

EL SERVICIO PÚBLICO DEL GAS

POR

MANUEL FERNÁNDEZ TORRES

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LA HISTORIA DEL GAS COMO FUENTE DE ENERGÍA. LA INTERVENCIÓN NORMATIVA EN EL SECTOR HASTA 1956.—II. EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE: A) *Evolución y estructura técnico-económica del sector. Aproximación a un régimen jurídico general para un sector «fraccionado».* B) *La intervención normativa del sector desde 1956.* C) *El Reglamento de 1973. Referencia general. La concesión de suministro de gas: sus perfiles actuales. La delimitación de la autorización. Contrato administrativo versus resolución.* D) *La relación entre concesionario y usuario. Referencia al contrato de suministro de gas.* E) *El régimen sancionador.*—III. LA INSERCIÓN DEL TEMA EN EL CONTEXTO MÁS AMPLIO DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.

I. LA HISTORIA DEL GAS COMO FUENTE DE ENERGÍA.—LA INTERVENCIÓN NORMATIVA EN EL SECTOR HASTA 1956

El planteamiento, resolución y ejecución del problema energético es una de las más constantes obsesiones que han preocupado al hombre desde su aparición en la Tierra. La utilización de todas las clases de energía existentes, transformándolas en otras (cinética, térmica, atómica, etc.), ha llegado siempre hasta el punto exacto en que la técnica se detenía. Los sucesivos descubrimientos teóricos han ensanchado el campo de explotación de recursos energéticos y, sin embargo, ello todavía no es suficiente. La mejor prueba la tenemos en el caos mundial, casi catastrófico, surgido a raíz de la elevación brutal de los precios de los crudos (1).

Además la historia de la energía tiene un componente emocional. Desde la primera vez en que el hombre consigue encender una hoguera hasta las modernas calefacciones centrales, la unión entre la vida del hombre y una mayor comodidad se efectúa a través de la utilización de algún tipo de energía.

(1) Cfr. «Información Comercial Española» núm. 497, enero 1975.

Y quizá el gas sea el producto que va a marcar con su surgimiento y consolidación el paso de un mundo a otro. La utilización de un fluido fácilmente transportable, limpio y más o menos asequible en la iluminación, por ejemplo, será uno de los factores que contribuyan a cumplir ese fin que tan claramente viene expuesto en la Enciclopedia Española de Derecho y Administración (ARRAZOLA y otros) cuando dice:

«El alumbrado contribuye directamente al mantenimiento del orden, facilita a los habitantes de las poblaciones el servicio de sus respectivas necesidades, evita la perpetración de muchos delitos que sin él se cometerían y las obscenidades y escándalos que cubre con su manto la obscuridad y la soledad de la noche.»

Párrafo de íntegra y exacta aplicación a nuestro tema a partir del momento en que se produzca la sustitución técnica de los faroles de aceite (a los que hace referencia entre otros la Real Orden-Edicto de Carlos III de 25 de septiembre de 1765, el Bando de 21 de enero de 1790, repetido en 5 de diciembre de 1801, el Real Decreto de la Reina Gobernadora de 16 de septiembre de 1834 y distintas ordenanzas de policía urbana de Madrid), por los de gas, siendo la manifestación legislativa primera de este hecho, aunque con un gran desfase en el tiempo, el Real Decreto de 28 de marzo de 1860, que ordena que los contadores de gas sean verificados y marcados por el Gobierno. Sin embargo, esta fecha de 1860 está muy lejos de ser la que marca el comienzo de la utilización del gas. Limitándonos al territorio español, es Barcelona la que inaugurando una verdadera hegemonía sobre el sector, realiza las primeras tentativas de alumbrado, concretamente mediante ensayos efectuados en su Casa Lonja del Mar, por el catedrático de Química, José ROURA. En el mes de junio de 1826 se alumbró por primera vez una estancia, el Aula de Dibujo.

Hay, no obstante, una «prehistoria» del gas. En China se conoce de la existencia de cierto gas canalizado por cañas de bambú (2), así como en Japón también existía algún pozo o manantial de gas. En 1670, el reverendo John Clayton experimentó la destilación de la hulla y en 1691 Robert Boyle redescubre el fenómeno. Citando también a Mar-

(2) MARTOS DE CASTRO: *Aportación para una historia de la industria del gas en España*, p. 34.

tos, parece notable la anticipación casi fantástica, digna del mejor Julio Verne, de Philippe Le Bon (1802), respecto a lo que sería el gas, al decir:

«La llama del gas cocerá vuestros guisos; recalentará los platos en la mesa, secará la ropa y calentará vuestros baños...»

No es necesario inflar este apartado con datos técnicos precisos sobre producción, depuración, almacenamiento y distribución del gas destilado de la hulla, que es el procedimiento inicial de obtención. (Luego aparecería con Dwar y en Norteamérica, el sistema de *cracking* del petróleo, al que más tarde sucederán, aunque no sustituyéndole, los llamados gases licuados del petróleo) (GLP).

Sí nos interesa, sin embargo, pasar revista a la evolución en el tiempo de la estructura industrial del sector. Como estudio de importancia debemos mencionar «una industria centenaria», de la empresa «Catalana de Gas y Electricidad, S. A.» (3).

El efecto-imitación empuja a los catalanes en el sentido de sustituir al viejo alumbrado público mediante luces o candiles de aceite por el más moderno a base de gas extraído mediante la destilación de la hulla. Y esta circunstancia la aprovecha el francés Charles Lebon, quien, tras negociaciones con el Ayuntamiento y la Diputación, consigue fundar la «Sociedad Catalana para el alumbrado por gas», en el año de 1843. Los efectos económicos de la implantación del alumbrado público por gas le suponían al Ayuntamiento un cincuenta por ciento de ahorro en gastos. En la base de tal decisión, por lo tanto, estaba la importantísima reducción de costes que entrañaba, y que a la vez compensaba el incremento de costes fijos causados por las instalaciones y la obra necesaria para levantarlas.

El emplazamiento de la primera fábrica coincide con el actual de la Barceloneta y hubo de ser autorizado por el regente del Reino, por circunstancias del emplazamiento, de carácter militar y de defensa y seguridad nacional.

Sucesivamente se fundan «La Propagadora del Gas» en 1854, y «Gas Municipal» en 1864, por el propio Charles Lebon, quien logra de la Corporación municipal un nuevo contrato por otros quince años.

No podemos evitar el fijar la atención en este aspecto del proble-

(3) *Idem*, pp. 38-39.

ma; por un lado, vemos claramente que la competencia es municipal y además existe un contrato. Además, se aprueba (¿por el Ayuntamiento?) el reglamento de la titulada «Sociedad Catalana para el alumbrado por Gas». Todos estos aspectos son, como luego se verá, de suma importancia a la hora de reconstruir el régimen jurídico de la fabricación y suministro de gas a lo largo del siglo XIX. Nos remitimos a las páginas posteriores.

Lebon adquiere «La Propagadora», compra la fábrica de «El Arenal» y deja de facturar gas a través de «Gas Municipal», llegándose a un acuerdo de reparto de zonas de abonado entre «Lebon y Cía.» y la inicial «Sociedad Catalana para el alumbrado por gas». Esta sociedad ampliará la fábrica en 1890 y en 1905, cosa que hará «Lebon y Cía.» en 1904 y «La Propagadora» en 1884 y 1886.

La primitiva «Sociedad Catalana para el alumbrado por gas» se convierte en 1912 en «Catalana de Gas y Electricidad, S. A.», ampliando, como así se desprende de su propio nombre, su objeto social a la energía eléctrica.

Lo más importante a destacar desde un punto de vista económico-financiero, a principios de siglo, es la espectacular colisión que se produce entre dos fuentes de energía: la electricidad y el gas. Dice a este respecto MARTOS:

«Con la introducción del alumbrado eléctrico se plantea una concurrencia muy sensible al alumbrado por gas que... dan lugar a situaciones difíciles entre las sociedades competidoras» (4).

Buena parte del material jurisprudencial que tenemos de esa época hace referencia a este problema concreto de la competencia por la hegemonía entre gas y electricidad. Tensiones internacionales producidas por la Primera Guerra Mundial provocan la absorción por Catalana de la sociedad de Lebon. Este quizá sea el síntoma de un decantamiento favorable a la electricidad en la enconada situación de lucha entre ambos medios. Como dice MARTOS:

«Por estas épocas, ya la concurrencia con el alumbrado por electricidad es imposible de mantener; las aplica-

(4) *Idem*, p. 40.

ciones del gas derivan para sustituir las de alumbrado, a la calefacción, cocinas y calentadores de agua» (5).

La autarquía y, en concreto, la escasez carbonífera, tendrá desastrosos efectos sobre la industria del gas, hasta el extremo de tener que proceder al corte del suministro a los usuarios (6). Restablecido el servicio, en 1956 se produce la importantísima transición a la nueva técnica del *cracking*. Catalana instala en la fábrica de San Martín la primera instalación de *cracking* catalítico de fuel-oil. Este proceso culminará en 1961, abandonándose los sistemas clásicos de carbonización de la hulla.

En 1963 Catalana compra la red de distribución de Villanueva y Geltrú y las de Sitges; también compra a FECSA las instalaciones de Mataró. En 1964 compra la fábrica de Manresa y en 1965 la «Compañía de Gas Lebon».

Quizá desde una perspectiva jurídica existen más datos y más interesantes sobre la evolución del gas y de la industria que lo fabrica en Madrid.

Pasando por el llamado «Laboratorio» (1832), de gran éxito, y por la instalación de otra fábrica en el «Campo del Moro», se autoriza la construcción de una fábrica de gas por una compañía inglesa, adonde, en romántica imagen de largas filas de carros a paso lento, llegaba el carbón procedente de Puertollano y Asturias (7).

En 1846 presta el servicio la «Compañía Madrileña de alumbrado y calefacción por gas». Y lo hace hasta 1916, en que el Ayuntamiento, también a causa de los recelos de la Primera Gran Guerra, municipaliza el servicio.

Esta municipalización se prolongará hasta 1922. En esta fecha y en base a la primitiva compañía, se funda «Gas Madrid, S. A.». Siguiendo la innovación técnica en el sector, también esta Compañía reconvierte sus instalaciones al *cracking* catalítico de fuel-oil, gasolinas ligeras y naftas a presión.

Parece que con esto, la pequeña historia del gas, desde una perspectiva industrial y no jurídica, queda perfilada.

Si bien hemos dejado fuera otras regiones del territorio nacional, estimamos que la evolución es paralela a la ya estudiada, impuesta. en

(5) *Idem*, p. 40.

(6) *Idem*, p. 41.

(7) *Idem*, p. 44.

la mayoría de las ocasiones, por el desenvolvimiento de una serie de novedades que impulsan así el desarrollo del sector. Por ello, consideramos de más retener la atención en prolijos detalles estrictamente descriptivos y sin mayor interés en ocasiones que la curiosidad y la anécdota.

No obstante, hasta aquí hemos examinado la evolución del llamado gas ciudad o también gas manufacturado, obtenido ya sea a través de la hulla, ya sea a través del procedimiento de *Cracking*. Queda por estudiar someramente la evolución de dos tipos de gases que, aunque no tienen el rancio y decimonónico linaje del gas ciudad, quizá lo compensen con una brillante expectativa de futuro: los llamados gases licuados del petróleo y el gas natural.

Respecto a estos tipos de gases, hay que señalar su recentísima aparición. Aunque ya desde antes de la guerra civil, se distribuían gases licuados importados por la compañía arrendataria del Monopolio de Petróleos, CAMPSA, y como luego veremos más detalladamente, el punto crucial de la historia particular de este tipo de gases es la creación en 1957 de la sociedad «Butano, S. A.», encargada por el Ministerio de Hacienda de efectuar la distribución del butano en exclusiva para la Península y Baleares, lo que posteriormente se hará extensivo al propano. Otra sociedad, DISA, tiene la distribución en las Islas Canarias; y ambas coexisten con el micro-régimen que supone la existencia de «Camping-Gas». Todo esto, lo analizaremos después en detalle.

Respecto del gas natural, su introducción como gas de emisión para su distribución es posterior y mucho más reciente, instalándose en Barcelona por «Gas Natural, S. A.», una planta de regasificación y fraccionamiento del gas natural que se recibe licuado a ciento sesenta grados bajo cero.

Hasta aquí nos ha ocupado la más escueta referencia posible a la evolución industrial de la producción y suministro de gas. Coja quedaría ésta sin rastrear la paralela evolución del régimen jurídico de lo que podemos llamar «intervención normativa» del sector.

Dos son las características que van a dominar esta evolución jurídica o, en realidad, una sola: la interacción y desenvolvimiento de dos diferentes líneas de acción.

De un lado, la primitiva aversión a intervenir una actividad industrial en manos privadas y, del otro, la constatación de una creciente y urgente necesidad de intervención. Esto se explica si combinamos

la proximidad en el tiempo de la proclamación del principio de libertad de industria (que, en realidad, se perfila ya a partir de los Decretos revolucionarios de 1811 y 1813), con la percepción intuitiva de la inexorable tendencia hacia la concentración del sector y hacia formas estructuralmente monopolistas.

A todo esto hemos de añadir la paulatina toma de conciencia por parte del Estado de una rudimentaria concepción social de la política, uno de cuyos apartados fundamentales será el mantenimiento de una eficaz línea de prestaciones consideradas de gran importancia. (Lo que teóricamente originará la doctrina del servicio público.)

Tras una exhaustiva búsqueda en la «Colección Legislativa», en el siglo XIX se encuentran escasísimas normas referidas a la industria y al suministro de gas. Como más importantes, aparte de las referencias en Leyes generales, cabe citar el Real Decreto de 28 de marzo de 1860, que fija normas técnicas de verificación de contadores, atribuyendo la competencia al Ministerio de Fomento, «... germen de la primera competencia central sobre la materia aunque todavía sin afectar al núcleo del servicio propiamente tal; se trata únicamente de la policía tradicional de pesas y medidas...» (8).

Si seguimos a MANZANEDO, HERNANDO y GÓMEZ-REINO en la descripción sucinta que hacen de la evolución legislativa del gas, señalaríamos como primer hito de esta evolución las Leyes Municipales de 1870 y 1877, sobre las que se ha extendido en la doctrina la convicción de ser las que primeramente atribuyen a los municipios competencias privativas en materia de alumbrado, aunque sin concretar si ésta atribución se extiende también al alumbrado en domicilios particulares. (Entonces, generalmente obtenido a través de la combustión del gas.) Como se ha dicho:

«De hecho, la jurisprudencia, producida por la querrela entre gas y electricidad, al afirmar la «cláusula de progreso técnico en la explotación de los servicios públicos, vino a reconocer la existencia de concesiones municipales del servicio de gas» (9).

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA: «La naturaleza del servicio de gas hasta el Reglamento de 1956» (en *Problemas actuales de régimen local*), p. 55.

(9) MANZANEDO, HERNANDO, GÓMEZ-REINO: *Curso de Derecho Administrativo Económico*, p. 282.

Afirmación que se contradice con lo expresado al señalar que:

«...sin embargo, el régimen de concesión no se estructuró hasta 1956» (10).

Y más adelante, por los mismos autores citados, cuando dicen:

«... Esta anomalía-organización de un servicio público sin régimen concesional que sólo se estructura treinta y dos años después, viene claramente reflejada en el artículo 1.º del Decreto de 9 de abril de 1964, sobre requisitos para cesar en el suministro de gas ciudad, en cuanto dispone:

“Las empresas dedicadas al suministro de gas ciudad que vengan ejerciendo esta industria con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto de 27 de enero de 1956 y no hayan sido objeto de concesión administrativa...” (11).

A no ser que entendamos, como parece lo correcto, que existía una coexistencia del régimen autorizativo con el concesional (existían «concesiones», como reconoció la Jurisprudencia y como se deduce de los contratos establecidos *sui generis* entre municipios y empresas; GARCÍA DE ENTERRÍA habla de la realizada a favor de unos belgas en Madrid en 1849).

