

Equilibrio económico en las concesiones hidroeléctricas^(*)

Por JOSE MARIA GIL EGEA

Doctor Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

Las concesiones administrativas de aprovechamientos hidroeléctricos suponen la adquisición de derechos y obligaciones que hacen asemejar la figura a otra como la del contrato administrativo, ampliamente utilizada y estudiada. El equilibrio económico debe presidir el resultado de la concesión a lo largo de su duración y su alteración en uno u otro sentido, puede corregirse adecuadamente.

1. EL CARACTER CONTRACTUAL DE LAS CONCESIONES HIDROELECTRICAS

La administración de gran parte de los recursos económicos del Estado: presupuestos y bienes de dominio público, se realiza mediante la colaboración de dos instituciones básicas: la contrata y la concesión.

El régimen contractual de las relaciones Administración-Contratista tal vez sea más conocido porque aparece definido en la Ley de Contratos del Estado; sin embargo, aquel carácter contractual no se manifiesta tan explícitamente en las Leyes especiales, como la de Aguas, que regulan el régimen Administración-Concesionario.

No obstante, la doctrina administrativa, mayoritariamente, y la jurisprudencia han puesto de relieve la existencia de tal relación bilateral en el caso general de las concesiones de bienes de dominio público, y sobre todo en las de servicios públicos.

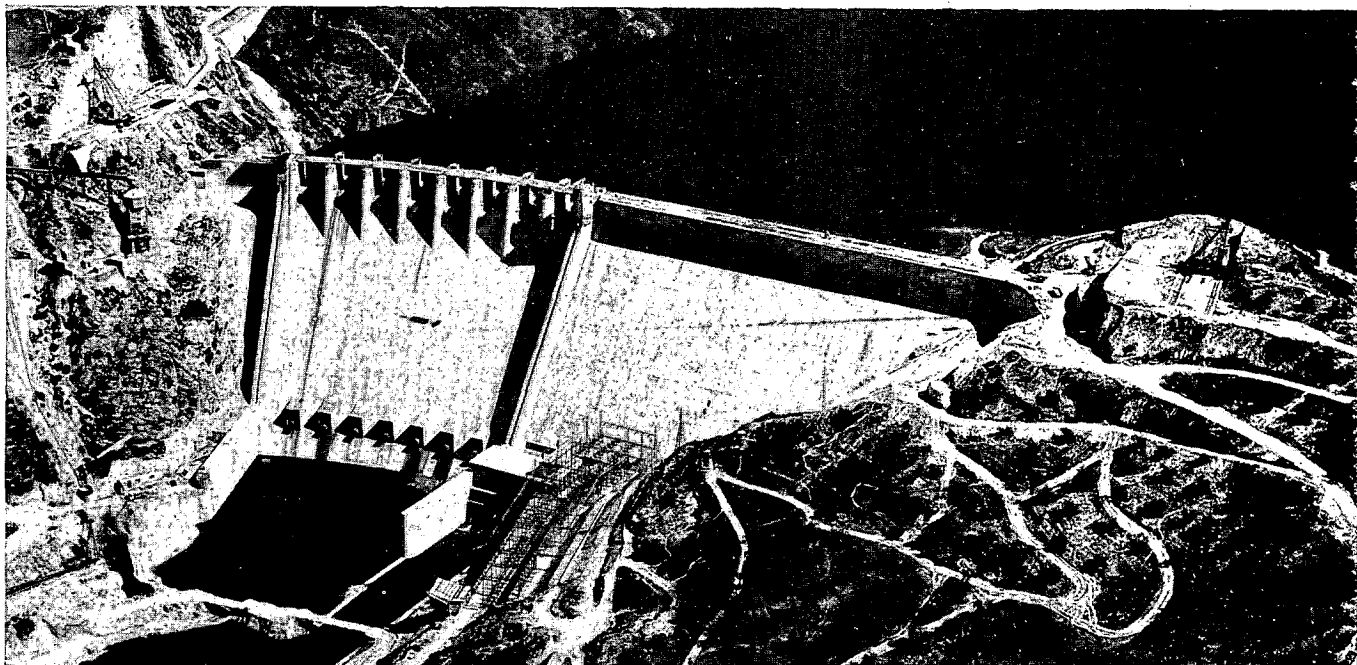
Las concesiones hidroeléctricas tienen por objeto el aprovechamiento de unos bienes improductivos de dominio público —aguas y tramos de río— y añaden a tal aprovechamiento su vinculación a un servicio público —suministro de energía eléctrica— por lo que puede considerarse que su naturaleza tiene carácter de contrato (Entre otras, la sentencia del T.S. de 5 de julio de 1978).

