sistema de tranvases forzosos de energía de unas empresas a otras, de utilización forzosa de líneas de transporte, de distribución en unos mercados de la energía producida en zonas diversas y por distintas empresas, etc., ha hecho visible la hondura de la transformación propuesta. Es en el citado Decreto de 12 de enero de 1951 donde cobra figura definitiva este nuevo sistema de ordenación, que se independiza para siempre de la situación excepcional de las llamadas restricciones eléctricas que comenzó legitimándolo.

Este Decreto es plenamente consciente de la trascendencia de sus regulaciones. «Siendo la industria eléctrica —dice su Exposición de motivos (24)— una de las actividades en la que la coordinación de los medios de producción y la concentración de redes y sistemas presenta mayores ventajas en los órdenes técnico y económico, siendo ésta la finalidad que invocan los países que han procedido a nacionalizar estos servicios, el Estado, que propugna y mantiene los principios generales de defensa de la iniciativa privada, ha de proceder de forma que, por medio de regulaciones y unificaciones como las que por este Decreto se establecen, se

(24) «B. O. del Estado» de 2 de febrero de 1951, pág. 528.

produzcan en beneficio de los consumidores *resultados similares a los que se obtendrían por la concentración en una sola mano de los medios de producción*» (25). Esta coordinación se instrumenta con medidas de una gran energía: constitución de la «Red General Peninsular», que es ahora, puede decirse sin hipérbole, el sujeto del servicio y no ya cada empresa aislada; transporte forzoso de energía a través de las redes de las empresas integradas en la Red General; unificación de tarifas para estas mismas empresas; percepción de parte de la tarifa a través de una compensación colectiva mediante un sistema de «pool» administrativo (26); adquisición forzosa de energía, cesión forzosa de energía, conexión forzosa con otras empresas. Todo este sistema así unificado de suministro eléctrico es regido, según este Decreto, por el Ministerio de Industria, legitimado para decidir ejecutivamente todas las medidas indicadas e incluso para imponer forzosamente en muchos casos las compensaciones económicas que procedan por las complejas relaciones entre las empresas que de este manejo colectivo resultan (27).

A primera vista esta superación de la empresa aislada como marco suficiente para la organización del servicio, y el nuevo carácter con que esta organización se presenta, justificaría antes que invalidar el argumento expuesto más atrás en contra de la práctica de la reserva de concesiones, pues la empresa constructora de un salto no precisa ya, como hasta ahora, disponer de un mercado propio para colocar la energía, sino que le bastaría conectar con la «Red General Peninsular» para que ésta la distribuya indiferenciadamente entre el conjunto nacional de usuarios.

(25) El aserto de que la coordinación de centrales, redes y sistemas es una de las primordiales finalidades de la nacionalización de este servicio es exacta. Vid., en general, ZAPPA, *La nazionalizzazione delle imprese*, Milano, 1946, págs. 124 y ss. CLEGG Y CHESTER, *The future of Nationalization*, Oxford, 1953, págs. 25 y ss., y lo que más adelante indicaremos sobre las experiencias francesa e inglesa.

(26) El concepto de «pool» administrativo es de VILLAR PALASI, *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*, en el núm. 14 de esta REVISTA, agosto 1954, págs. 108 y ss.

(27) El poder regulador de la Administración sobre la explotación del conjunto eléctrico nacional se extrema aún a través de las grandes plantas estatales de producción, cuya influencia dentro del sistema es decisiva, especialmente en lo que respecta a la generación térmica y por el papel regulador que las térmicas juegan entre nosotros. Estas plantas estatales se agrupan en las sociedades filiales del Instituto Nacional de Industria «Empresa Nacional de Electricidad», «Empresa Calvo Sotelo» y «Empresa Nacional Hidroeléctrica del Ribagorzana». Juzgando una experiencia análoga, se ha afirmado en Estados Unidos que las plantas federales, y entre ellas significativamente las famosas del valle del Tennessee (T. V. A.), «has been the most potent and effective regulatory instrument which the national government has utilized in the electrical field», por encima incluso de las medidas legislativas. FAINSOD Y GORDON, *Government and the American Economy*, rev. ed., New York, 1948, págs. 357 y ss.; la frase transcrita, en pág. 361.