Por otro lado, la declaración de competencia privativa de las Leyes de 1870 y 1877 de los Municipios, interpretada con carácter extensivo, llevaría, desde un punto de vista tradicional, a la figura de la concesión de servicio público con carácter automático y generalizado. Sin embargo, como veremos más adelante, la irregularidad normativa se impone sobre estrictas formulaciones teóricas y ese automatismo generalizado no existe, lo cual no carecerá de importancia. Sobre esto volveremos más adelante.

Tras la municipalización del gas en Valencia en 1907, el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924 define como de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos el alumbrado público y el suministro a vecindario de luz, calor y fuerza motriz, siendo el servicio de gas de los que pueden ser objeto de municipalización con monopolio.

(10) *Idem*, p. 262.

(11) *Idem*, p. 262, en nota tres a pie de página.

Posteriormente, el desarrollo reglamentario del Estatuto, a través del Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Locales (1924), afirma de nuevo la exclusiva competencia municipal. Por otra parte, aunque esto también sea adelantar ideas, la influencia que juega en este proceso paulatino de intervención creciente la necesidad de ocupación del dominio público municipal para establecer las tuberías y conducciones, a través de la oportuna concesión, es en gran parte determinante (12).

El Real Decreto de 12 de abril de 1924, en la línea política clásica del período Primo de Rivera, señala en su artículo 1.º:

«Se declaran servicios públicos los suministros de energía eléctrica, agua y gas a los abonados de las empresas de distribución, correspondiendo al Ministerio... la reglamentación de tales servicios..., sin perjuicio de las demás intervenciones que puedan corresponder... a las provincias y al Municipio sobre las concesiones y contratos administrativos.»

La incorporación de la técnica del servicio público a un texto legal era manifiesta y, por otro lado, no atenuaba el carácter impreciso y difuminado de aquélla. El artículo 2.º del Real Decreto sujeta a la obligatoriedad de prestación del servicio a «... todas las empresas que disfruten de concesiones o autorizaciones administrativas del Estado, provincia o municipio...», así como a las que ocupasen dominio público de estas Administraciones (13).

Y, sin embargo, la confusión no decrece; ¿convierte esta declaración formal las autorizaciones en concesiones, con todo lo que ello significa? En absoluto. Primero, el Reglamento de 1956, al no establecer la necesaria conversión de las autorizaciones vigentes en concesiones, reconoce la existencia de autorizaciones en el período posterior a 1924. Y el Decreto, ya citado, de 9 de abril de 1964, habla de «... empresas dedicadas al suministro de gas ciudad que vengán ejerciendo esta industria con anterioridad al Decreto de 27 de enero de 1956 y no hayan sido objeto de concesión administrativa...», reconociendo tácitamente esta pluralidad de regímenes, pluralidad que, como luego veremos, sólo acabará con el Reglamento de 1973, que

(12) *Idem*, p. 263.

(13) *Idem*, p. 283, en nota seis a pie de página.

pondrá término a un cierto caos normativo y reglamentario al respecto.

Por otra parte, el citado artículo 2.º del Decreto de 12 de abril de 1924, confirmando lo dicho, emplea la expresión «... que disfruten...» y no la de «... que hayan disfrutado hasta el momento...», cosa lógica si se hubiera producido esa necesaria conversión. Por otro lado, se atribuye al Ministerio el poder reglamentario sobre dichos servicios y, sobre todo, se establece a cargo de las empresas que disfruten de «... concesiones o autorizaciones administrativas del Estado, provincia o municipio... y las que ocupasen dominio público de estas Administraciones», el deber de prestación o de suministro (con la continuidad y regularidad adecuadas). El artículo 3.º de este Decreto nos interesa menos de momento, aunque debemos resaltar la integración que el mismo hace de la teoría del «bien indivisible», ligando la competencia sobre el servicio a la ostentada sobre el dominio público municipal, fórmula que el Reglamento de 1956 va a rechazar categóricamente, atribuyendo dicha competencia a la Administración central, con apoyo firme en la declaración de capacidad y no de estricta competencia que se contiene en el artículo 101 de la Ley de Régimen Local, restándole sólo al municipio la competencia sobre las autorizaciones, licencias y concesiones que se requieran para realizar las obras y las instalaciones necesarias para la ejecución del servicio (14).

Fijemos la atención, interrumpiendo momentáneamente el hilo de la exposición, en las categorías que hasta ahora venimos manejando: concesión, autorización, servicio público, dominio público... Aunque anticipando la importancia de esta última en el tema concreto que nos ocupa, en esta evolución histórica detectamos la sucesión en el tiempo de autorizaciones de dominio público municipal, concesiones de dominio y «concesiones» de suministro (expresión que luego aclararemos), coexistentes estas últimas con simples autorizaciones, según el tenor, ya expuesto, del Real Decreto de 12 de abril de 1924. En contra la contradictoria opinión de MANZANEDO, HERNANDO y GÓMEZ-REINO de que la concesión de servicio público no se estructura hasta el Reglamento de 1956. Conviene, no obstante, tratar de fijar lo que actualmente se entiende por estos términos.

Como fundamento de la concesión se ha fijado el hecho de que:

(14) *Idem*, p. 284.

«... aparece ligada con el nacimiento, a mediados del siglo XIX, de los grandes servicios públicos de carácter económico (ferrocarriles, obras públicas, etc.), como fórmula arbitrada por la concepción liberal para armonizar y conciliar la abstención del Estado en materia económica... con la necesidad real de intervenir para asegurar la prestación adecuada de los servicios públicos económicos» (15).

Esta idea es el punto de partida acertado de la doctrina tradicional. Posteriormente la necesidad inconsciente de una simetría entre realidad y Derecho llevará a formular la segunda gran nota sobre la que se asienta el servicio público: la titularidad. Como también se ha señalado:

«La solución para conciliar ambas exigencias en sí mismo antagónicas (...) será la de que la Administración Pública asuma la titularidad de ciertos servicios públicos de naturaleza económica, para legitimar su intervención en orden a garantizar su prestación regular y continua, pero sin realizar ella misma la gestión de tales servicios, sino un particular empresario, a quien, según normas y condiciones prefijadas, se le otorgue esta gestión y explotación del servicio mediante la fórmula concesional...» (16).

Esto es, implícita y explícitamente expresado en este párrafo, lo que ha ocurrido en un plano doctrinal. La Administración ha asumido la actividad (y, en ocasiones, ni lo ha hecho) mediante declaraciones formales, como puede observarse en el caso del agua, del gas y de la electricidad. La obsesión sistemática ha hecho el resto, sustentando el dualismo gestión directa-gestión por concesionario interpuesto; dualidad hoy día recogida en los textos legales, como se deduce de los artículos 62 y ss. de la LCE y 41 y ss. y 113 y ss. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Así se ha delimitado idealmente el campo de juego entre la iniciativa privada y el Estado con un no menos ideal campo intermedio,

(15) LÓPEZ PELLICER-SÁNCHEZ DÍAZ: *La concesión administrativa en la esfera local*, p. 15.

(16) *Idem*, p. 15.

el del servicio público gestionado a través de concesionario interpuesto, reteniendo la (presunta) titularidad el Estado. Que esto haya ocurrido, desde una perspectiva histórico-política no tiene nada de extraño. Lo contraproducente es que la doctrina haya partido de estas mismas bases para configurar el concepto y la idea de concesión y para diferenciarlo del de simple autorización.

Aunque el tema del servicio público, en sí, lo estudiamos posteriormente, este punto de la relación titularidad-gestión por concesionario-concesión nos interesa.

En este aspecto la doctrina ha seguido una pista diferente, olvidándose de otra idea que nos permita explicar la realidad jurídica, de un concepto jurídico explicativo por sí sola de la norma: la concesión.

Así vemos que para VILLAR PALASÍ,

«... la idea general que permite englobar en un género común y unidad conceptual las diversas modalidades de la concesión administrativa, radica..., en la transferencia a uno o varios sujetos de una esfera de actuación originariamente perteneciente a una entidad administrativa...» (17).

Según esta misma doctrina, muy generalizada, no se transfiere la titularidad del servicio o del bien, que retiene la Administración, sino solamente la gestión o explotación del servicio (18). Doctrina aceptada por el Consejo de Estado en la consulta número 6683, de 14 de noviembre de 1950, entre otras, y por el Tribunal Supremo, en repetidas ocasiones. Como señala en dicha consulta el Consejo de Estado:

«... el concepto de servicio público discrimina, entre toda la gama de actividades posibles, a aquellas que son administrativas de modo natural, originario y exclusivo».

Partiendo de esta base, la concesión tendría los caracteres siguientes:

(17) *Concesiones administrativas*. «Nueva Enciclopedia Jurídica», tomo IV.

(18) LÓPEZ PELLICER-SÁNCHEZ DÍAZ: *La concesión administrativa en la esfera local*, p. 19.

- a) Carácter exclusivo.
- b) Carácter constitutivo.
- c) Control por la Administración concedente (19).

Como hemos dicho antes, este punto de partida va a marcar también la diferencia entre autorización y concesión... La concesión supondría la inexistencia de un derecho subjetivo preexistente; llevando consigo la imprescindible nota de la discrecionalidad en el otorgamiento, justamente lo contrario de lo que ocurriría en la autorización.

Como señala GARRIDO FALLA:

«La autorización de policía, a diferencia de lo que ocurre con la concesión, no confiere ningún derecho *ex novo* al administrado, sino que se limita a remover los obstáculos para el ejercicio de algunos de los que ya estaban dentro de su patrimonio jurídico (20).»

Frente a esta perfecta construcción, el concepto esencialmente vago de «discrecionalidad» va a complicar aún más las cosas. Siguiendo al mismo autor:

«A pesar de que esto parece representar una sólida base de partida, en esta materia no pueden establecerse reglas, ni en cuanto a la cuestión de si el particular, sometido a la potestad de autorización, tiene o no derecho subjetivo a obtenerla. En este sentido puede advertirse que mientras en unos casos las facultades de la policía administrativa se limitan a la comprobación de determinadas circunstancias facticias y predeterminables, en cambio en otros suponen auténticos poderes de apreciación, de tipo discrecional, frente a los que no cabe esgrimir en vía jurisdiccional un derecho subjetivo» (21).

En el mismo sentido, LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ, al no poder resolver esta cuestión desde la contraposición reglado-discrecional, soluciona el problema por un criterio formal que se muerde la cola:

(19) *Idem*, pp. 20 y 21.

(20) GARRIDO FALLA: *Tratado*, vol. II, p. 187.

(21) *Idem*, p. 188.

«La diferencia, pues, entre autorización y concesión ha de basarse en otro criterio, que estimamos puede ser el atender al régimen jurídico de la actividad pública o de interés público que trate de ejercitarse por el particular o sujeto interesado:

- Si de la regulación de la actividad de que se trate se deriva la configuración *ex lege* de la misma como servicio público..., otorgado en exclusiva o como competencia propia a la Administración, su gestión podrá ser otorgada por ésta mediante concesión.
- En otro caso, aun cuando la Administración pueda desarrollar actividades de interés público en concurrencia con los particulares, éstos no necesitarán para ello concesión, sino autorización, simple o constitutiva, según los casos» (22).

En nuestra opinión, aquí se impone la idea político-formal de la titularidad. Sin embargo, ¿qué tipo de titularidad es ésta? ¿la simple declaración formal realizada por normas en ocasiones de rango inferior a Ley? ¿qué efectos legales tiene esta declaración de titularidad?

En realidad ésta es una titularidad nominal, estratégica: sin necesidad de recurrir al más radical realismo jurídico, puede preguntarse si no es el concesionario el titular de la actividad a todos los efectos; la responsabilidad y los beneficios que puedan derivarse del servicio es suya y el más o menos intenso grado de intervención del Estado en la actividad de que se trate no es más que eso: intervención. Pero todo esto es adelantar argumentos que más tarde se sintetizarán en páginas finales.

Descartado, por impreciso, el criterio de la discrecionalidad, sin poder recurrir a la idea salvadora de la calificación de la actividad como servicio público, por lo que ya hemos visto, ¿dónde reside el criterio distintivo entre autorización y concesión? Averiguarlo supone reconstruir el régimen jurídico del sector y hacerlo desde una hipótesis de partida: a la asunción o gestión directa por la Administra-

(22) LÓPEZ PELLICER-SÁNCHEZ DÍAZ: *La concesión administrativa en la esfera local*, pp. 31-32.

ción de la actividad (Administración material), se opone la idea de intervención, reglamentación, limitación.

Veamos cómo esta hipótesis se desenvuelve en el contraste con el limitado marco del suministro de gas.

El punto de arranque para dicha reconstrucción (sometimiento a sistema de los materiales normativos y averiguación de sus líneas de desenvolvimiento) viene dado por una necesidad técnica que imponía el suministro: el establecimiento de una red de tuberías y conducciones con ocupación permanente del dominio público, sometida en un principio a autorización.

Siguiendo en este punto a GARCÍA DE ENTERRÍA (23), los factores que potencian la intervención administrativa son tres:

«... primera situación del municipio como consumidor principal de esta industria, por la importancia que en los orígenes tiene el alumbrado público sobre el suministro a particulares, lo que fuerza a las empresas a aceptar las condiciones municipales de regulación impuestas al acordarse el suministro para tal alumbrado; segunda, y esencial desde el punto de vista jurídico, circunstancia de la necesidad de utilizar el dominio público municipal para la extensión de las canalizaciones de la distribución del gas, y tercera, y finalmente, la condición de estas industrias como monopolistas de hecho por sus condiciones técnicas y económicas...» (24).

Para el mismo autor, dicho monopolio natural es el que, en los países de mente más pragmática, como los anglosajones, va a provocar la intervención estatal, a través de un sistema que, con un esfuerzo de imaginación comparada, califica de «concesional» (*Incorporation charters, Private bills*), y que llegará hasta la formulación de una suerte de pliego general de condiciones (*standard regulatory conditions*). Este es precisamente el origen de la primera disposición general sobre la materia en todo el mundo, la *The Gas and Works Clauses Act* inglesa de 1847 (25).

(23) GARCÍA DE ENTERRÍA: «La naturaleza del servicio de gas hasta el Reglamento de 1956» (en *Problemas actuales de régimen local*).

(24) *Idem*, pp. 46-47.

(25) *Idem*, pp. 47-48.

Por el contrario, va a ser la necesidad de ocupación del dominio público la que, en España, prologará la intervención de la actividad propiamente dicha. También, no obstante, en Inglaterra se esgrimirá este argumento por los municipios para exigir una especie de concesión, la *franchise, the right to use public property in the conduct of a private business* (26).

Como se desprende de lo dicho claramente, la conexión entre ocupación privativa del dominio público y la idea de monopolio es evidente. Parece ser que el primer título de intervención en la producción y distribución del gas es dicha autorización de ocupación privativa. (Que podría ir acompañada de una licencia de obras o de establecimiento, como ocurre en la actualidad.)

Esta autorización agravará sus términos en 1877, con la Ley de Obras Públicas, convirtiéndose en auténtica concesión.

Esta concesión de dominio público es la que, junto a la de obra pública, «precederá» a la de servicio público, a la de actividad. Es fácil darse cuenta de que se trata de cosas o realidades completamente distintas. Al hablar de concesiones demaniales, nos referimos a bienes públicos, a bienes de dominio público: al referirnos a concesiones de servicio público lo hacemos en relación a una actividad, no a un bien de dominio público.

Los bienes de dominio público son una categoría tasada caracterizados por la existencia sobre ellos de un derecho de propiedad del Estado y sometidos a un régimen jurídico exorbitante del civil (27). El dominio público podía ser objeto de uso común o de un uso privativo, exclusivo, caracterizado por la ocupación excluyente o limitativa del mismo por un particular.

La instalación de conducciones de gas así lo exigía. Montado el concepto sobre la idea de dominio y obra pública, se extenderá más tarde a la actividad de distribución, al suministro. Dejando de lado el problema de la forma del acto administrativo, es evidente la relación entre esta importancia del dominio público y la posterior extensión a la actividad ejercida a través de las conducciones:

«Es lo que se llama expresamente el "bien indivisible", la vinculación indivisible entre la ocupación del dominio y la actividad material en él apoyada, jurídicamente un

(26) *Idem*, p. 48.