Facilita la comprensión de esta analogía con-

tractual, entre la ejecución de una obra, por ejemplo, mediante el sistema de concurso-subasta y el ejercicio de la actividad concesional, el hecho de que tanto el contrato como la concesión tienen una génesis similar; ambos surgen por la iniciativa de una de las partes, Administración o particular, es irrelevante que sea una u otra; tienen como finalidad ejecutar unas funciones que la Administración les transfiere, construir una obra o explotar unos bienes, el objeto es análogo, una obra pública o unos bienes de dominio público; en ambos casos se optimiza el beneficio para el interés general mediante licitación pública, bien por concurso-subasta para las obras, o bien mediante competencia de proyectos para la concesión de aguas, terrenos, etc., y en este trámite la Administración decide, en una primera fase, en virtud de sus facultades discrecionales y en otra segunda, en su caso, seleccionando al mejor postor; y, finalmente, tanto la Administración como el contratista, o el concesionario, formalizan la aceptación de las condiciones convenidas, que la Administración ha podido establecer libremente y a las que el particular ha podido o no concurrir o no aceptar, también libremente, quedando ambas partes, por tanto, vinculadas por los derechos y obligaciones que adquieren hasta la conclusión del plazo convenido, sin más privilegio por parte del Estado que el poder modificar posteriormente el contrato, o la concesión, mediante la indemnización correspondiente, para no romper el equilibrio económico del pacto.

Por ello, pensamos que las concesiones hidroeléctricas vienen a ser una especie de con-

(*) Se admiten comentarios sobre el presente artículo que podrán remitirse a la Redacción de esta Revista hasta el 30 de septiembre de 1988.



trato, por el que la Administración cede a un particular el aprovechamiento de unos bienes de dominio público hidráulico, como compensación por el beneficio que tal aprovechamiento supone para el interés general.

Naturalmente, esto es posible porque la Ley de Aguas, reguladora de esta materia, admite el uso privativo de los bienes de dominio público hidráulico y porque, si bien la Administración en uso de sus facultades discrecionales puede otorgar o denegar la concesión, una vez otorgada ésta queda vinculada a ella sin más privilegios que la posibilidad de revisarla o rescatarla en los términos previstos en dicha Ley.

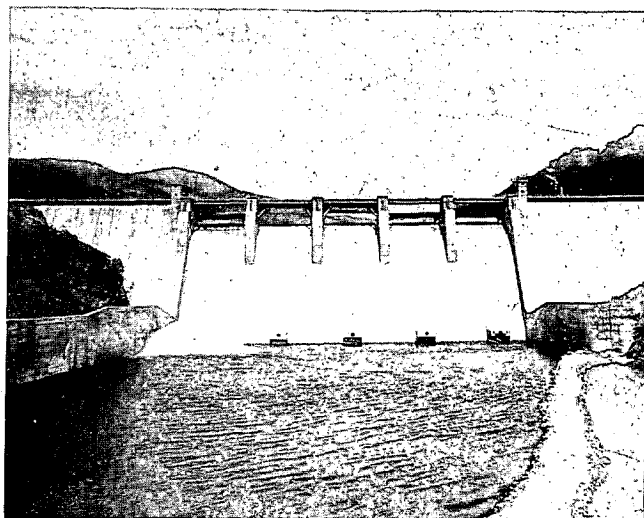
Nace así con la concesión un derecho real administrativo, que el concesionario, como titular del mismo, puede inscribir en el Registro de la Propiedad y en el Registro, administrativo, de Aguas, y ejercer como valedero y eficaz frente a terceros y ante la propia Administración.