Ahora bien: la valoración que de este juicio resulta parte de un dato falso, y es el de contar con una disponibilidad casi ilimitada de la energía potencial de nuestros ríos, la de juzgar que la iniciativa y la rapidez cuentan más que la del plan conjunto, la de estimarnos aún, como antes decíamos, en la época de los pioneros de la industria eléctrica. Es este justamente el punto esencial de la cuestión y donde viene a conectarse el tema que ahora nos ocupa.

Lo que en realidad revela la nueva organización del servicio de electricidad es la necesidad de un plan de conjunto por la emergencia de una masa homogénea de consumo en constante crecimiento, y por la insuficiencia de la simple libertad de empresa para atenderla uniforme y regularmente. Esta acción de conjunto, que se actúa inmediatamente como una coordinación de las empresas ya establecidas, se presenta rigurosamente exigido en los aspectos de explotación y distribución, que es a lo que atiende el Decreto citado, pero es también evidente que ha de terminar imponiéndose, e incluso que está ya reclamado, en el orden, en cierto modo previo, de la producción y de la construcción de centrales. Esta necesidad es de la mayor evidencia en cuanto consideremos la situación presente en nuestra patria, que es la de un agotamiento virtual de los recursos hidroeléctricos en un plazo máximo de unos veinticinco años, como es bien sabido, y observemos que técnicamente existe un óptimo de rendimiento de estos recursos tan inmediatamente limitados con la fórmula de los llamados «aprovechamientos integrales», que es característicamente una fórmula de planeamiento colectivo y unitario. Quiere decirse que la obtención de este óptimo de aprovechamiento no puede lograrse de ninguna manera a través de una serie de iniciativas aisladas que se orienten, como hoy fuerza la legislación de aguas, hacia una consideración individual de cada salto, y que se impone, por consiguiente, como más atrás decíamos, la superación de este punto de vista atomístico de cada concesión en particular para situarse en el plano abstracto del servicio público, que nos remite ya en este momento, así como en el abastecimiento de ciudades a la unidad indivisible que cada una de éstas constituye, en el suministro eléctrico al área nacional, formalmente unificada y singularizada ya como un ámbito homogéneo de necesidades. La producción eléctrica ha de ordenarse necesariamente, por consiguiente, desde y en virtud de un plan nacional y de conjunto.

La fase en que nuestra legislación se encuentra ahora, de unificación de la explotación y de la distribución, en tanto que no de la construcción de nuevas centrales, ha sido singularizada con las mismas notas en la evolución sufrida por países más industrializados. «L'ordre historique n'est pas logique, puisque la distribution eût son statut avant la production», observa CHENOT al exponer la historia francesa del proceso que ha

concluído en la nacionalización efectuada en 1946 (28). La experiencia inglesa es acaso más significativa y más neta (29). La Electricity Act de 1919 se orienta hacia la «compulsory amalgamation of electric undertakings into larger groups» (30), para remediar el desorden que resultaba de un extremo fraccionamiento de esfuerzos, que la habitual presencia de la actividad municipalizadora en estos servicios complicaba muy especialmente. En 1926 se pasa ya al terreno de la construcción. La Electricity Act de esta fecha erige el «Central Electricity Board» con la misión específica de construir una red nacional de transporte eléctrico a la cual conectar un grupo concentrado y selecto de estaciones generadoras, que el Central Board controlaría directamente. Todavía el Estado limita su actividad directa al transporte y standardización de la energía, y se contenta con controlar, aunque estrechamente, la producción propiamente dicha. Un Comité oficial de encuesta, el Mc. GOWANN Committee, que emite su dictamen en 1936, propugna la intensificación de esta intervención por las necesidades de un plan unitario, y expresa ya claramente que los «schemes of reorganization should make provision for the possibility of ultimate public ownership of all undertakings» (31). La guerra inmediata impidió tomar determinaciones al respecto. A su término, el problema se había agudizado (32). La presencia posterior del partido laborista en el poder orientó decididamente la solución del caso hacia la fórmula nacionalizadora, que al fin se acuerda en 1947.