(27) GARRIDO FALLA: *Tratado*, vol. II, p. 463.

eco insólito, aunque efectivo, de la vieja confusión feudal de *impérium y dominium*. Nada menos que la calificación de los ferrocarriles como servicio público comienza desde esta perspectiva, desde la perspectiva de la condición jurídica de la vía.

Naturalmente, no habrá obstáculo tampoco en el caso del gas: por implicar la distribución del gas una intromisión en el dominio público, por reducida que sea, la operación se califica de obra pública, "cuya fuerte individualidad domina las relaciones jurídicas que se establecen con tal motivo" (Comte). HAURIOU afirmaba con gran convicción en 1894 que el suministro de gas es accesorio, en tanto que la canalización, verdadera obra pública a construir y conservar, es lo principal desde el punto de vista del Derecho...» (28).

Este extremado punto de vista, que ve en la instalación de conducciones de gas una obra pública, no lo confirma la lista taxativa de la Ley General de 1877. La relación entre obra pública y dominio público, sí está clara, en cuanto que, una vez terminada aquélla y calificada de obra pública, en cuanto «de general uso y aprovechamiento» es de dominio público. Los caminos de hierro sí han sido incluidos en el artículo 1.º de la citada Ley. Del mismo modo podrían haberlo sido las conducciones de gas.

Lo que sí parece claro es que la idea de obra pública se solapa con la de dominio público (capítulos VI y VII de la Ley de 1877). Además, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA:

«... es esta calificación demanial la que se manifiesta *a fortiori* por la técnica de la reversión final a la Administración titular, que se establece también como de esencia de estas concesiones (arts. 55 y 75 de la misma Ley)» (29).

Argumentación que en ningún caso es aplicable a la instalación de conducciones y tuberías de gas, en cuanto ésta, en nuestra opinión,

(28) GARCÍA DE ENTERRÍA: *La naturaleza del servicio de gas hasta el Reglamento de 1958*, pp. 51-52.

(29) *Idem*, p. 50.

no puede calificarse de ningún modo como obra pública. Y ello por puras razones de importancia económica y social. Lo que llevó a la declaración de los caminos de hierro como obra pública, ya en la década de 1850, mucho antes de la propia Ley General de Obras Públicas, no se consideró aplicable a las conducciones de gas, sobre las que no puede mantenerse este carácter de obra pública.

En el caso del gas, la producción era en un principio de las incluidas en la cláusula genérica de libertad de industria, aunque la instalación de las fábricas se someta a licencia de establecimiento, contratándose el servicio de alumbrado público en un principio en régimen de Derecho privado. Así se deduce de la inicial libertad que supone el Real Decreto arreglando las asociaciones gremiales del modo que se expresa, de 20 de enero de 1834, inspirado y dirigido por Javier DE BURGOS.

Simultáneamente para la llegada del gas, a través de tuberías y conducciones, a los faroles de alumbrado público y a los domicilios particulares se requería el necesario permiso, licencia o autorización. Difícilmente podría descubrirse este acto administrativo y diferenciarse de otros a través del carácter discrecional o reglado. Más aún, si pensamos que la técnica del Derecho administrativo era entonces lo suficientemente rudimentaria como para ignorar tales precisiones, ligadas a la precaria idea del derecho subjetivo. El Estado de Derecho se encontraba por esas fechas en la primera edad y es absurdo tratar de trabajar sobre materiales de entonces con ideas de ahora mismo, de nuestro tiempo. Téngase además en cuenta que la primera instalación sería de una fábrica de gas en España data de la década de 1840.

Otro dato importantísimo es la cercanía en el tiempo de la doctrina política liberal. La desconfianza hacia la intervención del Estado en la vida económica es enorme y, por otra parte, es la propia burguesía la que comienza, con matices, a gobernar y a hacerlo pensando en sus propios intereses, tratando de romper los residuales tópicos de la economía del antiguo régimen. Simultáneamente, el capital extranjero, al amparo de la libertad de comercio e industria, comienza a colocarse en los sectores estratégicos de la economía nacional. Buena prueba de ello es su inicial importancia en los comienzos de la fabricación del gas en España.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA, en 1841 y en 1849, en Barcelona y Madrid, respectivamente, se otorgan las primeras concesiones. Aquí pa-

rece que este autor emplea la palabra en un sentido técnico, en el ya expuesto como tradicional. Sin embargo, hasta la Ley de Obras Públicas la figura de la concesión, son sus perfiles especialmente gravosos para el particular, era prácticamente desconocida. La primitiva sujeción de los fabricantes a una autorización de instalación que otorgaba el municipio, sujetaba a éstos a escasas restricciones limitativas; del mismo modo, la primitiva autorización de ocupación del dominio público respondía a una técnica aún demasiado imperfecta acorde con el espíritu de la época.

El resultado era un principio general de libertad en todo lo que no se mencionara en la autorización y, en general, un estricto carácter de remoción de obstáculo, con escasa penalidad para el particular. La categoría que, convencionalmente, podemos denominar autorización dará paso a otro tipo de acto en que el poder público va a intervenir enérgicamente los términos de la precedente autorización, agravándolos.

Este es el sentido de la Ley de Obras Públicas, donde se va a perfilar la concesión de modo categórico. También el elemento de discrecionalidad está presente (así, por ejemplo, art. 96), no tan claro a veces (arts. 52, 53, 54 y 59, entre otros), pero con esa imprecisión y vaguedad que arrastra desde su nacimiento.

Lo que sí se pone de manifiesto en la lectura de esta Ley es el gran salto adelante que se lleva a cabo en lo que se refiere a la técnica limitativa de la actuación del concesionario de dominio público, de intervención y control, del que son muestra evidente los artículos 55 a 57, 59 y 60, respecto de obras públicas ejecutadas por particulares, para las cuales no se pida subvención ni ocupación de dominio público; artículos 74, 77 y ss., respecto de obras subvencionadas con fondos públicos, pero que no ocupen dominio público; 96 y ss., respecto de las concesiones de dominio público y dominio del Estado. La ocupación privativa de dominio público que exige la instalación de las conducciones queda sometida a una verdadera concesión.

La necesidad de autorización, en su caso, para la instalación de la fábrica y la concesión de dominio público serían las limitaciones administrativas existentes a partir de 1877 para los particulares suministradores de gas a poblaciones. Sin embargo, esto no es todo. Debemos añadir lo que GARCÍA DE ENTERRÍA llama «policía tradicional de

pesas y medidas» (30), es decir, las normas sobre verificación de contadores establecidas en el ya citado Real Decreto de 28 de marzo de 1860. En el lapso que media entre 1860 y 1877 se promulga la Ley Municipal de 1870, que atribuye al municipio la competencia privativa sobre el alumbrado. Respecto de este punto y a partir de este momento, la doctrina, dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA (31), se muestra unánime en extender esta competencia al alumbrado en las casas particulares, a través de faroles de gas, lo cual no está claro en la jurisprudencia de la época. De esta reserva de actividad justificada por el tenor del artículo 72 («comodidad e higiene del vecindario») y por la colocación sistemática del precepto al lado de los referentes al «servicio de surtido de aguas», ya calificado de «servicio municipal» por la Ley de Aguas de 1866, se deduce la existencia de concesiones municipales del servicio de suministro de gas a poblaciones. Además las decisiones jurisprudenciales producidas con motivo del enfrentamiento gas-electricidad (Sentencias de 5 de diciembre de 1896; Real Decreto de Competencia de 27 de marzo d 1897 y Sentencia de 15 de febrero de 1906) reconocen la existencia de concesiones municipales del servicio de gas (32).

Sin embargo, cabe preguntarse si esa declaración de competencia municipal sobre el alumbrado de 1870 no es otra cosa sino la manifestación de una decidida intención del poder público de intervenir en un sector especialmente importante, a través de la intensificación del control. Así lo atestiguan los ejemplos antes citados y los hasta aquí expuestos. Esa Ley Municipal es el punto de arranque de una intervención más profunda en el sector, de un reajuste en intensidad del régimen en que podía desenvolver el suministro. Manifestación final de una etapa que tiene como hito intermedio la policía de pesas y medidas y a la que llegará tarde el Real Decreto de 1924, superponiendo sobre una actividad de por sí ya fuertemente intervenida la declaración formal de titularidad que, por eso mismo, era ya algo inútil.

A pesar de lo dicho, algunos autores niegan la existencia de un régimen concesional hasta el Reglamento de 1956, sin tener en cuenta el Decreto de 1924, que ya habla de concesiones del suministro, junto

(30) GARCÍA DE ENTERRÍA: *La naturaleza del servicio de gas hasta el Reglamento de 1956*, p. 55.

(31) *Idem.*

(32) *Idem.*, p. 57.

a autorizaciones. Lo que parece claro es que ni la Ley Municipal de 1870 ni el Real Decreto de 1924 ni siquiera el Reglamento de 1956 acarrearán obligatoria generalidad de la concesión para ejercer la actividad.

No obstante, las notas típicas de la concesión, las obligaciones implícitas (deber de prestación, continuidad, buen orden del servicio, instrucciones, reversión, etc.), se irán gestando lentamente, y ello, unido a la plaga del particularismo municipal, causará esa dualidad de régimen que provoca la existencia conjunta de autorización y «concesión», utilizado este último término atécnicamente. Dualidad que va a mantener sorprendentemente el Real Decreto de 12 de abril de 1924, después de atribuir a la Administración Central un fuerte poder reglamentario (art. 1.º) y establecer respecto de los suministradores el deber de prestación (art. 2.º), cuando en este mismo artículo habla de:

«... empresas que disfruten de concesiones o autorizaciones administrativas...».

De lo que se deduce una conclusión importantísima para nuestro análisis posterior. Esta es la ruptura de la ideal y teórica unión entre titularidad estatal (o municipal) formal del servicio y régimen concesional, ruptura que provoca el reforzamiento de la noción primaria de concesión. El mismo Decreto de 9 de abril de 1964, sobre requisitos para cesar en el suministro de gas ciudad, confirma esta idea, en cuanto vuelve a hablar de:

«... empresas dedicadas al suministro de gas ciudad que vengán ejerciendo esta industria con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto de 27 de enero de 1956 y no hayan sido objeto de concesión administrativa...».

Aquella declaración de («servicio público») no provocó la extensión en todo caso del régimen de concesión (aún en gestación), con el régimen más estricto y gravoso que ello supone para el particular. A ello podemos añadir, para describir exactamente la confusión legal al respecto, el tránsito posterior que se operará a la resolución o acto unilateral, en cuanto al otorgamiento de las concesiones posteriores al Reglamento de 1956. Este establece ya la necesaria concesión para las

nuevas concesiones o ampliaciones de las ya existentes. Ello es una consecuencia de la atribución de la competencia sobre la actividad a la Administración central y del vaciamiento de la competencia del municipio sobre la misma materia. Y una de las más importantes consecuencias.

Sin embargo, también este Reglamento respeta las autorizaciones existentes hasta la fecha de su entrada en vigor.

La distinción en la órbita municipal de la autorización y la concesión sería una cuestión de graduación, de grados de intervención y control de la Administración, que llevaban a los municipios en ocasiones a una práctica discriminatoria. Podría ser éste un fuerte argumento contra la idea de titularidad que se despierta a raíz de las declaraciones de las Leyes Municipales de 1870.

Estas declaraciones nada significaron, puesto que la alternancia de la autorización con la concesión demostraba que no existía una concepción general en uno u otro sentido, sino una episódica intención de controlar más o menos, según los casos, el desarrollo del suministro, vía autorización o vía concesión. Se suceden unas u otras, según el ánimo político y la predisposición hacia la industria, sin que en nada influya la declaración de titularidad formal que supone el Real Decreto de 1924. El traspaso de la competencia a la Administración central y, concretamente, al Ministerio de Industria, significará una mutación del régimen jurídico, un trastocamiento del orden anterior, aunque en parte respetuoso con él. Se someten a concesión los suministros de gas y las ampliaciones en los ya existentes, pero se respeta la existencia de autorizaciones y «concesiones» producto de la anterior y peculiar situación ya descrita. Por otra parte, este Reglamento configura una concesión típica entonces, una concesión de carácter resolutivo y no contractual. Esta situación se va a mantener hasta 1973. El Reglamento de Gases Combustibles de este año será el que, además de perfilar con carácter contractual la concesión, la generalizará en su disposición transitoria cuarta:

«Todas las demás empresas de servicio público de gas actualmente existentes que no cuenten con las autorizaciones y concesiones previstas en este Reglamento deberán solicitarlas en el plazo señalado en el párrafo anterior, transcurrido el cual sin haber presentado la solicitud serán declaradas clandestinas.»

Así acaba un periodo (y de momento) en el que, formalmente declarada la competencia municipal (1870) y estatal del servicio (1924 y 1956), coexisten regímenes de gestión por particulares distintos: autorización, «concesión» contractual, concesión resolutive.

En el ámbito de la competencia municipal sólo puede señalarse una enorme e indiscriminada profusión de técnicas de dudosa sustantividad.

Todo este gran mosaico de técnicas heterogéneas y estructuralmente complicadas es el reflejo jurídico de necesidades cambiantes, quizá agudizadas por la expansión urbana de nuestro siglo y la necesaria creación de una fuerte infraestructura, y sólo como conclusión final podría aventurarse una cierta crisis en que entra la idea de titularidad, que deja al descubierto los instrumentos del poder, la complejísima trama de actos jurídicos a través de los cuales el poder público trata de controlar el sector, descartada la idea de una gestión directa.

Salvando las distancias, las similitudes que se aprecian entre la evolución anterior, sin duda, del ferrocarril y el gas hacen recomendable la inclusión, a continuación, de un resumen de la evolución de este medio de transporte, calificado pronto como servicio público.

Por otra parte, como se señala en el trabajo de José BERMEJO VERA [«Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)»], citando a VILLAR Y ROMERO, «la constitución y explotación de las vías ferroviarias, así como los numerosos problemas a que hubieron de hacer frente por medios jurídicos las comunidades estatales (originaron) una nueva rama de la legislación y de la especialización técnico-jurídica». Sigue diciendo algo que tiene una particular importancia desde nuestra perspectiva:

«Al socaire de los ferrocarriles se desarrollaron las teorías de las concesiones de obras públicas y de servicios públicos.»

Y continúa:

«Podría precisarse que la construcción del Derecho Administrativo dependió en su momento, en mayor o en menor grado, de la aparición del fenómeno ferroviario.»

Esto nos confirma en la opinión, anteriormente sustentada, de que el paso del antiguo régimen administrativo se verifica a medida que la burguesía económica se asienta en el poder, trata de controlar los recursos y también la política.

Podríamos decir, recordando lo anterior, que prevalece la técnica autorizatoria, sin excesivas restricciones para el particular. Destaca Bermejo la despreocupación jurídica del fenómeno ferroviario en un primer momento, lo que da lugar a «...que las primeras líneas de ferrocarril no se sometiesen a plan alguno, ni siquiera se llevasen a término». El tema en un principio estaba dominado por la problemática económica, por la rentabilidad de la explotación ferroviaria. Sin embargo, pronto el problema va a transformarse en el de la titularidad jurídica de los ferrocarriles. Así se desprende de lo que afirma Bermejo:

«En la época de referencia no existen moldes o estructuras jurídicas adecuadas. No hay ideas claras y precisas, desde la perspectiva del Derecho, sobre los conceptos de obra pública y servicio público. No existe tampoco la hoy conocida, pero no por ello menos polémica categorización de los bienes colectivos o públicos.»