2. LA RESPUESTA CONCESIONAL

Establecido el carácter bilateral de estas concesiones, la primera consideración económica que cabe plantearse es ¿Cómo han respondido los concesionarios hidroeléctricos ante el in-

terés general?. La respuesta hay que encontrarla en la utilidad pública que para el país ha supuesto la ejecutoria de aquellos, y nada más elocuente y tangible para esto que ponderar los beneficios obtenidos por la mejor regulación de nuestros ríos y la generación de una cuarta parte de la energía eléctrica total producida en el país, sin contar otros beneficios económicos y sociales inherentes al desarrollo hidroeléctrico.

Como es conocido, el régimen irregular de nuestros ríos nos permitiría aprovechar, a caudal constante, sólo un 9 por 100 del conjunto de nuestros recursos hidráulicos; nuestra regu-





lación natural es así de reducida, mientras que en los restantes países de la Comunidad Económica Europea este porcentaje es del orden del 40 por 100, gracias a la mayor regularidad de sus cursos fluviales.

Pero, además, aquel régimen torrencial de nuestras corrientes frecuentemente ocasiona importantes años por su avenidas, que afectan considerablemente tanto a nuestras zonas urbanas como rurales.

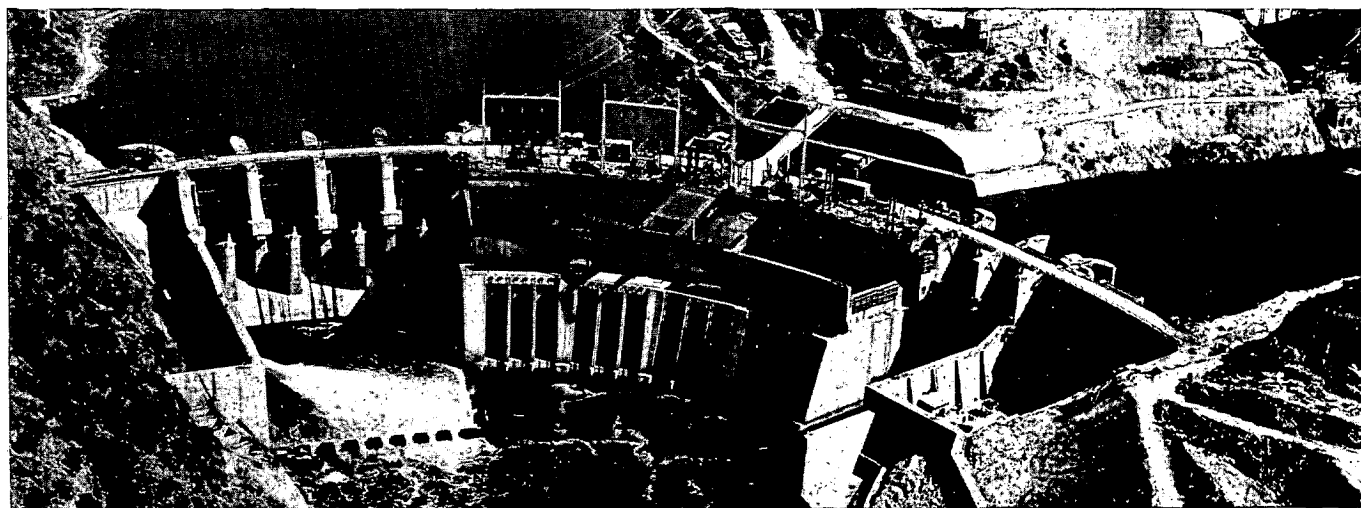
Para corregir estas irregularidades ha sido preciso construir cerca de 900 grandes presas, con las que se ha conseguido una capacidad total de embalse de 42.000 Hm³, lo que nos ha permitido elevar la disponibilidad de nuestros recursos hasta un 42 por 100 del total, porcentaje análogo al que de modo natural disponen, en conjunto, aquellos otros países europeos.

De dicho volumen total de embalse, 42.000 Hm³, el Estado ha construido el 59 por 100 y los concesionarios hidroeléctricos el 41 por 100.