El paso del plano de la distribución al de la producción está, pues, marcado uniformemente, por el ejemplo de otros países y, sobre todo, por los términos reales de la situación del problema. En las significativas palabras del preámbulo del Decreto de 1951, que más atrás transcribimos, nuestro legislador formula inequívocamente el principio del plan unificador y de conjunto referido a ambos aspectos, no obstante limitarse luego en el texto dispositivo a imponerlo sólo en el primero de ellos. Ha pesado sin duda en esta inconsecuencia, aparte de la intrínseca complejidad del tema, que fuerza a rectificar una de las ramas legislativas más prestigiosas entre nosotros, la de las aguas públicas, el hecho de que en

(28) CHENOT, *Organisation économique de l'Etat*, París, 1951, pág. 391. Para la legislación inmediatamente anterior, ya claramente de crisis, y muy significativa por eso mismo, ofrecen un buen resumen BERTHELEMY y RIVERO, *Cinq ans de réformes administratives*, París, 1938, págs. 176 y ss. Sobre la nacionalización, puede verse la colaboración de AUBY en el volumen colectivo dirigido por DE LA MORANDIÈRE y BYÉ, *Les nationalisations en France et à l'étranger*, París, 1948.

(29) Buenos resúmenes en CLEGG y CHESTER, loc. cit. SLEEMANN, *British Public utilities*, London, 1953, págs. 218 y ss. Bibliografía específica puede verse en el *Symposium* editado por ROBSON, *Problems of Nationalized Industry*, London, 1951.

(30) SLEEMANN, pág. 219.

(31) CLEGG y CHESTER, op. cit., pág. 27.

(32) *Ibidem*, pág. 28.

nuestra Administración son distintos los Departamentos competentes para uno y otro menester, y no ha sido aún lograda en sus criterios la coordinación deseable (33).

Es justamente esta necesidad de planificar desde una perspectiva de conjunto la construcción de saltos hidroeléctricos lo que justifica la relativización de cada salto aislado, y *a fortiori*, por consiguiente, el sistema de las reservas concesionales. Es evidente también que estas reservas no pueden ordenarse ya sobre el plano individual de cada empresa, pero también lo es que, fuese cual fuese el modo en que pudiese verse la integración de las empresas particulares en los necesarios planes de conjunto (concursos específicamente anunciados, consorciaciones libres o forzadas de empresas interesadas, etc.), el sistema remite necesariamente a que las empresas titulares de la producción cuenten con carteras de concesiones a desenvolver mediante construcciones escalonadas y sucesivas.

Resta todavía el argumento del monopolio. Legitimar, en la forma que fuese, la práctica de las concesiones en cartera aseguraría a las empresas beneficiarias situaciones de monopolio —es la tesis—. La acusación es equívoca y juega con la impresión negativa que el término monopolio produce. La industria eléctrica, por sus características técnicas y económicas, como en general todas las empresas de servicios públicos, propenden, naturalmente, a un alto grado de concentración industrial; el «small business» tiene escasas, si no nulas, posibilidades de acometer las ingentes obras que en el actual nivel de esta industria se requieren, y debe negarse también el superior beneficio que pudiese resultar para el consumidor de una explotación fraccionada y múltiple, aun suponiendo resueltas las necesidades de una coordinación técnica a que antes nos referimos, que es evidente que una unificación financiera soluciona de la mejor manera; finalmente, la competencia en el mismo mercado de varias empresas eléctricas, como la clásica hipótesis, rigurosamente paralela, de dos empresas ferroviarias que sirviesen el mismo trayecto, supone muchas veces un desperdicio de recursos injustificable ordinariamente, especialmente en cuanto éstos escasean, que es exactamente lo que ocurre (34). Estos rasgos son perfectamente conocidos, e incluso definitorios de las empre-

(33) Por ejemplo, es completamente injustificable la dualidad de competencias en materia de tarifas que el propio Decreto de 1951 contempla y afirma. El sistema de tarifas de concesión, como una condición del pliego concesional, ha perdido toda su justificación en un sistema de «tarifas unificadas», como el que el Decreto construye, y de tarifas además variables o a escala móvil; conservarlo, no obstante esto, es realmente absurdo y sólo se explica por la resistencia de todo organismo a perder competencia, resistencia por cierto tantas veces sostenida por intereses de cuerpos.