En el caso del ferrocarril la obra y el servicio público van indisolublemente unidos. En cuanto a la transición de la autorización a la concesión, señala BERMEJO:

«Carecemos de textos oficiales, pero parece claro que el Estado sometió, desde los inicios, a los particulares a la previa autorización o concesión para la puesta en explotación de una línea de ferrocarril. La Real Orden de 31 de diciembre de ese año (L. 44) contiene las reglas para el examen y admisión de las propuestas que quisieran hacerse al Gobierno sobre establecimiento de ferrocarriles: En 1850 y por Ley de 20 de febrero se autorizaba al Gobierno para "hacer o rectificar concesiones provisionales", en tanto no se aprobara y sancionara la Ley sobre Ferrocarriles... Pocos años después, en 1855, se refrenda legislativamente la titularidad estatal del servicio de ferrocarriles. La Ley de 3 de junio de ese año dispone,

de forma un tanto oscura, pero lo suficientemente expresiva que "la construcción de las líneas de servicio general podrá verificarse por el Gobierno y, en su defecto, por particulares o compañías."

Es curioso observar en este caso la ya constatada superposición de técnicas y es que, legislativa y solemnemente, declarada la titularidad, la concesión es de obra por un lado y de servicio público por otro. En el caso de los ferrocarriles el fenómeno concesional aparece con mayor rapidez que en el caso del gas. Por otra parte, se incluye la vía entre los bienes de dominio público, cosa que hace el artículo 3.º de la Ley de 3 de junio de 1855, lo que en el caso de las tuberías de gas nunca se produce. Respecto de este tema, BERMEJO VERA, páginas 48 y siguientes. La evolución posterior del sector ferroviario ha sido muy distinta de la del sector energía, puesto que se ha llegado a su total nacionalización, quizá a causa de una mayor transcendencia económico-social.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

A) *Evolución y estructura técnico-económica del sector. Aproximación a un régimen jurídico general para un sector «fraccionado»*

El régimen legal de la producción, transporte y distribución del gas en España no es, ni mucho menos, homogéneo. Su heterogeneidad viene causada por la utilización, en mayor o menor grado, de distintos tipos de gases combustibles (33). Antes de nada consideramos necesario exponer estos distintos tipos de gases utilizados. Dentro de ellos podemos mencionar, sin ningún ánimo de exhaustividad técnica, el gas ciudad elaborado a partir de naftas, gasolinas ligeras, etc., una vez superado el procedimiento de carbonización de la hulla; los gases de coquería y de hornos altos; los gases de refinería; los gases licuados del petróleo (GLP) y, por último, el gas natural (34).

En primer lugar, el más antiguo y el más utilizado hasta el momento en las grandes aglomeraciones urbanas es, sin lugar a dudas, el gas ciudad. Obtenido en un principio a través de la carbonización

(33) TAMAMES: *Estructura Económica de España*, vol. II, p. 88.

(34) *Idem*, pp. 88 y 89.

de la hulla, hoy día se obtiene a través del procedimiento de «cracking» catalítico de productos petrolíferos.

Se compone de una mezcla compleja de gases combustibles, en los que suele predominar el hidrógeno, es de bajo nivel de contaminación, escaso poder calorífico y alto coste de producción.

Los gases de coquería y horno alto y los gases de refinería son los que se producen en los hornos altos, coquería y refinerías, limitándose su utilización a estos mismos complejos o a alguna industria cercana. Su escasísima importancia nos permite marginar su estudio.

Los llamados gases licuados del petróleo (GLP) o también «gases fácilmente licuables», es decir, el butano y el propano, de amplísimo uso doméstico industrial y comercial, tienen la ventaja de su alto poder calorífico.

Por último, de enorme importancia futura, el gas natural está compuesto fundamentalmente por metano, tiene un alto poder calorífico, no contamina y su transporte resulta muy fácil, todo lo cual le convierte en el más idóneo para el consumo (35).

Esta diversidad patente de tipos de gases utilizados para los distintos usos que de él se hace, constituye una poderosa razón para la existencia de un régimen jurídico diverso que podríamos llamar «fragmentado». También es decisivo a este respecto el carácter «ocasional» y contingente de la legislación sobre el tema, que sigue a la evolución de la técnica como el cazador a la pieza, viéndose las más de las veces superada por su velocidad. (Esto es lo que ha ocurrido con el gas natural.) Y para comprender el complejísimo panorama jurídico que se nos va a presentar puede resultar de interés exponer la estructura económica del sector y su evolución en los últimos años.

La localización en España de las fábricas pioneras ha sido ya suficientemente descrita, por lo que respecta a Barcelona y a Madrid, anteriormente. Primeramente utilizado para alumbrado público y privado, posteriormente va a aumentar el consumo para usos térmicos domésticos (nos referimos al gas ciudad) y, en parte, para usos industriales y comerciales, siendo la electricidad la que le arrebatara definitivamente el alumbrado.

A partir de 1956 comienza a verificarse la transición al «cracking» de productos petrolíferos que pronto sería el método generalizado. Un dato importante es el hecho de que de las fábricas de gas ciudad exis-

(35) *Idem*, pp. 88 y 89.

tentes en 22 capitales españolas, sólo las de Madrid y Barcelona suman más del 50 por 100 de la producción total.

Posteriormente van a aparecer los gases licuados del petróleo, importándose de Francia por CAMPSA en 1934 gas licuado envasado en botellas. Hasta 1947 y tras la guerra civil no se alcanzaría la cifra de consumo de 1935. Comienzan los suministros con cierta regularidad en 1953 y 1955 a partir de las refinerías de CEPESA y REPESA, y en 1957 se crea «Butano, S. A.», con un 50 por 100 en manos de CAMPSA, como sociedad privada, y el otro 50 por 100 en REPESA (representando ésta al INI, CEPESA, TEXACO y STANDARD). Con ello, de un lado se extraía del ámbito del monopolio a los gases licuados del petróleo, aunque no del todo, pues Butano dependerá a todos los efectos de CAMPSA; mejor cabría decir que se singulariza la gestión de los gases derivados del petróleo a través de una empresa pública en régimen de Derecho privado. CAMPSA participaba a título privado y «...los demás intereses petrolíferos del país tuvieron acceso a la comercialización de productos monopolizados, con el consiguiente beneficio» (36).

Respecto del gas natural, éste ha sido, sin duda, uno de los temas de moda. Sólo comienza a importarse en 1970 en cantidades apreciables, habiéndose desperdiciado dos ofrecimientos de la compañía estatal argelina SONATRACH, del gas de los campos que habían pertenecido a la S. N. REPAL y otro de la «Société Nationale des Petroles d'Aquitaine», para comercializar este gas en las provincias vascongadas.

Posteriormente, la compañía «Catalana de Gas y Electricidad, Sociedad Anónima», crea, junto con un grupo de Bancos nacionales y «Exxon. Co.», «Gas Natural, S. A.», para la importación de gas natural en estado líquido desde los campos de «Exxon. Co.», en Libia, su regasificación, fraccionamiento y suministro. Ya veremos cómo el régimen de este tipo de suministro se asemeja más al del gas ciudad y trataremos de precisar la causa de este «carácter seccional» de la intervención administrativa en el sector.

La exposición del régimen jurídico, a causa de esta complejidad causada por los distintos tipos de gases suministrables, es algo evidente que tiende a ser fraccionaria. Excluiremos de la misma el limitado subsector de los gases de coquería y hornos altos y de

(36) *Idem*, p. 91.

los gases de refinería dedicados, casi en su totalidad, al autoconsumo de la propia instalación. (Con la excepción de la refinería de «Exxon. Co.», de Castellón, que lo suministra en parte a las industrias azulejeras situadas en ese área de suministro.)

Debemos señalar que la situación de la industria del gas en la actualidad no es más que un momento de su evolución aprehendido estáticamente y, por lo tanto, viene predeterminado por las vicisitudes de aquélla. Trasladado esto al terreno normativo, de la misma forma que es muy difícil tratar de comprender la historia de la reglamentación de aquella industria sin conocer la propia historia económico-financiera de la misma, sus constantes actuales positivas son sólo comprensibles en el marco más amplio de su inserción en la economía nacional.

Esa misma situación de fraccionamiento y dispersión que antes citábamos forzaba decididamente a la elección entre dos opciones: coordinación o lucha por la hegemonía. Parece evidente que ha sido esta última la elegida. Algún autor ha destacado el influjo decisivo que ha tenido sobre este estado de cosas la escasa intervención directa estatal en el sector (37). (Lógicamente ésta se había hecho «menos necesaria» por la titularidad declarada; una vez más se había reformado todo para acabar no cambiando nada.)

Frente a un panorama europeo sectorial dominado por el sector público (nacionalización total en Francia, Gran Bretaña, Italia y Austria, fuerte intervención estatal en Bélgica, Holanda y R. F. A.), en España existen 20 empresas privadas distribuidoras de gas ciudad, alguna municipal, como San Sebastián y Bilbao, una empresa pública distribuidora de gases licuados de petróleo (con posterioridad el INI ha adquirido la participación de REPESA), junto con una empresa que, al menos hasta fecha muy reciente, ha importado, regasificado y distribuido gas natural. («Gas Natural, S. A.», bajo el control de «Catalana de Gas y Electricidad, S. A.») (38).

Por otro lado, junto a la proliferación de empresas suministradoras, otro rasgo definidor del sector, en parte inducido por aquél, de los de tipo económico-financiero, es la competencia entabada entre los distintos tipos de gases, competencia que no ayuda en nada a la necesaria coordinación que debe existir en la materia.

(37) *Idem*, p. 92.

(38) *Idem*, pp. 92 a 94.

Como se ha dicho:

«La descoordinación de la política energética ha sido puesta de relieve al reconocerse que una empresa privada española vendía en el extranjero sus excedentes de butano a precios inferiores a los que, por compromisos ya adquiridos, venía adquiriendo este producto "Butano, S. A.". Mientras que "Gas Natural, S. A.", de Barcelona, era autorizada para importar de Libia 126.000 toneladas métricas de gas natural, cuyo manejo produciría considerables excedentes de butano; CAMPSA y BUTANO recibieron autorización para comprar 31.000 toneladas métricas... (39).»

El conflicto entre «Butano» y «Gas Natural, S. A.», se va a plantear desde el momento en que a esta última sociedad se le va a autorizar la importación y la distribución de gas natural, producto que «Butano, S. A.», considera de su absoluta competencia por estar comprendido en el monopolio de petróleo, competencia que, en materia de gases, «...le había sido delegada desde que se le concedió su comercialización en 1957» (40).

Para este mismo autor citado, la cuestión jurídica de la inclusión o no en el monopolio del gas natural no quedó zanjada. Lo que sí parece claro es que tras un período más intervencionista, coincidente políticamente con el período autárquico, el deseo de la Administración de gestionar el sector nacionalizándolo (deseo que se evidencia con la creación de «Butano, S. A.»), se apaga, sometiendo el gas natural a concesión, es decir, recurriendo al camino intermedio del servicio público; en suma, privatizando, con más o menos condiciones y restricciones, un sector concreto de los que le estaban atribuidos en exclusiva al monopolio. Pasa, como en tantos otros aspectos, sobre esa declaración y recurre a la concesión para llevar a cabo esa extracción del gas natural del ámbito del monopolio. (Una vez más esa titularidad, aunque en este caso no referida estrictamente a un servicio público, es una justificación política más que la verdadera asunción por el Estado.)

Un camino que desde 1933 parece abierto (a través de la inclusión

(39) MARTÍN MATEO: *Ordenación del sector público en España*, p. 329.

(40) TAMAMES: *Estructura económica de España*, vol. II, p. 93.

en el monopolio de los gases licuados, cuyas vicisitudes jurídicas luego estudiaremos), se obstruye más tarde a través de la evolución del suministro de butano y propano y, sobre todo, a través de la extraña, cuando menos, solución dada al tema del gas natural.

Esta política, que puede calificarse de zigzagueante, es la que refleja sus incertidumbres sobre el sistema jurídico que la instrumenta, impregnando de provisionalidad los tópicos jurídicos, como antes veíamos. La hipótesis puede formularse en el sentido de la alternancia en el tiempo de afanes intervencionistas con retroceso ante la iniciativa privada y, además de indicarnos la servidumbre ya señalada del Derecho administrativo ante la política, puede servirnos de pauta para comprender el confuso panorama que se presenta ante nosotros.

La declaración formal de servicio público, en lo que respecta al gas, es una declaración genérica que abarca «...los suministros de..., gas a los abonados de las empresas de distribución. (Real Decreto de 1924, en su artículo primero.)

Por otra parte, el preámbulo del Decreto de 27 de enero de 1956, por el que se aprueba el Reglamento del servicio público de suministro de gas, establece:

«El suministro de gas, declarado servicio público por Decreto-ley de doce de abril de mil novecientos veinticuatro...»

Es decir, se refiere también a todo tipo de gas. Como ya hemos señalado, este Reglamento no impone la conversión en concesiones de las autorizaciones o contratos existentes hasta la fecha, lo cual es de una importancia capital.

Y, sin embargo, de la lectura del Reglamento de 1956 se deduce que éste sólo contempla los suministros de gas ciudad a través de tuberías y conducciones fijas, aunque en ningún momento dicho Reglamento, muy imperfecto técnicamente, lo diga de modo expreso.

Que así sucede se infiere, no obstante, de los preceptos destinados a regular, por ejemplo, la red de distribución (art. 17), las acometidas (arts. 19 y ss.), suministros (arts. 23 y ss.), aparatos de medida de consumo y laboratorios (arts. 54 y ss.), etc. Del tenor literal del artículo 6.º («... el establecimiento de nuevas industrias y las ampliaciones en las ya existentes en el momento de promulgación de este

Reglamento, relacionadas con la prestación del servicio público de suministro de gas, precisará de expresa concesión otorgada por el Ministerio de Industria...»), podría derivarse la aplicación del Reglamento a los suministros de gases licuados, de una cierta relevancia ya en la fecha de promulgación del citado Reglamento. Y esta solución también sería correcta técnico-jurídicamente, independientemente de lo que luego digamos.

Una vía intermedia sería la aplicabilidad teórica a otros tipos de suministros (¿con regularidad?), de determinadas normas del Reglamento, especialmente las dedicadas a regular el régimen jurídico de concesiones y autorizaciones (tít. II), contratación (tít. IV), sanciones (tít. VI)... Esta sería la solución teórica adecuada y conforme con la declaración genérica del preámbulo y los artículos primero y sexto del Reglamento. Solución que aspiraría a una idea, unidad de régimen del sector y que vendría en parte rechazada y en parte confirmada por el vigente Reglamento General del Servicio público de Gases Combustibles, técnicamente mucho más perfecto, aunque no todo lo que hubiera sido de desear. El preámbulo de este Reglamento, aprobado por Decreto de 26 de octubre de 1973, afirma lo siguiente:

«El vigente Reglamento del Servicio público de suministro de gas, aprobado por Decreto de 27 de enero de 1956, por la época en que fue dictado, sólo contempla la industria del gas producido en fábricas mediante destilación de la hulla y para ser utilizado en su casi totalidad para usos domésticos.»

Esto equivaldría a excluir de la aplicación del anterior Reglamento todo suministro que no fuera de gas ciudad. Sin embargo, no es ésta la postura por nosotros hasta aquí mantenida, pues una cosa es que entonces sólo se produjera ese gas fundamentalmente y otra la inaplicabilidad del Reglamento a los suministros de gas butano, por ejemplo. La cuestión en la actualidad queda resuelta por este Reglamento al autocalificarse de «General» y, sobre todo, al incluir la siguiente referencia en su artículo tercero:

«De conformidad con lo dispuesto en el Decreto-ley de 12 de abril de 1924 y en la Ley de 24 de noviembre

de 1939, la calificación de servicio público, en lo que respecta al gas, afecta:

1. Al suministro de cualquier clase de gas combustible, efectuado mediante redes de distribución por tuberías, en una población, núcleo urbano o determinada extensión territorial, con cuantos elementos sean necesarios para producir o suministrar dichos gases.

2. A la conducción de cualquier clase de gases combustibles por tubería a alta o media presión, desde los centros de producción, tratamiento, regulación y almacenamiento, hasta los puntos de suministro y redes de distribución o a los consumidores.

3. A la distribución de gases combustibles en estado líquido por medio de envases o a granel para usos industriales y para usos comerciales y domésticos cuando estos dos últimos afectan a un solo local, vivienda o bloque de viviendas. En el caso de comprender más de un local, vivienda o bloque de viviendas, la distribución se incluye en el punto 1.º del presente artículo por requerir conducciones exteriores al local, vivienda o bloque de viviendas afectado.»