Para ponderar cómo la Administración valora estos evidentes beneficios que al interés general han producido los embalses hidroeléctricos, nada más elocuente que los términos del R.D. de 14 de junio de 1921, que al suprimir la perpetuidad de las concesiones, fijando el plazo máximo de 75 años para las nuevas, establecía excepcionalmente que:

«En los aprovechamientos que sin alterar los fines de la concesión —producción de energía eléctrica— resultase beneficiado el interés general, bien porque lleven consigo la ejecución o mejora de una obra comprendida en el Plan de las hidráulicas del Estado; bien porque exijan la construcción de embalses reguladores suficientes para anular los efectos de las grandes avenidas de la corriente en que se establezcan o para elevar por lo menos el caudal de estiaje en gran parte de su longitud hasta el promedio entre el estiaje normal y el caudal medio del año, el plazo de la concesión será de 99 años».

Es decir: exclusivamente la regulación se valora en 24 años de vida concesional, sobre los 75 fijados para aprovechamientos sin ella, y aún cabría pensar, que esta compensación explícita a los embalses reguladores estuvo condicionada por el plazo tope de 100 años, que la Ley del Patrimonio del Estado había de fijar como límite máximo para la vida de las concesiones administrativas.



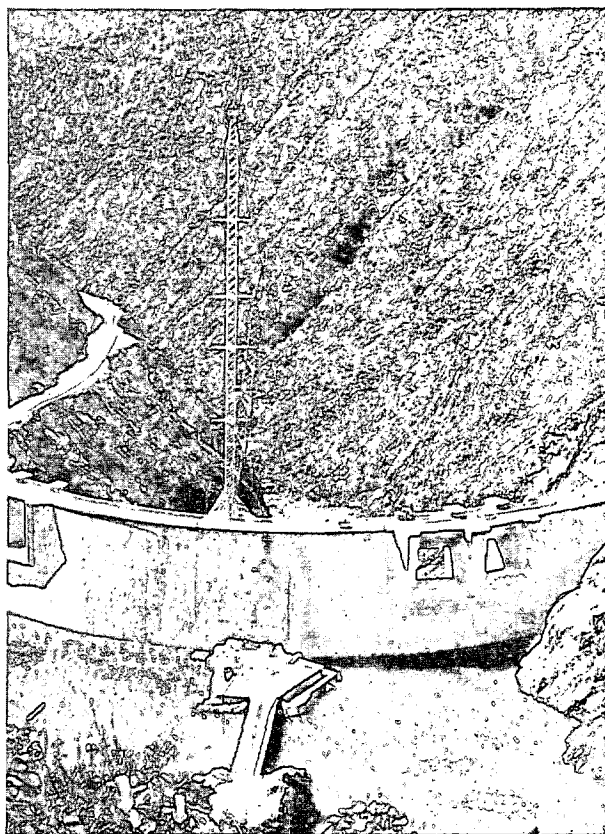
Es evidente que esta norma singular del año 1921, recientemente derogada, ha contribuido, sin duda, al gran desarrollo hidroeléctrico del país, respondiendo la iniciativa hidroeléctrica con la realización de un volumen de embalses reguladores no lejano al efectuado por el Estado, sin que ningún otro sector haya participado en este esfuerzo de modo significativo.

Por otro lado, se puede ponderar, también, el beneficio de la regulación al interés general considerando que el Estado, al establecer el canon de regulación por las mejoras producidas con sus embalses, asigna a la corrección de avenidas porcentajes que oscilan, normalmente, del 20 al 40 por 100 del importe de las obras, valores también aplicables a los embalses hidroeléctricos y que podrían elevarse en la medida que se mejorasen, además, otros intereses y usuarios con su regulación.

Pero los beneficios específicos propios de estas concesiones radican en la utilidad pública de la producción con medios nacionales de energía eléctrica, que se acentúan singularmente en la de origen hidráulico, como es conocido por todos.

Cabe pensar, sin embargo, que a lo largo de un siglo en que ha estado en vigor la admirable Ley de Aguas de 1879, los aprovechamientos hidroeléctricos estuvieron subordinados a los de riego, reconociéndose a éstos un mayor interés general a efectos del otorgamiento de concesiones. La realidad ha sido así, por eso importa señalar que aquella vieja Ley recogió fielmente los criterios económicos imperantes en el momento de su promulgación, criterios que afortunadamente evolucionaron pronto con la industrialización del país, y que la Ley no pudo reflejar posteriormente, más bien por falta de voluntad política que de justificación económica, hasta que en la nueva de 1985 se rompe la rigidez de aquella preferencia. Hoy, con una superficie regable de 3 millones de hectáreas y una producción hidroeléctrica en año medio de 33.000 millones de kwh, los valores de ambas producciones, la del regadío y la hidroeléctrica, pueden considerarse del mismo orden.