(34) «After some experience with competition in the public utility field at the close of the nineteenth century and early in the twentieth» —dicen ANSHEN y WORMUTH hablando precisamente de la «power industry»—, American states and municipalities *universally came to the conclusion that public policy required the elimination of com-*

sas de servicios públicos («public utilities»), las cuales. «por la naturaleza del servicio que suministran, por la importancia del capital invertido y por el elemento de no transferibilidad o inelasticidad de la demanda..., operan bajo condiciones que podemos llamar de monopolio natural» (35). No es sorprendente por eso que de todos los países pueda afirmarse indistintamente el elevado grado de concentración de esta industria (36) e incluso más, que tal concentración haya sido algunas veces estimulada y protegida por los Gobiernos respectivos (37). En definitiva, la solución nacionalizadora se apoya económicamente en estas ventajas que propor-

*petition and the legal establishment of monopoly by franchises or certificates of convenience and necessity», en Private enterprise and Public policy, New York, 1954, págs. 331-2.*

(35) SLEEMAN, op. cit., pág. 13. En el mismo sentido, CHESTER, *British public utility services*, London, 1952, págs. 7-8, que eleva la nota a la esencial del concepto. PIVATO, *Le imprese di servizi pubblici*, Milano, 1939, págs. 3 y 136 y ss., tipifica desde el ángulo comercial el proceso de integración y concentración financiera como rasgo común de estas empresas, estudiando sus formas peculiares. ANSHEN y WORMUTH, op. cit., página 332, hablan de la «quality of natural monopoly in the power industry», específicamente. Etc.

(36) Algunos datos: En Estados Unidos, en 1935, el 90 por 100 de la producción eléctrica privada procedía de 57 empresas, de las cuales las 22 más grandes suministraban solas el 75 por 100 del total del país (FAINSOD y GORDON, op. cit., pág. 300). En Italia, en 1939, el 77 por 100 de la producción procede de ocho grupos (VITO, en la obra colectiva *Monopoly and competition and their regulation. Papers and proceedings of a conference held by the International Economic Association*, editada por CHAMBERLAIN, London, 1954, pág. 48); la interconexión completa de los diversos sistemas y su explotación conjunta se realiza libremente por las empresas a través de una sociedad interpuesta (CONIEL) en la que participan todas ellas (ZAPPA, op. cit., págs. 128-129). En Suecia (datos 1935) los Cartels y las grandes empresas controlan el 72 por 100 de la producción (BREMS, en el mismo volumen acabado de citar, pág. 171). Para España puede verse: DE LA SIERRA, *La concentración económica en las industrias básicas españolas*, Madrid, 1953, y los trabajos de MUÑOZ IÑARES, *La concentración del capital en las Sociedades y Empresas españolas y El plipopolio en algunos sectores del sistema económico español*, en «Revista de Economía Política», enero 1952, págs. 240 y ss., y abril 1955, págs. 15 y ss., respectivamente.

(37) La coordinación e integración de los sistemas eléctricos es una de las funciones de la «Federal Power Commission» norteamericana, que puede llegar a imponerlas forzosamente en las situaciones de emergencia (FAINSOD y GORDON, op. cit., páginas 336-7); vid. también *supra* nota 34 sobre la política seguida en las esferas administrativas inferiores a la federal. En Inglaterra observamos ya más atrás esta tendencia, así como la sostenida por el «Central Electricity Board» de concentrar la producción en grandes plantas seleccionadas; en el momento de la nacionalización este criterio había logrado su fruto: sólo 143 centrales conectadas a la red nacional producían el 95 por 100 de la energía consumida (SLEEMAN, op. cit., pág. 220); en la producción de gas, antes de su nacionalización, un Comité oficial designado en 1944 propugnó abiertamente la «concentration of effort... into fewer and stronger hands» (CLEGG y CHESTER, op. cit., pág. 29).