Es decir, se incluye dentro de la calificación de servicio público y, por lo tanto, se somete al Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles:

a) El suministro de cualquier clase de gas a través de tuberías a una población, núcleo urbano o determinada extensión territorial.

b) El transporte de cualquier clase de gases combustibles «... por tubería a alta o media presión...».

c) El suministro de gas en estado líquido, en envases o a granel, ya que, en este último caso, si se efectúa a un solo local, vivienda o bloque de viviendas, se incluye en este apartado y si requiere conducciones exteriores al local, cae de lleno en el ámbito del apartado 1.º

No hay duda, pues. Lo que en el caso del Reglamento de 1956 es una afirmación llena de lógica jurídica, en defecto de la voz de la misma norma, aquí es una clara y tajante declaración. Para los efectos que aquí nos interesan, se someten a concesión el suministro y el

EL SERVICIO PUBLICO DEL GAS

transporte de gas ciudad (aps. 1 y 2), incluyendo el gas natural y el de los gases licuados del petróleo, en envases (ap. 3) o a granel (ap. 1 ó 3, según lo que hemos señalado antes), aplicándose el Reglamento General.

Y, sin embargo, casi inmediatamente, el artículo 7.º va a excluir del régimen concesional el suministro y conducción de gas a que se refiere el apartado 3 del citado artículo 3.º, paralizando la aplicación de éste, sólo en lo que a este punto se refiere y en otros artículos se establece. Y aquí se plantea una duda. No haberlo hecho, tras la genérica declaración de aplicación a estos gases del Reglamento que lleva a cabo el artículo 3.º, ¿habría supuesto la infracción de la Ley de 17 de julio de 1947, modificada por el Decreto-ley de 5 de abril de 1957, que, en su artículo segundo, establece la competencia exclusiva del monopolio sobre la importación, manipulaciones industriales de todas clases, almacenaje, distribución y venta del petróleo y sus derivados en estado sólido, líquido o gaseoso?

En mi opinión, en ningún modo. De hecho, tras esta genérica declaración del artículo 2.º se esconde una situación bien distinta. Como se ha dicho en un reciente trabajo sobre monopolios fiscales:

«... la realidad, una vez más, no se conforma en absoluto con lo establecido en las normas positivas, sino que el monopolio se ha ido restringiendo más y más con el paso del tiempo. La situación en la actualidad es, en líneas muy generales, como sigue:

a) La importación, manipulaciones industriales y el almacenaje de los productos petrolíferos se realiza en nuestro país por un considerable número de empresas, bastantes de ellas con fuerte participación extranjera o provenientes del sector público, lo cual no deja de ser paradójico.

b) Otro tanto ocurre con la distribución y venta del petróleo y derivados en estado sólido.

c) La misma situación se produce por lo que se refiere a la distribución y venta de productos derivados del petróleo en estado gaseoso...

... De todo ello resulta que el ámbito material del monopolio... no llega más que hasta la fase de comercializa-

ción al por mayor de... el petróleo y derivados líquidos utilizados como combustibles..., pues la fase de reventa al por menor no está en absoluto monopolizada, sino, como pone de relieve claramente la legislación aplicable, sometida a un régimen de nombramiento por parte de un Patronato constituido al efecto o a un régimen de concesión mediante concurso o iniciativa privada» (41).

Una vez más, ¿dónde queda esa genérica declaración de titularidad exclusiva? Queda reducida a una mera legitimación de su real ejercicio por particulares, aunque parezca justamente lo contrario o, en este caso, como un simple residuo de una verdadera intención nacionalizadora que el Estado tuvo en tiempos y que ese mismo tiempo ha ido enfriando.

Tras ella un verdadero entretejido de concesiones, de actividad privada fuertemente intervenida, que hacen de dicha declaración, una vez más, un pío deseo.

No habría hecho falta entonces ese artículo 7.º, referido al apartado 3 del artículo 3.º, puesto que habría reconocido simplemente algo que ya existía: la posibilidad de conceder la importación, transporte y distribución del gas licuado a terceros. Pero si habría supuesto la transferencia, y esto es importante, de ese poder concesional desde «Butano, S. A.», o, mejor dicho, desde el órgano gestor del monopolio, CAMPSA, al Ministro de Industria. Esta es la verdadera razón, en nuestra opinión, de la restricción que establece el artículo 7.º Una vez decidida la gestión directa a través de una empresa pública de dicha actividad, el artículo 7.º trata de ser coherente con este planteamiento y cierra el paso a nuevas concesiones otorgadas por Industria. Lo cual no es obstáculo para que la distribución final del gas licuado a los usuarios esté también en manos privadas, operando por cuenta de «Butano, S. A.», a cambio de cantidades fijas por unidad de servicio; y tampoco lo es para que se mantenga la especial situación de «Camping Gas, S. A.».

La cadena de desapoderamiento del inicial monopolio parece que no tiene fin, y, por ello, el artículo 7.º del Reglamento debe entenderse más como el producto de fricciones interdepartamentales que el producto de una prohibición legal.

(41) TEJERIZO LÓPEZ: *Los monopolios fiscales*, pp. 157-158.

Adviértase la Orden del Ministerio de Hacienda de 11 de junio de 1957, por la que se autoriza la «... constitución de una sociedad que tendrá como objeto social la venta del gas butano...».

Todo ello significaría que esa exclusión del régimen concesional que lleva a cabo el artículo 7.º estaría estrictamente fundada en un deseo de no alterar el reparto de competencias, provocando lo que hemos llamado una «paralización» técnica de la aplicación del régimen concesional por razones de control público del sector. (Control que se afianza al adquirir el INI la participación de REPESA.) Lo cual nos lleva a sostener que, siguiendo la dirección de la política vigente en un determinado momento, no obstante no estar previsto en dicho artículo 7.º, el suministro (la importación, transporte y distribución) de gases licuados del petróleo también puede ser concedido a particulares; esta «privatización» de la actividad no requeriría ni siquiera la derogación de la Ley sobre el Monopolio de Petróleos de 1947, pues está precisamente pensando en la propia naturaleza «teórica» de sus normas al promulgarse; es consciente el legislador de que la iniciativa privada será la que gestione la actividad, independientemente de la declaración que en la misma se contiene. Una vez más aparecen como elemento clave los términos concretos del acto por el que se autorice la actividad para diferenciar un régimen concesional de uno simplemente autorizativo. Pero dejando claro que no dependerá de esa declaración formal, pues ya vimos que incluso calificado como servicio público el sector, no se impone el régimen concesional. Esa declaración formal nos servirá para sentar una presunción favorable a la existencia de concesión, pues será el rastro de una más decidida voluntad de intervención. Pero, en todo caso, habrá de estar a los términos del régimen en que el particular desarrolla su actividad.

También parece claro que el Reglamento de 1973 es aplicable en determinados aspectos a los gases licuados. Por un lado, la Orden de 11 de junio de 1957 establece en su artículo 4.º:

«La sociedad... tendrá que dar cumplimiento, asimismo, a las disposiciones de carácter general que le resulten aplicables...».

Es decir, entre ellas, el Reglamento de 1956, respecto de las normas generales aplicables. Se ha elegido el sistema de gestión por una empresa pública (aunque con participación privada en una primera

fase), bajo control público y, por lo tanto, hablar aquí de concesión es algo ficticio y engañoso. Precisamente se excluye la concesión porque no quiere abrirse el campo a la iniciativa privada.

La concesión en que se está pensando es la de distribución por tubería, donde queda más patente la idea de continuidad. Se está refiriendo, decididamente, y por efecto de la mayor trascendencia a primera vista de ésta, a las concesiones de suministro de gas ciudad o gas natural a través de una red fija de distribución.

Respecto del gas natural, la cuestión aparece, aparentemente, más fácil de resolver. MARTÍN MATEO, al hacer referencia a este tema, lo incluye, sin más, en un epígrafe conjunto con el gas ciudad, señalando que:

«La diferencia existente entre gas ciudad y gas natural estriba tan sólo en las características del producto, puesto que el suministro se efectúa en análogas condiciones...

... En cuanto al régimen jurídico de la distribución del gas se basa, como hemos anunciado, en su definición como servicio público, pero prestado por concesionarios privados... Este régimen, si bien podía cuadrar en otras épocas para el gas ciudad, está aquí en conflicto con la idea del Monopolio de petróleos, ya que se trata de utilizar un hidrocarburo, como es el gas natural o metano, calificado como producto petrolífero por la definición de Bruselas, que vincula a España sólo a efectos aduaneros. Por lo demás, las características de localización natural y de comercio que se dan en este gas son, en general, similares a las del petróleo» (42).

En estas líneas puede esconderse una idea metajurídica. Puesto que el gas natural (metano) se incluye en el Monopolio de Petróleos (lo cual a nosotros nos parece indiscutible), la concesión va en contra de dicho monopolio. Lo cual, cuando menos, es inexacto, puesto que el Monopolio coexiste formalmente con una situación real totalmente diferente, donde prácticamente casi todas las actividades «originariamente» estatales están en manos privadas, generalmente concedidas. En esto, respecto del gas natural, se ha seguido, obviamente, una tradición visible.

(42) MARTÍN MATEO: *Ordenación del sector público en España*, pp. 329-331.

Y, por otra parte, existe una importante diferencia. El artículo 7.º del Reglamento de 1973 no excluye de la concesión administrativa (por Orden ministerial) el suministro y conducción de gas natural, según se desprende del artículo 7.º en relación con el artículo 3.º, apartado 1.º La concesión de suministro de gas natural es idéntica a la de gas ciudad. No nos interesa sino destacar esto de momento, aplazando el tema de la «extracción» del gas natural del ámbito del Monopolio para más adelante.

Lo que se ha querido poner de manifiesto con todo lo dicho es la importante función que puede cumplir el Reglamento de 1973 de cara a conseguir una cierta unificación del sector y reprimir los actuales fallos de coordinación: con ello se evitaría la huida hacia normativas paralelas y superpuestas y un manejo indiscriminado de la competencia orgánica para descoyuntar la actuación en el sector, que sólo redundaría en perjuicio de la colectividad.

Como ejemplo de estas posibilidades del Reglamento podemos citar los apoyos que en él encontramos para la misma. Así, por ejemplo, la competencia de la Dirección General de la Energía para otorgar las autorizaciones de:

«... d) Las plantas de almacenamiento y envasado de los gases licuados del petróleo y los centros de almacenamiento y distribución de dichos gases envasados que, por su capacidad y de conformidad con la normativa vigente, corresponda ser autorizados por dicha Dirección General...

... También corresponde a la Dirección General de la Energía la aprobación de cuantas instrucciones o normas técnicas y de seguridad de carácter general se consideren necesarias para la ordenación y desarrollo en el sector (art. 8.º).»

En el mismo sentido, respecto de las Delegaciones Provinciales, se pronuncia el artículo 9.º Para no pecar de exhaustividad mencionaremos en último lugar los artículos 29 y ss. y, en concreto, el 31, que dice:

«En los medios empleados para el transporte de los gases combustibles licuados... se adoptarán las medidas de seguridad necesarias...»

También importantes los artículos 49 y 50 en este sentido, referentes al suministro de gas en forma licuada efectuado en botellas o envases o a granel.

Respecto al tema del gas natural, los datos ya examinados deben completarse con los últimos acontecimientos acaecidos. En esta línea es de gran importancia el Decreto de 23 de marzo de 1972, por el que se crea la Empresa Nacional del Gas. Su artículo 1.º encomienda al Instituto Nacional de Industria la creación de la «Empresa Nacional del Gas, S. A.», con el objeto social de realizar, por sí o por medio de empresas en cuyo capital participe, cualquier actividad industrial o comercial relacionada con el gas natural y el gas ciudad. El artículo 1.º de este Decreto continúa diciendo:

«... esta empresa sería el instrumento para la adquisición en el interior del país o en los mercados exteriores, así como para la importación, cuando estas operaciones sean realizadas por el Estado, de los gases a que se refiere el párrafo anterior.»

El artículo 3.º del Decreto fija los límites de la intervención estatal en la construcción y explotación de la Red Nacional de Gasoductos, que de verificarse por el Estado se hará a través de esta Empresa Nacional. Por otro lado, abre una brecha en el silencio que se mantenía en torno al tema del transporte del gas en el Reglamento de 1956. (El Reglamento de 1973 lo someterá expresamente a concesión administrativa, según el artículo 7.º, en relación con el artículo 3.º) El Decreto así lo establece también y en primer lugar:

«Por el Ministerio de Industria se determinarán el trazado y las características de una red nacional básica de gasoductos. Cuando el Estado decida acometer por sí mismo la construcción y explotación de gasoductos, lo hará por intermedio de la "Empresa Nacional del Gas, Sociedad Anónima". Las redes secundarias nacionales, provinciales o locales podrán ser construidas y explotadas por empresas privadas, previa concesión otorgada por el Ministerio de Industria.

Estas redes secundarias, así como la distribución y venta directa a los consumidores, se realizará por la Em-

presa Nacional en defecto de la iniciativa privada, salvo que el Gobierno estime la existencia de un interés nacional que aconseje que tales operaciones sean realizadas directamente por dicha Empresa.»

¿Cuál es el significado de este artículo? Por un lado, parece claro que también contempla la posibilidad de que el Estado conceda la construcción y explotación de la Red Nacional Básica (cosa que, de hecho, se ha producido).

Pero luego, con lamentable falta de técnica jurídica, se refiere sólo directamente a esta posibilidad de concesión respecto de las redes secundarias nacionales, provinciales y locales. Sin embargo, la conclusión correcta es la que estima abierto el campo a la iniciativa privada, vía concesión administrativa, tanto respecto de la Red Nacional Básica como de las redes secundarias nacionales, provinciales o locales. Lo cual viene confirmado en la actualidad por el vigente Reglamento de 1973 en sus artículos 3.º, 2, y 7.º Después de esto, la formulación que del principio de subsidiariedad hace el citado Decreto es sólo un apoyo formal, una aplicación más a un caso concreto de este principio, que nada significa.

Por otro lado, también resulta de gran interés la referencia al interés nacional como razón por la cual el Gobierno puede suspender la aplicación de la subsidiariedad e intervenir directamente. Sobre este principio y su deformada aplicación, ha sido numerosa la crítica de la doctrina (43).

Aquí podemos advertir una muestra de esa política zigzagueante que caracteriza a toda la intervención normativa del sector, esa política de *stop and go* que tan bien la define. ¿No es un retroceso en el desenvolvimiento del intervencionismo la fijación del límite de la subsidiariedad, proclamado ya, por otra parte, en las Leyes Fundamentales? (44). Sobre todo, teniendo en cuenta que nos movemos dentro de la parcela del llamado «servicio público». A este respecto, se ha escrito, y acertadamente, lo siguiente:

«El principio de subsidiariedad sabido es que quedó formulado inicialmente en relación con la actuación de

(43) MARTÍN-RETORTILLO: *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro*.

(44) Fuero del Trabajo, apartado XI.6. Ley de Principios del Movimiento Nacional, apartado X. Ley aprobatoria I Plan de Desarrollo, art. 4.º

la Administración económica, refiriéndolo de modo principal al sistema de producción. Es en tal sentido en el que indiscutiblemente lo recogieron nuestras Leyes Fundamentales. Ello, no obstante, es fácil observarse cómo desde fecha relativamente reciente y al amparo de los planteamientos tecnocráticos, fue intencionadamente extrapolado a campos tradicional e indiscutiblemente públicos y que venían considerándose dentro del concepto amplio de servicio público...» (45).