Se puede, pues, concluir que la respuesta de los concesionarios a su pacto ha sido importante, y, sin riesgo de error, superior a la pon-



derada por la Administración en el momento de otorgarse la mayoría de estas concesiones, pudiendo aquella respuesta concretarse así: desde el punto de vista hidrológico, el 41 por 100 del volumen de embalses de regulación del país, desde el energético el 25 por 100 de la energía eléctrica generada en él, y desde el macroeconómico un valor de la producción hidroeléctrica del mismo orden que la del regadío.

Parece evidente que los beneficios de la regulación son hoy crecientes con el desarrollo de los países, y los de la energía hidroeléctrica también, el aumentar la demanda de agua regulada, potenciarse las ventajas de las fuentes energéticas nacionales, incrementarse las exigencias ambientales de la producción eléctrica, y resultar indispensable para el creciente parque térmico la energía hidráulica de acompañamiento, circunstancias que permiten considerar, que con el paso del tiempo, los beneficios que al interés general han aportado los concesionarios hidroeléctricos han aumentado progresivamente, en términos reales.

Veamos ahora como han evolucionado los in-

gresos que, como contraprestación, equitativamente correspondía percibir a los concesionarios, por llevar a cabo el aprovechamiento de aquellos recursos improductivos del país. Creo que no es necesario detenerse mucho en ello, basta considerar, por un lado, que estos ingresos sólo proceden de la venta de la energía producida y, por otro, que la restrictiva política tarifaria que se ha venido siguiendo, para ofrecer a la Sociedad una energía lo más económica posible, históricamente, no ha recogido los costes reales, evolucionando las tarifas por debajo del índice de precios al consumo. Si además, se tiene en cuenta que los costes de importantes componentes de las tarifas han evolucionado por encima de aquel índice, resulta que los ingresos debidos a la producción hidroeléctrica se han visto sofocados, sin poder actualizarse, por lo que han decrecido progresivamente, en términos reales, lo que, sin duda, supone una contribución adicional, no prevista, en beneficio de la Sociedad.

3. EL EQUILIBRIO ECONOMICO EN LAS CONCESIONES

La Administración cuando ejercita sus funciones de fomento, mediante la colaboración del contratista o del concesionario, al encargarles el ejercicio de alguna de sus facultades les asigna un beneficio que pondera, especialmente, mediante el trámite obligado de licitación pública. En éste, y en cierto modo, actúa la ley de la oferta y la demanda, y así junto a la de-

fensa del interés general se configura el coste mínimo de aquella colaboración, que unas veces tiene lugar en dinero y otras en especie. En este sentido parece oportuno recordar el criterio del T.S., en su sentencia de 11 de diciembre de 1946, cuando dice:

«Según lo establecido en nuestra legislación de Obras Públicas, el sistema de concesión y subasta es el medio más seguro, equitativo y justo, y al mismo tiempo el más económico para realizar las Obras Públicas».

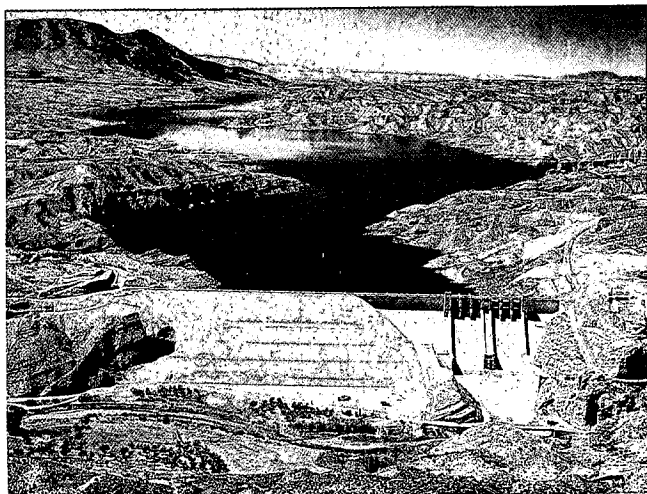
Por la propia naturaleza contractual de estas colaboraciones, ambas partes quedan vinculadas por unos derechos y unas obligaciones, en virtud de los cuales se intercambian determinadas prestaciones que constituyen el equilibrio económico del contrato; que en general, no estará definido por una precisa cuantificación de todas las prestaciones, sino de una forma más amplia, por los términos y criterios expresados en él o en el respectivo título concesional, en el que esta equivalencia y equilibrio quedan fijados sin posibles alteraciones posteriores unilaterales.