ción la concentración y el planeamiento constructivo a larga escala. Ahora bien: todo el sistema de regulación de los servicios públicos, comenzando por la tarificación de sus prestaciones, tiende a asegurar que tal situación monopolística no se actúa en perjuicio de los usuarios, sino justamente en su beneficio (38). Las empresas eléctricas están afectadas en todos los países, y así, desde luego, en el nuestro, por esta regulación como empresas de servicios públicos, a través de la cual, y no por el sacrificio de las necesidades económicas a un abstracto principio, deben operarse las garantías y compensaciones del interés público, en tanto se juzgue oportuno, como proclama en nuestro Derecho el Decreto citado de 12 de enero de 1951, el mantenimiento del sistema de empresa privada.

Un largo panorama se ha abierto ante nosotros persiguiendo un tema especial, como es el de la práctica de la cartera de concesiones hidráulicas. Amplias e importantes cuestiones quedan forzosamente aludidas por él: la crisis de nuestra legislación de aguas, el desarrollo urbanístico de nuestras ciudades, la ordenación de la industria y del servicio de electricidad.

La única intención de estas notas ha sido advertir la magnitud de estos problemas y llamar a la responsabilidad de abordarlos a quienes más directamente corresponde su consideración. El fantasma de un problema análogo, el ferroviario, ha rondado en más de una ocasión por estas páginas, y su experiencia impresionante, que aún gravita como una losa sobre nuestra economía, puede estimular como una dolorosa enseñanza la urgencia de tal meditación.

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

#### A D D E N D A

Concluido y en prensa el anterior trabajo, se ha publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 17 de julio de 1955 un Decreto del Ministerio de Obras Públicas de 24 de junio anterior «por el que se crea una Comisión especial de los Ministerios de Obras Públicas, Industria y Agricultura para el aprovechamiento total de las cuencas de los ríos o unidades geográficamente determinadas». Esta disposición excede en su planteamiento del tema específico de que aquí se ha tratado, puesto que al hablar de aprovechamiento total no se refiere únicamente a los recursos hidráulicos, sino también, y de modo expreso, a los industriales y a los agrícolas, así como a todas las obras públicas en general. En este sentido parece tratarse de una institucionalización definitiva de la técnica de planes conjuntos de elevación económica de regiones determinadas, que hasta ahora se conocían en nuestra realidad administrativa referidos ex-

(38) «The theoretical objective of public regulation in the power industry has been to provide a substitute for the protection normally given to consumers by active competition among rival firms.» ANSHEN y WORMUTH, *op. et loc. cit.* Se trata, naturalmente, de un juicio económico y no jurídico-administrativo.

clusivamente a dos situaciones particulares: Provincias de Badajoz (Ley de 7 de abril de 1952) y de Jaén (Ley de 17 de julio de 1953), y con el nombre en los dos casos de «Planes de Obras, Colonización, Industrialización y Electrificación». Si es así realmente, y si esa planificación ha de realizarse en el sentido que esos precedentes han establecido, la cuestión abordada en nuestro trabajo no entraría en la competencia del organismo mixto que se constituye, aunque en los términos generales de la misión que se le encomienda cabría perfectamente comprender la posibilidad de una consideración como la que en nuestras notas se sugiere a propósito en los recursos hidroeléctricos. De cualquier modo, es también evidente que tal consideración, como hemos tratado de poner de relieve, impondría innovaciones sustanciales en la legislación de aguas, tanto en este caso de los aprovechamientos hidroeléctricos como en el otro, que parece más ajeno a las funciones de la nueva Comisión, de los aprovechamientos que tienen por objeto el abastecimiento de poblaciones.

Subrayamos, en cualquier caso, las siguientes palabras del preámbulo del citado Decreto: «El poder realizador de las nuevas técnicas, que incita a concebir los planes de obras públicas con objetivos más ambiciosos que los actualmente alcanzados, y de otro lado, la limitación material de nuestros recursos naturales, que nos fuerza al aprovechamiento exhaustivo de sus posibilidades, señalan la conveniencia de estudiar los planes de expansión a través de una visión integral a la que se llega después de considerar todos los aspectos técnicos, económicos y sociales hasta colocar las finalidades parciales (industriales o agrícolas) al servicio del interés general.»