Comentarios sobran. La declaración del ya citado artículo 3.º del Decreto de 1972 supone el efecto de una bomba sobre la concepción del servicio de gas como servicio público. Aquí podríamos hablar ya de un carácter «reglado» de las concesiones, de una «privatización» del sector, etc. Pero sería caer en la propia trampa conceptual que se nos tiende. Tras esta declaración aparentemente liberalizadora se esconde la transitoriedad de las formas jurídicas y la miopía de las construcciones que aspiran a ser permanentes. ¿Qué es ese «interés nacional» del artículo 3.º? ¿Supone su existencia o su carencia un límite a la discrecionalidad de la Administración? El Reglamento, no obstante, seguirá configurando la actividad bajo un riguroso régimen concesional. La duda planteada ha de resolverse extendiendo la posibilidad de concesión a la Red Nacional tanto como a las redes secundarias y sin que la declaración de subsidiariedad, excepcionada por el «interés nacional», atente contra el carácter de la concesión y en el Reglamento de 1973. Esto parece claro. Esa posibilidad de concesión nunca dejó de existir, por otra parte, si tenemos en cuenta lo dicho anteriormente.

Lo que sí podría deducirse del artículo 3.º del Decreto de 1972 es que ese «interés nacional» existe siempre respecto de la Red Nacional Básica de gasoductos, aunque ese artículo no se atreva a establecer expresamente la nacionalización (46), cosa que, por otra parte, y como ya hemos visto en relación con el Monopolio de Petróleos, bien poco significaría.

La adquisición por ENAGAS de la planta de regasificación y frac-

(45) MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, p. 128. También cfr. el prólogo a *Administración portuaria*, de Luis COSCULLUELA.

(46) En relación con esto último, puede calificarse de verdad «de perogrullo» lo que señala MARTÍN MATEO, en *Ordenación...*, *cit.*, p. 332.

cionamiento de gas natural de Barcelona nos orienta en el sentido de la detección de una mayor pujanza en los ánimos de intervención directa del Estado en el sector; por otro lado, «Gas Natural, S. A.», ha arrendado sus instalaciones de suministro a Catalana, que goza de concesión para dicho suministro y que recibe el gas de ENAGAS, mediante precio.

Hasta aquí hemos efectuado un tratamiento macrojurídico del tema, estudiando en sus líneas generales el régimen jurídico del acceso a la industria y también la distribución de la gestión entre particulares y empresas públicas.

Una vez delimitado el marco de juego, si se nos permite llamarlo así, y, sobre todo, vislumbrado el terreno común a los distintos tipos de suministros (gas natural, gas ciudad y gases licuados), tratando de eliminar contradicciones y repeticiones superfluas, nos corresponde abordar el aspecto microjurídico de la regulación. Para ello, establezcamos un plan esquemático.

Previamente sería oportuno rellenar una laguna que, respecto de la evolución histórica, quedó en la primera parte de este trabajo, donde si bien disposiciones posteriores fueron mencionadas para el mejor encuadre de las anteriores, fue el Real Decreto de 1924, el punto límite del estudio. Procede, por tanto, exponer el proceso normativo alrededor del tema desde aquella fecha. Acto seguido, correspondería estudiar, dentro de un planteamiento que busca simultáneamente el aislamiento de los principales tópicos y la racionalidad y la economía en la exposición, lejos de fárrago alguno, el tema de la concesión de suministro de gas, en un intento de aproximación general a un régimen o teoría general de la concesión del servicio de gas, intercambiable y extensible a cualquier tipo de suministro, estudiando los problemas que plantea este intento, respecto de los suministros con régimen jurídico «sedicente», como el de los gases licuados del petróleo.

Tras esto nos ocuparíamos de la otra relación existente en el entramado del sector: la relación jurídica entre concesionario y usuario, estudiando los términos de la prestación, su articulación en un contrato, régimen de tarifas y precios, fraudes, etc.

Una tercera parte estaría dedicada al estudio del régimen sancionador, respecto de las personas que intervienen en el suministro y su alcance general.

Esta sería básicamente la triple perspectiva desde la que abordar el tema. (Relación entre Administración concedente y concesionario; relación entre concesionario y usuario; régimen sancionador.)

B) *La intervención normativa del sector desde 1956*

Reduciremos nuestro estudio a las principales normas que, desde 1924 hasta nuestros días han influido en la configuración actual de la regulación del sector. Y aquí, como principales normas, debemos mencionar las siguientes:

Ley de 24 de noviembre de 1939 sobre ordenación y defensa de la industria; Decreto de 27 de enero de 1956 por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Público de Suministro de Gas; Orden ministerial de 11 de junio de 1957 constituyendo una sociedad para la venta del gas butano; Decreto de 9 de abril de 1964 sobre requisitos para cesar en el suministro de gas ciudad (tras la Sentencia de 8 de marzo de 1963, sobre sustitución de suministros de gas por los de energía eléctrica); Decreto 1775/1967, de 22 de julio, sobre «régimen de instalación, ampliación y traslado de industria»; Orden ministerial de 14 de mayo de 1968 sobre tramitación de las solicitudes relativas a la modernización de las industrias del gas; Decreto de 23 de marzo de 1972 sobre creación de la Empresa Nacional del Gas; Decreto de 30 de noviembre de 1972 por el que se modifica el Reglamento del Servicio Público de Suministro de Gas, de 27 de enero de 1956; Decreto de 26 de octubre de 1973 aprobando el Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles. También cabe hacer mención de las referencias a una mejora de la infraestructura y servicios urbanos y a una coordinación de la política energética que se contienen en los artículos 62, apartado 1, a), del texto refundido de la Ley del II Plan de Desarrollo Económico y Social, así como en los artículos 2, c), y 62, 1), del texto refundido del III Plan.

Con carácter marcadamente técnico se ha dictado también el Decreto de 7 de marzo de 1974, por el que se aprueba el Reglamento de Aparatos que Utilizan Combustibles Gaseosos, así como la Orden ministerial de 29 de marzo de 1974, sobre normas básicas de instalaciones de gas en edificios habitados.

La Ley de 24 de noviembre de 1939 sobre ordenación y defensa de la industria nacional es un excelente ejemplo de la variabilidad y

oportunidad de los conceptos jurídicos. Así, el artículo 4.º, apartado 3, establece:

«... b) El Ministerio de Industria y Comercio otorgará las concesiones necesarias para las instalaciones industriales definidas en el artículo 2.º de esta Ley...»

¿Nos encontramos ante una consciente extensión del sector público, derivada de la sujeción a concesión administrativa de toda la producción industrial?

Sin embargo, esto quiere decir, como siempre ocurre desde los atisbos de la era liberal en España, precisamente lo contrario de lo que parece. Lo que ocurre es que, o bien se emplea impunemente el término concesión, queriendo decir con ello autorización, o bien lo único que se quiere es intervenir en mayor grado la industria para obviar una quimérica intervención estatal. Esto parece venir confirmado por el texto del mismo artículo 4.º, en sus apartados n) y o):

«... n) Cuando falte la iniciativa privada, para el mejor aprovechamiento de las materias primas nacionales y de las fuentes de energía, o se estime conveniente el establecimiento o coordinación de instalaciones industriales en forma que su realización pueda incrementar la producción nacional o la mejore, los servicios técnicos del Ministerio de Industria o Comercio, ..., efectuarán el estudio pertinente. El Estado podrá ejecutar el proyecto o adjudicar su realización, previo concurso, anunciado con la antelación suficiente, al mejor postor en relación con las condiciones que se fijen para el mismo.

o) En casos excepcionales, cuando lo exija el interés supremo de la defensa o economía nacionales, el Estado por Decreto aprobado en Consejo de Ministros podrá incautarse de las empresas industriales, procediendo al nombramiento de un Consejo de Incautación, en la forma que previene la Ley de 1 de septiembre último.»

Nada más claro. Ni en el punto más crítico de la economía de guerra es preterida la iniciativa privada. Y sólo en casos excepcionales se llegará a la nacionalización. Persiste el recurso al sistema concesional

respecto de sectores tradicionales («servicios públicos») o de importancia ocasional.

Respecto de la «concesión industrial» del artículo 4.º, apartado *b)*, de la lectura de los apartados siguientes y del contexto general de la Ley, se deduce que se está refiriendo a simples autorizaciones, más aún si tenemos en cuenta el artículo 4.º, apartado *h)*:

«... *h)* La prestación de servicios públicos, a base de instalaciones industriales establecidas o por establecer, necesita expresa concesión administrativa para ello, en la que se fijarán las condiciones técnicas, modalidades, garantías del servicio, tarifas y sanciones aplicables.»

Aquí sí que nos encontramos ante una verdadera concesión, ante el régimen jurídico típico de la misma («... condiciones técnicas, modalidades, garantías del servicio, tarifas y sanciones aplicables...»), todo el deseo de control de la actividad por la Administración, aunque sin llegar a la gestión directa. Y sólo se expresa respecto de «... la prestación de servicios públicos, a base de instalaciones industriales establecidas o por establecer...», es decir, respecto de la actividad de prestación, no de producción. No ha cambiado, pues, la actitud de la Ley, y ello queda más claro al observar que se refiere a «... la prestación... por empresas ya establecidas...», es decir, ya autorizadas pero que deseen ampliar el campo de suministro, o «... por establecer...», en cuyo caso se superpone la autorización de instalación (apartado *b)* del artículo 4.º], a la concesión de suministro (actividades perfectamente diferenciadas) (47). Lo que ocurre es que la concesión se impone sobre la autorización de instalación, como luego veremos, y debido a la imprescindible unidad del proceso de suministro, sobre todo en el caso de fluidos distribuidos por tuberías.

Y así el Reglamento de 1956 establece lo siguiente:

«El establecimiento de nuevas industrias y las ampliaciones en las ya existentes, ..., relacionadas con la prestación del servicio público de suministro de gas, precisará de expresa concesión otorgada por el Ministerio de Industria, conforme a lo establecido en el apartado *h)*»

(47) MANZANEDO, HERNANDO y GÓMEZ-REINO: *Curso de Derecho Administrativo Económico*, p. 281.

EL SERVICIO PUBLICO DEL GAS

del artículo 4.º de la Ley sobre Ordenación y Defensa de la Industria, de 24 de noviembre de 1939...»

Esta unidad de producción-suministro es la que hace equivocarse al legislador, el cual somete a concesión algo que no somete la propia Ley de Ordenación y Defensa. Lo que esta Ley sujeta a concesión es «... la prestación de servicios públicos...» con mucho mejor técnica jurídica. El establecimiento de nueva industria sólo está sujeto a autorización que puede coincidir con la concesión de suministro, como se deduce del sorprendente final del artículo 6.º del Reglamento, que habla ya de:

«... autorización de las instalaciones que hayan de establecerse para la ejecución de las concesiones otorgadas...»

Y termina diciendo:

«Las solicitudes de concesión y de autorización de las instalaciones podrán instarse simultáneamente o por separado, de acuerdo con las circunstancias concurrentes en cada caso particular.»

Esta distinción entre lo que es objeto de concesión (el suministro dentro de una zona determinada y bajo unas condiciones determinadas) y lo que lo es de autorización (la instalación o ampliación de industria) aparece clara en la Ley de 1939 y no tan clara en el Reglamento de 1956. Uno de los elementos que más contribuye a crear confusión es el de la reversión que afecta, según el Reglamento de 1956, «...a las instalaciones de la industria...», es decir, a toda la instalación, puesto que sólo así se logra mantener la unidad y coordinación indispensables para asegurar la regularidad del suministro. Resultaría ridícula la reversión únicamente de las tuberías y no de la fábrica o centro de producción (por otro lado, habrá que estar a la enumeración que de los elementos de la industria se realice en la concesión).

La principal característica del Reglamento del Servicio Público de Suministro de Gas, aprobado por Decreto de 27 de enero de 1956, es su imperfección técnica. Rompe con la aplicación anterior que se hacía de la legislación eléctrica al caso del gas (Ordenes de febrero y junio de 1935) y, si hacemos caso del preámbulo, ésta ha sido la principal

razón de la aparición del Reglamento: dotar de autonomía normativa al sector.

Punto importantísimo es la definitiva transferencia a la Administración central de la competencia sobre el suministro, atribuyendo al Ministerio de Industria «... la reglamentación e intervención en los suministros de gas...». Sobre este tema, quizá el más tratado por la doctrina, sólo dar fe de su existencia, por lo que partiremos de la atribución que realiza a la Administración central como hecho consumado. La reserva del artículo 101 de la LRL, así como otros temas estrictamente competenciales, han sido tratados detalladamente (48).

Al respecto de lo que ya mencionábamos en páginas anteriores, es de gran importancia el párrafo final del artículo 2.º:

«Las Delegaciones Provinciales de Industria exigirán el cumplimiento de este Reglamento, tanto a los consumidores como a las entidades que realicen dicho suministro, ya sean éstas de carácter individual o se trate de empresas particulares o Corporaciones de carácter oficial o público, de cualquier clase que fueran.»

Esta declaración de generalidad en la aplicación, obvia por otra parte, supone, huyendo del escapismo del régimen concesional, la extensión de los preceptos que le sean aplicables al discutido tema de los gases llamados del petróleo, butano y propano, y sobre todo en aquella fecha al primero de ellos, aunque lo suministrara CAMPSA entonces y «Butano, S. A.», a partir del año siguiente, es decir, aún sometidos a gestión directa por verdadera nacionalización del sector a través del control accionarial. Misma aplicación que ha de hacerse a los concesionarios de la última distribución o transporte (e instalación), como ocurrirá cuando «Butano, S. A.», sólo realice el almacenamiento y envasado, dejando el transporte y distribución a particulares o cuando sean empresas particulares bajo concesión las que abastezcan, también en el último tramo del proceso. (Resulta curioso observar cómo en todo momento actúa el mecanismo de la paralización de la actuación pública y de desapoderamiento de las iniciales actividades públicas que caen en manos de la iniciativa privada inexorablemente, síntoma evidente de la debilidad material y psicológica del Estado.)

(48) GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, pp. 43 y ss.

El estudio en concreto del Reglamento de 1956 sería, en mi opinión, trabajo premioso y poco provechoso. Sólo cuando examinemos en concreto el régimen vigente nos referiremos a él como instrumento de comparación. Nos interesa, sin embargo, destacar algún aspecto importante del mismo.

El artículo 6.º del Reglamento vigente distingue por primera vez los distintos tipos de actos administrativos existentes. Por un lado están «...las autorizaciones de competencia municipal para la realización de obras precisas en calles y subsuelo de la ciudad afectados por el servicio». Ya sabemos que, desde la Ley de Obras Públicas de 1877, la ocupación con carácter privativo de bienes de dominio público, realizada por particulares, está sujeta a concesión, cuestión confirmada por el vigente Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955, en su artículo 62.1; cuando menos, aquí el Reglamento debiera haberse expresado con una técnica jurídica consagrada por las Leyes.

El párrafo tercero del artículo 6.º contradice la incorrecta formulación que el mismo artículo emplea con anterioridad, sometiendo a autorización las «...instalaciones que hayan de establecerse para la ejecución de las concesiones otorgadas», es decir, propiamente el establecimiento de nuevas industrias y las ampliaciones en las ya existentes. Todas las instalaciones, desde la fábrica a la red de suministro, están sujetas a particular autorización, que podrá instarse simultáneamente o por separado con la concesión, «... de acuerdo con las circunstancias concurrentes en cada caso particular». Insistimos en la idea acerca de que el objeto de la concesión no es una particular instalación, sino el suministro de gas en una extensión determinada y bajo unas condiciones determinadas.

Donde aparece el perfil distintivo de la concesión, la dureza de sus condiciones, es en los artículos 7.º y siguientes.

El artículo 7.º establece el plazo máximo de setenta y cinco años para las concesiones, «...a no ser que la índole de la industria reclamase un plazo mayor, lo cual deberá ser siempre objeto de una Ley». No obstante, ¿jugaba respecto de esta ampliación a más de setenta y cinco años el límite de los noventa y nueve años establecido en el artículo 55 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877? (en ese sentido se pronuncia el Consejo de Estado) (49).

(49) VILLAR PALASÍ: *Lecciones sobre contratación administrativa*, p. 245.

El propio artículo 7.º fija de forma taxativa la obligatoria reversión por expiración del término (una de las formas de caducidad) de las instalaciones de la industria, que «...pasarán a ser propiedad del Estado». El Reglamento, en nuestra opinión, no deja ninguna puerta abierta a la inexistencia de reversión en las concesiones, en lo que afecta a las concesiones de suministro de gas y a pesar de la «accidentalidad» de la reversión en la concesión mantenida en la doctrina y en la jurisprudencia (50). El Reglamento, al respecto, es tajante. No hay concesión de suministro de gas sin la oportuna reversión.