Tal equilibrio, inherente a todos los contratos administrativos, tiene un sentido dinámico, que permite mantener a lo largo de la vida, generalmente dilatada, de la concesiones, la equivalencia inicial de las prestaciones recíprocas, pues como ha dicho el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de diciembre de 1986 (Sala IV).

«Cuando no se sostiene la honesta equivalencia entre lo que se da al concesionario y lo que se le exige será preciso restablecer el equilibrio financiero de la concesión».

En este sentido puede ser útil detenernos un poco en los tres tipos de contratos administrativos más frecuentes: el contrato de obras, la concesión de servicio público y la concesión de bienes de dominio público.

En los contratos de obras, la normativa que la regula —Ley y Reglamento de Contratos del Estado— encauza el curso de los mismos previendo las incidencias más frecuentes en ellos: revisiones de precios, reformados, unidades nuevas de obras, ect. De esta forma el equilibrio económico del contrato queda garantizado en un grado elevado, dada la duración normal de estos, unos pocos años, en general.



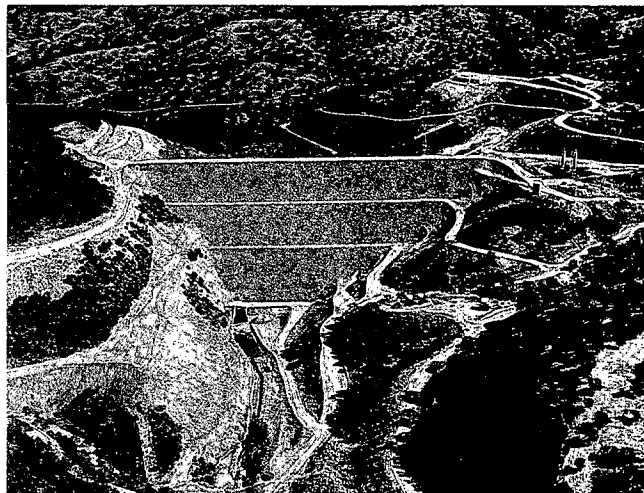
Sin embargo, en las concesiones de servicios públicos, la mayor duración de las mismas orienta la normativa que las regula, más que a la consideración de las incidencias posibles, al principio general de mantener el equilibrio económico de la concesión, que alcanza su mayor desarrollo normativo en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

En este sentido es importante recoger la doctrina del T.S. (Sala IV) en su importante sentencia, de 20 de diciembre de 1986 donde dice:

«La invocación realizada al principio tradicional de que los contratos administrativos se entienden celebrados a «riesgo y ventura» del contratista, producto histórico de una excesiva generalización del contrato tipo de obra, como contrato de resultado y a precio alzado, no es aplicable en aquellos contratos, como el que nos ocupa, que han sido instrumentalizados por medio de la institución de la concesión debido a que por su propia naturaleza y finalidad ha de ser conceptuada como un acto dirigido a asegurar, con la promesa de ciertas ventajas, la colaboración de un particular con la Administración a fin de ejecutar o hacer funcionar un servicio público, estando presididos por el principio general normatizado en el artículo 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, del necesario mantenimiento administrativo del equilibrio económico-financiero de la concesión, principio que ha de superponer al rigorista del riesgo y ventura manifestándose ese deber de asegurar la economía de la concesión, tanto cuando su alteración obedezca al ejercicio por la Administración de las facultades exorbitantes de modificación, ya sea integral como de simple onerosidad sobre el objeto de la prestación, como cuando se originen la ruptura en aquella economía por «circunstancias sobrevenidas e imprevisibles» es decir, originada como consecuencia del caecimiento de hechos ajenos a la voluntad de las partes contratantes».

Y más adelante la misma Sentencia al referirse al restablecimiento del citado equilibrio dice:

«Aquél restablecimiento habrá de referirse a la retribución del concesionario de tal manera que en su resultado representado por la compensación económica se ha de tener presente



para su cuantificación los mismos elementos que legalmente la integran como bases necesarias para el cálculo inicial de la retribución, es decir, a tenor del número tercero del artículo 129 del Reglamento de Servicios serían la amortización del coste del establecimiento, los gastos de explotación y el margen normal de beneficio industrial».

En las concesiones de bienes de dominio público, cuya duración puede ser aún mayor que las de servicios, la doctrina y la jurisprudencia también mantienen, como principio rector del devenir de estas concesiones, el mantenimiento del equilibrio económico de las mismas, aunque no esté tan explícitamente recogido en sus correspondientes normativas.

En cualquier caso, los derechos del concesionario siempre tienen como última referencia el Art. 33.3 de nuestra Constitución, con el que resultan amparados ante los desequilibrios económicos que incluso por vía legal puedan introducirse en el régimen de sus concesiones.

Ahora bien, al concesionario, como al contratista, le estimula la aventura del beneficio, que entraña el riesgo de ganar o perder, y que, lógicamente, queda excluido del régimen estabilizador del equilibrio económico de la concesión, que en ningún caso puede considerarse como un medio para trasladar a la Administración los riesgos que normalmente debe asumir el propio concesionario.

En justa correspondencia de equidad, la Administración debe respetar los criterios de eco-

nomía normalmente aceptados en estos tipos de actividad, máxime si se trata de concesiones que tienen como objeto el aprovechamiento de bienes improductivos mediante importantes inversiones.

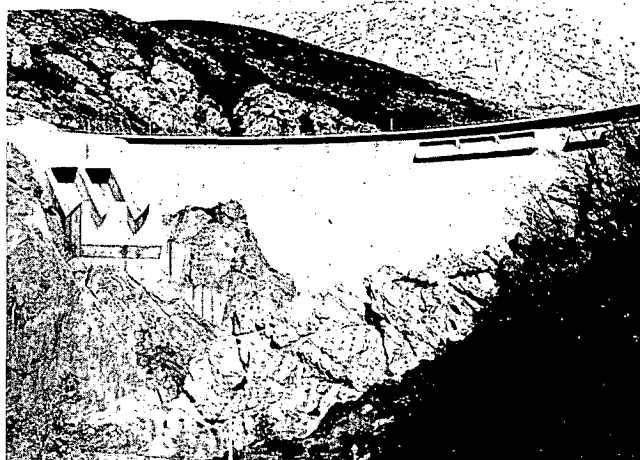
En estos casos, ante el largo plazo de las concesiones, como ocurre con las hidroeléctricas, resulta fundamenal para cualquier política de fomento mantener los ingresos razonablemente previstos por sus promotores en términos reales, máxime cuando la economía de aquellos recursos transformados haya sido un éxito, con evidente utilidad pública, debido en su mayor parte a la iniciativa y riesgo del concesionario.

Si por el contrario, los estudios económicos realizados correctamente, con los procedimientos habituales, para analizar la viabilidad de estas inversiones de distorsionan posterior y unilateralmente, la equidad de la concesión se rompe, lo que puede ocurrir cuando en épocas de inflación se analizaron las corrientes de gastos e ingresos contando con ella, y luego estos últimos se percibieron sin su debida actualización; pues, en buena lógica, el concesionario se hizo acreedor a la actualización de sus ingresos desde que efectuó sus inversiones con intereses altos que llevaban incorporada la inflación subyacente.

4. ALTERACIONES ESPECIFICAS DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DE LAS CONCESIONES HIDROELECTRICAS

Las características hidrológicas más representativas de estas concesiones son: el caudal que aprovechan sin consumirlo ni contaminarlo, el desnivel que utilizan y el tramo de río que ocupan, y que de forma expresa suelen definirse en el título concesional y documentos anejos al mismo.