Junto a éste, se establecen los restantes términos de la concesión: fianza, fecha de comienzo y terminación, cláusula «sin perjuicio de tercero», régimen tarifario, sujeción a la previa autorización para ceder las obras de la concesión, vigilancia por parte de la Administración, causas de caducidad distintas de la expiración del término y efectos de la misma, etc.

Resulta notable la «reversión anticipada» del artículo 14, al establecer:

«Si no se adjudicase la concesión en ninguna de las subastas, se incautará el Estado de todas las obras e instalaciones ejecutadas, de las cuales hará el uso que tenga por conveniente, sin que el concesionario, cuyos derechos se consideren caducados, pueda reclamar.»

Mención destacada debe hacerse del «poder de instrucción» que corresponde a las empresas distribuidoras, sometido a la aprobación por la Delegación de Industria. Un último aspecto, en relación con el Reglamento de 1956, nos queda por señalar y es la reticencia del Reglamento a extender el régimen concesional a las empresas que gozaban de simple autorización o de concesión en otros términos a la prevista en el Reglamento. La disposición adicional primera se limita a establecer la obligación a cargo de las industrias de abastecimiento de gas ya existentes, de presentar ante la Delegación de Industria una serie de datos y, acto seguido, «...comprobados dichos extremos, la Delegación de Industria legalizará la situación y registrará la industria, devolviendo sellado el duplicado de los datos y documentos» ¿Qué significa la expresión «legalizará la situación»? El artículo 6.º sólo

(50) *Idem*, p. 246.

somete a concesión el establecimiento de nuevas industrias y las ampliaciones en las ya existentes, lo cual, como ya hemos visto, debe ser interpretado como «nuevas concesiones de suministro», incluyendo las que sean de simple extensión del área de suministro. Luego, las antiguas situaciones jurídicas (concesiones o autorizaciones), no son modificadas y esa legalización se referirá a algo distinto de la conversión de la que hablábamos en páginas anteriores. La prueba de ello, como también señalamos antes, la tenemos en el Decreto de 9 de abril de 1964, que, además de reconocer la existencia de autorizaciones junto a concesiones, tampoco ordena la citada conversión. La Orden de 11 de junio de 1957, constituyendo una sociedad para la venta del gas butano (que luego extenderá su actividad a otros gases licuados del petróleo), es el instrumento de creación de una auténtica empresa pública, aunque en una primera etapa también participara el capital privado en alguna proporción. Empresa pública a través de la cual el Estado gestionará directamente el suministro de estos gases, en principio.

Es curioso señalar cómo el artículo 3.º de la citada Orden obliga a la sociedad a importar la mercancía a través de CAMPSA, no autorizándosele a realizarla por su cuenta, «...debiendo venir las mercancías consignadas a nombre de esta última...». Si tenemos en cuenta que la importación de productos petrolíferos en general es realizada por particulares en bastantes casos, concretamente por las refinerías, esta disposición nos revela la existencia de un ánimo de intervención en el sector mayor que el captado en otros aspectos del mismo y, sobre todo, la existencia de una auténtica empresa pública, controlada por CAMPSA (51).

Otra cosa es la duda planteada acerca de la inclusión del gas natural en el ámbito del Monopolio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley de 17 de julio de 1947, modificado por el Decreto-ley de 5 de abril de 1957, aunque si lo estuviera, tampoco existiría ningún obstáculo para ceder su importación, manipulación, etc., a particulares, sin que esa inclusión en el Monopolio prejuzgase tampoco la naturaleza del acto por el que se autoriza a la empresa a aquello. Si el gas natural no se incluyera en el Monopolio, el problema dejaría de existir (52).

(51) TEJERIZO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 157.

(52) TAMAMES, *op. cit.*, p. 93.

De hecho, la distribución final del butano y la instalación y distribución del propano, como ya hemos señalado, están en manos de los particulares. Las razones para atacar esa privatización serían de tipo político, aun en el caso de que el gas natural estuviera incluido en el Monopolio, pero en ningún caso jurídico. (De dicha naturaleza fueron las que movieron a la dimisión a los presidentes de «Butano» y REPESA).

Por último, esta Orden reafirma la exclusiva de «Butano» al establecer:

«Las demás refinerías españolas que produzcan gas butano deberán ceder a la Sociedad encargada de la distribución y venta la parte de su producción que destinen al territorio nacional sometido a la jurisdicción del Monopolio...».

Posteriormente, en el mismo artículo, se establece la misma obligación a cargo de REPESA. Los excedentes de butano, propano y otros gases licuados, obtenidos en unas instalaciones de gas natural, también caerían dentro de este monopolio y debieran ser cedidos a «Butano» (53). Parece que, lógicamente, a pesar de ser el butano y el propano subproductos del gas natural, esta cesión sería algo obligada a partir del momento en que los productos tuvieran sustantividad propia. Así se ha entendido por la Administración. La Resolución de la Dirección General de la Energía, por la que se autoriza a la entidad «Catalana de Gas y Electricidad, S. A.», al establecimiento de las instalaciones necesarias para obtener por regasificación y fraccionamiento del gas natural licuado los productos butano, propano y naftas, en su condición séptima establece:

«Los subproductos butano y propano que se obtengan como consecuencia del proceso industrial en las instalaciones que se autorizan y que se destinen a la venta dentro del territorio nacional sometido a la jurisdicción del Monopolio de Petróleos serán cedidos a «Butano, Sociedad Anónima», previo el oportuno convenio entre ambas empresas sobre las condiciones de la cesión.»

(53) *Idem*, pp. 93 a 95.

Se mantiene, pues, la validez y vigencia del artículo 6.º de la Orden de 1957, respecto de las fábricas y no sólo de las refinerías donde se obtenga gas butano o propano.

A propósito de esta Resolución resulta curioso señalar la perfecta diferenciación entre la Orden ministerial de la misma fecha por la que se concede a «Catalana» el suministro y transporte de gas natural y la citada Resolución de autorización de instalaciones. Pero es que por otra parte en la primera Orden se acumulan una concesión y una autorización, donde podría haberse englobado la autorización especial para las instalaciones de obtención de los subproductos citados. Lo cual no deja de ser una interpretación algo irregular del Reglamento de 1956, con base en la especialización que introduce en el sector la existencia de varios gases a suministrar y, sobre todo, la intervención directa del Estado en lo que respecta a los gases licuados.

Por otro lado, en el caso de «Catalana», ¿era necesaria una nueva concesión de suministro, coincidente con la que ya disfrutaba? Según el vigente Reglamento de 1973, no. Este somete a simple autorización, en tanto no altere los términos de la concesión, al cambio del gas suministrado. La cuestión no es teórica si se piensa en las consecuencias. El otorgamiento de una nueva concesión supone un nuevo punto de partida, un nuevo plazo, si nada se dijera al respecto, lo cual beneficiaría a la empresa concesionaria. Por ello y contra ello reacciona el Reglamento de 1973, «deslizándose» a favor de la autorización.

Por otra parte, ¿qué incidencia puede tener esto en el régimen de reversión de los bienes al término de la concesión? (El silencio del Reglamento de 1973 sobre el tema de la reversión va a ser total, a excepción de la referencia que en él se hace del artículo 75 de la LCE, silencio que contrasta con la explícita declaración del Reglamento de 1956.)

Afecta la reversión también, bajo el marco del Reglamento de 1956, en nuestra opinión y respecto de este caso concreto, a todas las instalaciones de la industria, según se deduce de la condición cuarta de la concesión otorgada en la Orden de 10 de mayo de 1966 y del artículo 7.º del Reglamento de 1956. El silencio del Reglamento de 1973, remitiéndose a la Ley de Contratos y a la referencia a los términos del contrato que en el artículo 78 de la misma se contiene, no nos permite hoy día mantener una opinión tan tajante al respecto.

Lo que se concede, pues, volviendo al tema del gas natural, es el suministro del mismo, convertido en gas de emisión, pero no el de gas butano o propano obtenido en la instalación como subproducto.

Otro problema distinto es si el gas natural está incluido o no dentro del Monopolio, en cuyo caso la cuestión adoptaría un perfil diferente. Se ha actuado, no obstante, en clara línea «privatizadora», dando por supuesta la exclusión del gas natural del ámbito del Monopolio y así lo confirmará más tarde el Reglamento de 1973.

La existencia del Decreto de 9 de abril de 1964 sólo se explica teniendo en cuenta la preexistencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1963, que a nosotros nos resulta particularmente interesante, en cuanto aborda el tema de la intervención administrativa en la industria desde una perspectiva histórica.

Dicha Sentencia plantea la cuestión de la cesación en el suministro de gas y su sustitución por el de energía eléctrica. FSA, sucesor de una sociedad de Electricidad (a la vez sucesora de la «Fábrica de Gas y Electricidad de La Coruña»), se ha subrogado en la petición efectuada por aquélla, con fecha 25 de marzo de 1955, relativa a la sustitución del suministro de gas a los abonados por el de energía eléctrica. La resolución de la Dirección General de Industria de 24 de septiembre de 1959 accede a la solicitud de sustitución, tras haber constatado «... que la fábrica de gas se encuentra enclavada dentro del casco urbano de la ciudad de La Coruña..., con el consiguiente peligro para el vecindario; que las instalaciones de la fábrica se encuentran en un avanzado estado de vida que no permiten mantener su normal utilización...». Contra esta resolución interpone don José María R. B., titular de un contrato de suministro de gas para usos distintos del alumbrado, recurso de alzada, y, una vez desestimado, por Orden del Ministro de Industria de 11 de abril de 1961, el oportuno recurso contencioso-administrativo en súplica de que se declare no ser conforme a Derecho la resolución recurrida y que se reconozca la situación jurídica individualizada del recurrente como usuario del servicio público de gas, adoptándose las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.

En definitiva, se opone a la cesación del suministro y su sustitución por el de energía eléctrica. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso, declara la invalidez en Derecho de las actuaciones administrativas originadas por la petición instada por FSA..., y desesti-

ma la restante pretensión del recurso relativa al restablecimiento de la situación individualizada del actor como usuario del anterior suministro de gas.

Tras negar que el simple «... hecho de abonar un recibo o factura de suministro eléctrico posterior a las Ordenes combatidas...» suponga algo más que «... la conformidad con la exactitud de la medición de energía consignada en aquél...» y no «... la validez legal del acuerdo de cambio de suministros de gas por los de electricidad...» (negando, por lo tanto, la existencia de acto consentido), la Sentencia analiza el importante tema de la disyuntiva autorización-concesión.

Como fundamentación de la afirmación que va a realizar en el tercer Considerando, en el segundo extiende la aplicación del Reglamento de 1956 a la petición de cesación en el suministro de gas, aunque estuviera formulada con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del citado texto legal, pues esta anterioridad «... nunca pudo constituir motivo para adquirir derechos a la subsistencia del régimen legal derogado». Por otro lado, del texto del Considerando se puede deducir un cambio de criterio respecto de la actuación del Ministerio de Industria, en la postura del representante del Estado en el juicio.

En el siguiente Considerando, el de mayor importancia para nosotros, la Sentencia expresa una concepción «realista» de la intervención en el sector económico, como vemos en su tenor literal:

«CDO.: Que ello sentado, también desde el Real Decreto de 7 de octubre de 1904 y señaladamente desde el Real Decreto de 12 de abril de 1924, la policía industrial en materia de suministro de agua, gas y electricidad, declarados constitutivos de servicios públicos por la segunda de dichas disposiciones, se rigió por normas especiales que acentuaban declaración (?), puesto que el hecho de que la Administración española, respetuosa con la actividad industrial privada, lo permita en ese campo no supone que no haya mantenido interrumpidamente (?) la primacía de los intereses públicos afectados sobre la privada en concurrencia, inspirándose concretamente en los propósitos de garantizar la continuidad y regularidad de los suministros a cualquier usuario cumplidor de los deberes que por tal calidad le correspondan, y de impedir

toda alteración unilateral de las normas y condiciones fijadas, incluyendo naturalmente la decisiva de interrumpir el servicio, cambiándolo por otro más conveniente para la particular utilidad de las empresas afectadas.»

Independientemente de la lamentable redacción del citado Considerando, esta Sentencia parece que quiere «olvidar» formalismos, titularidades, etc., esquivando la idea de un dominio reservado (aunque formalmente también habla de servicio público) (54), poniendo el acento en el «...respeto de la actividad industrial privada...» por parte del Estado, que no supone que «... no haya mantenido interrumpidamente la primacía de los intereses públicos afectados sobre la privada en concurrencia...», cumpliendo a través de la sujeción a un enérgico régimen concesional, al que se llega por sucesiva administrativización del primitivo contrato privado de suministro que establecían los ayuntamientos con los particulares a través de los principios de continuidad y regularidad entre otros e impidiendo la alteración unilateral de las normas y condiciones fijadas.

El siguiente Considerando aborda el tema de la transición operada de la autorización a la concesión. Tras establecer la presunción lógica de la inexistencia inicial de concesión (declarando no aplicable la Ley de Obras Públicas de 1877), establece el citado Considerando la conversión de la primitiva autorización intervenida y condicionada en «... una situación equivalente...» a una concesión formal, por efecto del Reglamento de 1956. Esta concesión, al carecer de fecha límite de vigencia, y de no adoptar por analogía el plazo máximo de noventa y nueve años, debió mantenerse indefinidamente. ¿Cómo se explica esta contradicción?

De un lado, la Sentencia defiende la transformación, por efecto del Reglamento de 1956, de la primitiva autorización en concesión; pero, si se ha producido este efecto, ¿cómo puede mantenerse que la concesión lo será por tiempo indefinido? ¿Y el límite de setenta y cinco años del artículo 7.º del propio Reglamento?

Pero lo que más ponemos en duda es esa supuesta transformación, que no estaba ni en el espíritu ni en la letra del citado Reglamento, como no lo estuvo tampoco en el del Real Decreto de 1924, según lo ya visto.

(54) VILLAR PALASÍ: *La intervención administrativa en la industria.*

Una vez supuesta esta transformación, la Sentencia declara aplicables los preceptos sobre caducidad del artículo 14 del Reglamento. Por varios lados se ha obviado la aplicación de estos preceptos en el procedimiento impugnado.

Por un lado, «... el natural desgaste de las instalaciones y elementos de producción...» no justifica el cese de las actividades a conveniencia de la compañía, sino «... la adopción de las medidas de entretenimiento precisas, para no incurrir en la caducidad imputable a la empresa...» por las causas del artículo 12 del Reglamento («... si no se atendiese convenientemente a la conservación de las instalaciones durante su explotación...»), cosa que no se hizo; por otro, «... admitiendo la hipótesis de que por motivos de fuerza mayor o interés público la Administración estimará que el suministro debía cesar—exonerando a la compañía del deber que le impone el artículo 48 del Reglamento que se vienen citando—le era forzoso proceder conforme al precitado artículo 14, que no se observó en el caso de autos, lo que arroja una primera y grave tacha legal sobre las resoluciones impugnadas...».

Es decir, se propugna en la Sentencia la íntegra aplicación de las causas de caducidad, si procede, y, de no ser éste el caso, por encontrar la Administración razones justificadas para decretar el cese del suministro, se señala que tampoco se ha seguido el procedimiento del artículo 14 (subasta, etc.).

El resto de la sentencia no nos resulta especialmente interesante, en lo que hace referencia a la violación del principio de economía procesal o a «... la esfera privativa de acción de los organismos administrativos...».