Evidentemente, la modificación de cualquiera de estas características supone una alteración del equilibrio económico de la concesión, que exige la correspondiente compensación para el mantenimiento de aquél, pudiendo producirse aquellas modificaciones en beneficio del concesionario o en perjuicio del mismo.



4.1. Alteraciones en beneficio del Concesionario

Las más frecuentes se deben a las mejoras introducidas por las obras de regulación construidas por el Estado, cuando implican beneficios para la producción hidroeléctrica.

Estas mejoras las compensa el concesionario mediante el pago del canon de regulación que se regula en los Arts. 296 y siguientes del Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

4.2. Alteraciones en perjuicio del Concesionario

Por el rango de su procedencia se pueden clasificar así:

4.2.1. Por imperativo legal

La nueva Ley de Aguas en su Disposición Transitoria Primera. 1 dice:

«Quienes, conforme a la normativa que se deroga, fueran titulares de aprovechamientos de aguas públicas en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada, así como de autorizaciones de ocupación o utilización del dominio público estatal, seguirán disfrutando de sus derechos de acuerdo con el contenido de sus títulos administrativos y lo que la propia Ley establece, durante un plazo máximo de setenta y cinco años a partir de la entrada en vigor de la misma, de no fijarse en su título otro menor».

Evidentemente, en virtud de este precepto las concesiones existentes a perpetuidad, como fueron las otorgadas en el primer cuarto de siglo, y parte de las que fueron otorgadas des-

pués por 99 años al amparo del R.D. de 14 de junio de 1921, verán recortados sus plazos concesionales sin la debida compensación, lo que supone una ruptura del equilibrio concesional y una privación de derechos, ante la que puede alargarse lo previsto en el Art. 33.3 de nuestra Constitución que dice:

«Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

Cabe pues, esperar: al fallo del Tribunal Constitucional en caso de que esta disposición hubiese sido recurrida ante él, o a que se inicien las actuaciones administrativas para declarar la caducidad antes del vencimiento del plazo concesional, y entonces plantear la correspondiente cuestión de inconstitucional.

El Art. 31 de la misma Ley regula las Comisiones de Desembalse, sin distinguir los embalses correspondientes a concesionarios de los ejecutados por el Estado, en los siguientes términos:

«Corresponde a la Comisión de Desembalse deliberar y formular propuestas al Presidente del Organismo sobre el régimen adecuado de llenado y vaciado de los embalses y acuíferos de la cuenca, atendidos los derechos concesionales de los distintos usuarios. Su composición y funcionamiento se regularán reglamentariamente atendiendo al criterio de representación adecuada de los intereses afectados».

De la forma en que se desarrolle este precepto que contiene cierta contradicción en el Reglamento de la Ley, dependerá que prácticamente se lesionen o no los derechos de los

concesionarios, que en caso de que se viesen privados de ellos, total o parcialmente, podrían seguir el procedimiento señalado para el caso anterior, aplicable, en general, para las alteraciones que se produzcan por vía legal.

4.2.3. *Por actuaciones de particulares*

En este caso cabe:

— Por actuaciones regladas, como el otorgamiento de concesiones preferentes de acuerdo con el Art. 58 de la Ley de Aguas.

Aquí procede, también, la indemnización al concesionario afectado en los términos expuestos en el apartado anterior.

— Por actuaciones ilegales, como la derivación de caudales superficiales y alumbramientos de aguas subterráneas sin la debida concesión, o la utilización de dotaciones superiores a las concedidas, que mermen la producción hidroeléctrica.

En este caso la Administración viene obligada a la protección de los derechos inscritos en el Registro de Aguas de la Cuenca correspondiente, de conformidad con el Art. 72.3 de la Ley de Aguas y el 194 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, y bien de oficio o a instancia del concesionario, debe suprimir la situación ilegal y obligar a la reparación de los daños causados.

Pensamos que así quedan expuestas, más o menos, las vicisitudes que, con mayor frecuencia, han tenido que afrontar los titulares de aprovechamientos hidroeléctricos a lo largo de la vida —a veces azarosa— de sus concesiones; esperemos que con la nueva normativa que se prepara gran parte de aquéllas puedan solventarse favorablemente.