La Sentencia, en nuestra opinión, acierta al señalar la no aplicabilidad directa de la LOP de 1877; por otra parte, sienta la presunción de inexistencia de concesiones de suministro de gas. Sin embargo, aquí cae en una trampa siempre dispuesta. El peligro de tratar de interpretar situaciones del siglo pasado con las categorías que manejamos actualmente es manifiesto. Aunque ya en el capítulo primero hicimos referencia a esa pluralidad de regímenes a los que se sometía la actividad privada en el suministro de gas, autorizaciones, permisos, contratos de suministro privados «en marcha» hacia su creciente administrativización, etc.; queda bien claro que, por ejemplo,

el término concesión (concesión resolutive-concesión contractual) no era empleado entonces con el sentido homogéneo actual, sino en un sentido cambiante y equívoco.

Por otra parte, esto se evidencia si tenemos en cuenta que la discusión sobre si las concesiones de alumbrado público se podían extender al privado no se resolvió a la luz de las Leyes municipales. (Dictamen de la Sección de Gobernación del Consejo de Estado, aprobado por Real Orden del Ministerio de la Gobernación de 11 de junio de 1879.)

La única nota común a estos «contratos privados de la Administración», que empezaban ya a enriquecer su contenido con cláusulas en parte exorbitantes, típicamente emanadas de las potestades del Estado, era la sujeción a la jurisdicción contencioso-administrativa.

De esta pluralidad de regímenes es difícil extraer semejanzas con figuras vigentes en la actualidad, sin peligro de resbalar estrepitosamente. Lo que existía entonces era exactamente esa proliferación de distintas formas jurídicas que abrían el paso y legitimaban la actuación de la empresa privada en el suministro de gas. Paulatinamente los instrumentos de que dispone el Estado para intervenir esa actividad, en razón a determinadas exigencias del buen funcionamiento social, irían incrementándose y, simultáneamente, homogeneizándose; así el Reglamento de 1956, al atribuir la competencia a la Administración central, impone un régimen uniforme de concesión, manteniendo, sin embargo, las autorizaciones o contratos (de la naturaleza y con las condiciones que tuvieren), anteriores a su entrada en vigor. Sin embargo, lo más sorprendente es que esta irregular situación en las antípodas de la uniformidad de la intervención administrativa en el sector, se perpetuará en el Decreto de 9 de abril de 1964, dictado precisamente a raíz de la Sentencia estudiada. La causa de que la Administración se preocupe de dictar un Decreto en el que aclare este punto es la posible oscuridad que sobre él había arrojado la Sentencia de 1963 y la posible alarma que ésta suscitara en las empresas bajo régimen distinto al del Reglamento.

La concepción de la Sentencia acerca de la necesaria conversión en concesiones de las demás situaciones jurídicas anteriores llevaba consigo la aplicación del durísimo procedimiento del artículo 14 del Reglamento de 1956 y esto es precisamente lo que se trata de evitar. Como se señala en el preámbulo el Decreto:

«... Así como en estos casos se preveían las circunstancias que darían lugar a la caducidad de la concesión y las causas que podrían motivar el cierre de la industria, no se regularon los requisitos a cumplir por las empresas que hoy vienen realizando dicho servicio, sin estar sujetas a concesiones administrativas otorgadas por el Estado, en los supuestos de cese voluntario o forzoso de sus actividades como suministradoras de gas.»

Y como consecuencia, ello ha llevado consigo que:

«... hayan surgido dudas interpretativas sobre este extremo, siendo conveniente complementar los preceptos del citado Reglamento con una disposición que contemple este segundo supuesto».

Luego este Decreto da marcha atrás, sobre la Sentencia, y mantiene la existencia de las autorizaciones junto a las concesiones anteriores y las que establece para los nuevos suministros el Reglamento de 1956 (55). Por lo tanto, declara, como consecuencia lógica, la inaplicación de los preceptos del Reglamento relativos a cese voluntario o forzoso en el servicio (arts. 14 y ss. del Reglamento), sometiendo estos casos a sus propias normas especiales, mucho más favorables para las empresas. (No hay subasta, no hay incautación final; así lo establece el artículo 4.º del Decreto, al decir que «... la empresa peticionaria dispondrá de las instalaciones existentes en la forma que estime más conveniente...», tras haber sometido el cese a la preceptiva autorización del Ministerio de Industria.)

Este Decreto interpreta a nuestro entender correctamente el Reglamento de 1956, en lo que a este punto se refiere, y, a la vez, es buena muestra de la congénita timidez de la Administración en el sector, además de la ventajosa posición en que se encuentra el sector privado.

No será la última vez que se interprete el malparado Reglamento de 1956. De nuevo lo hará la Orden de 14 de mayo de 1968, sobre tramitación de las solicitudes relativas a la modernización de las industrias del gas.

(55) Cfr. en MELÁN GIL: *La cláusula de progreso en los servicios públicos*. Apéndice.

La razón de esta interpretación auténtica viene expuesta en el preámbulo de la Orden:

«... Es conveniente, a todas luces, agilizar el procedimiento administrativo que debe seguirse en la tramitación de las solicitudes relativas a la modernización de las industrias del gas que vienen planteándose ante este Departamento...»

«... se trata de interpretar los preceptos contenidos en el Reglamento del Servicio Público de Suministro de Gas, aprobado por Decreto de 27 de enero de 1956, para obtener, dado el carácter de servicio público que reviste el suministro de gas objeto de estas industrias, una más rápida y adecuada resolución de estos expedientes...»

No comprendemos la razón última de esta agilización en la tramitación de los expedientes. Precisamente el hecho de que se trata de la «prestación» de un servicio público obligaría, obrando con lógica, a mayores cautelas en el procedimiento, a veces en abierta contradicción con una mayor agilización.

Aplicando los conceptos del Decreto de 1967 (22 de julio) sobre instalación, ampliación y traslado de industrias, puesto que no se trata de derogar el Reglamento de 1956, esta Orden tiene la virtud de mejorar la técnica jurídica de este último. Los conceptos fundamentales del citado Decreto de 1967 los utiliza favorablemente para aclarar una pluralidad de distintas situaciones.

Distingue esta Orden entre:

a) Concesión administrativa de suministro, para industrias de nuevo establecimiento.

b) Concesión administrativa de suministro, por ampliación de la zona territorial a que se extiende la ya existente, para industrias ya establecidas.

c) Autorización administrativa para nuevas instalaciones.

d) Autorización administrativa para la ampliación de las instalaciones mediante la adición, sustitución o variación de los elementos propiamente destinados a la producción del gas cuando tenga lugar aumento de la capacidad de producción autorizada. (Según el tenor de los arts. 2.1 y 3.1 del Decreto de instalación, ampliación y traslado.)

Acumula los tipos a) y c) cuando se tramiten conjuntamente. Aunque se trata de una cuestión menor, ¿supone esto la posibilidad, inexistente en el Reglamento de 1956, artículo 6.º *in fine*, en todos los casos, de instar simultáneamente las dos solicitudes? No parece que así sea, por el rango normativo de la disposición que interpreta.

Por otro lado, la ampliación territorial, evidentemente, supone la necesidad de una nueva concesión, y así se deduce del apartado b) del artículo 1.º

El artículo 2.º de la citada Orden atribuye a la Dirección General de la Energía la competencia para las autorizaciones administrativas, en caso de que exista «... variación o... sustitución de elementos...» (no adición), sin que tenga lugar aumento de la capacidad de producción o «... variación, sustitución o adición de elementos complementarios o auxiliares de aquellos otros propiamente destinados a la producción».

Esta Orden, por tanto, no agiliza el procedimiento, como señala su preámbulo, sino que lo aclara, lo depura, en la confusa formulación del Reglamento de 1956. Por un lado, los artículos 6.º y 18 del Reglamento no hacían referencia a casos como los de «... ampliación de zona territorial...». Por otro, introduce la técnica más precisa del Decreto de instalación, ampliación y traslado de 1967, por ejemplo, en lo referente a aumento de capacidad de producción. No es, sin embargo, esta Orden completamente exhaustiva; no aborda el problema, por ejemplo, del cambio de gas y su particular régimen jurídico, tema que sólo quedará solucionado en el Reglamento de 1973. Sin embargo, el artículo 1.º, apartado c), de la Orden podría ser el principio de una solución de compromiso en torno al tema del gas natural; no olvidemos la fecha de la Orden y su inserción en uno de los períodos de acusada «privatización» del sector, integrante de la secuencia de carácter cíclico que resume la intervención del Estado en el mismo y de una manera bastante gráfica.

Manifestación también de este modelo cíclico de desenvolvimiento es el Decreto de 23 de marzo de 1972, sobre creación de la Empresa Nacional del Gas. La posterior evolución de esta empresa pública, su estrecha coordinación con Butano, S. A., así como las particularidades de aquel Decreto en cuanto a su aspecto técnico-jurídico, fueron analizadas en páginas anteriores. Este Decreto supone un indudable deseo por parte de la Administración de intervenir en el sector. Por otro

lado, mencionamos de pasada un problema importantísimo. Este era el de la posible incidencia del principio de subsidiariedad, tal como allí está formulado, en el régimen concesional. Téngase en cuenta que en el caso de apreciarse el «interés nacional», la Administración encuentra abierta la puerta de la intervención directa, lo cual no significa que la tenga que utilizar.

Por otro lado, tampoco este interés nacional supone, de no existir en un caso concreto, la instrumentación de un carácter reglado en las concesiones. Entonces, lo único que supone este Decreto es un límite más a la actuación directa de la Administración; sólo podrá intervenir cuando exista un interés nacional.

Tampoco nosotros deducimos de ese «... aconseje...» una posibilidad de exigir, por ejemplo, la actuación de la Administración. Puede hacerlo, pero no «debe», «no tiene por qué hacerlo». Por otro lado, la concesión conserva un elemento de discrecionalidad, aunque no exista ese interés nacional. Esta nos parece la única interpretación lógica.

Este Decreto, por último, señala un indudable deseo de intervenir del Estado, deseo que se ve afianzado por las posteriores actuaciones de la empresa, cuya importancia futura en el sector es algo totalmente evidente (56).

La situación de alarma provocada por las explosiones de gas en Barcelona, debidas según parece a algunas defectuosas reconversiones de instalaciones antiguas en nuevas, va a actuar en el sentido de una aceleración del cambio de la vieja normativa. Manifestación parcial de ello es el Decreto de 30 de noviembre de 1972. Su propio preámbulo señala las razones de su promulgación:

«...razones de urgencia aconsejan modificar, parcial y provisionalmente, aquellos artículos del Reglamento vigente que contemplan las funciones a desempeñar por las empresas suministradoras, respecto a las instalaciones interiores para la utilización del gas y la verificación de sus condiciones de seguridad...»

Y a esto se va a limitar el citado Decreto. Aumenta la responsabilidad de la empresa suministradora respecto de las instalaciones (art. 20); somete a estricta vigilancia y control a los instaladores in-

(56) MARTÍN MATEO, *op. cit.*

dependientes (art. 21); impone la obligación de diligencia al usuario (art. 21); aumenta el grado de intervención del Ministerio de Industria respecto de los materiales de montajes, dispositivos de combustión, locales, ventiladores, etc. (art. 22); eleva el importe de las sanciones y sujeta a determinadas condiciones y características antes inexistentes al gas suministrado (art. 24.5/0 y 6/0).

Con ello, el camino hacia la renovación total de la regulación del sector está abierto y el Decreto de 26 de octubre de 1973 convertirá lo que era una necesidad imperiosa en una realidad, cerrando, hasta el momento, la legislación al respecto.

C) *El Reglamento de 1973. Referencia general. La concesión de suministro de gas*

Aunque ya insistimos en ello en su momento, no estará de más volver a repetir la pretensión del Reglamento de 1973 de ser de aplicación general a todo el sector, sin que el fraccionamiento del mismo a causa de la coexistencia de distintos tipos de gas suministrados sea obstáculo para ello. Esto se deduce, en primer lugar, del propio preámbulo del Decreto:

«El vigente Reglamento del Servicio Público de Suministro de Gas, aprobado por Decreto de 27 de enero de 1956, por la época en que fue dictado, sólo contempla la industria del gas producido en fábricas mediante destilación de la hulla y para ser utilizado en su casi totalidad para usos domésticos. Desde dicha fecha, la industria de gas manufacturado ha experimentado importantes innovaciones tecnológicas, utilizando, en general, naftas como materia prima. Por otra parte, la utilización de gases licuados del petróleo, propano y butano, ha experimentado un gran desarrollo, especialmente en usos domésticos, y actualmente se está extendiendo a usos industriales. Por último, y siguiendo la tendencia de los países que tienen un mayor desarrollo económico, se ha introducido el gas natural, tanto en usos domésticos como industriales. Por todo ello, se hace necesario actualizar

el citado Reglamento, poniendo sus preceptos de acuerdo con la situación presente y futura del sector...»

Tendencia que se confirma en el calificativo de «general» que el propio texto se adjudica, con evidente intención. Por otra parte, también de los distintos preceptos del Reglamento puede deducirse este carácter. Así podemos mencionar la exhaustividad del artículo 3.º, la referencia del artículo 7.º, aun excluyendo a los gases licuados, ya vimos por qué razones, la inclusión en el artículo 30 de los gases licuados del petróleo y del gas natural, así como la referencia a los gasoductos y medios de transporte y almacenamiento de los mismos (art. 30), la generalidad de las normas sobre obligaciones y responsabilidad, la referencia expresa del artículo 31 a los gases licuados, la de los artículos 49 y 50 al suministro de gas licuado en botellas y a granel, la declaración (*a sensu contrario*) de sujeción de los gases monopolizados a las normas vigentes en el ámbito del Monopolio de Petróleos (art. 56), la del artículo 57 referente al gas natural, apuntando aún más su exclusión del ámbito del Monopolio, atribuyendo la competencia al Ministerio de Industria, etc.

Por el contrario, los capítulos VII y VIII están limitados en su aplicación al gas suministrado por tubería, al referirse sobre todo a sistemas de control, contadores, facturación, fraudes, etc. Esto no perjudica ese calificativo de general que hemos atribuido al citado Reglamento.

Otro aspecto importante del Reglamento es lo que supone de «consolidación» de una política que se venía ya perfilando a través de la anterior normativa sobre el tema. Consolidación que se produce en dos frentes: de un lado, tiende a simplificar el procedimiento administrativo, con un efecto de «deslizamiento» hacia la autorización, que puede entenderse cautelosamente como un efecto más de la constante presión del medio; de otro, se pronuncia abierta y favorablemente sobre la «privatización» del gas natural, en contra de su posible inclusión en el ámbito del Monopolio de Petróleos.

En la línea de lo primeramente dicho, el preámbulo se expresa coherentemente:

«... y agilizando y simplificando en la medida posible la normativa que regula la función de ordenación, intervención y vigilancia que le compete al Ministerio de In-

dustria, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto-ley de 12 de abril de 1924 y en la Ley de 24 de noviembre de 1939.»

Esta misma línea de deslizamiento hacia el régimen de autorización se consagra en el final del artículo 7.º al excluir éste de la concesión:

«... los suministros industriales específicos, a una sola empresa consumidora, desde un centro productor de gas combustible en que el gas es un subproducto.»

O más que un «deslizamiento» hacia la autorización directa, una inclusión de esta actividad de suministro concreta y de escasa relevancia en el ámbito de la previa autorización de actividades de dicho centro productor de gas combustible.

El artículo 8.º también orienta en este sentido sus disposiciones, provocando una extensión de la operatividad de la autorización, en detrimento en ocasiones de la concesión.

Como otra característica del Reglamento, debemos mencionar la incorporación de un techo de seguridad más elevado que el previsto en el Reglamento de 1956, y en la línea de lo dispuesto por el Decreto de 30 de noviembre de 1972, que queda derogado por la disposición final cuarta.

También debemos mencionar de pasada, porque será objeto de especialísima atención más adelante, la recepción por este Reglamento de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto de 8 de abril de 1965 (en la actualidad modificada por la Ley de 17 de marzo de 1973), y de su Reglamento, aprobado por Decreto de 28 de diciembre de 1967. (En la actualidad, vigente el aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975.) Esta recepción supone la configuración contractual de la concesión, inserta en el llamado contrato de gestión de servicios públicos, es decir, configurada como un contrato de gestión de servicios públicos. El Reglamento adoptará, con matices, esta obligada dirección, tecnificando la figura concesional.

El artículo 19 del Reglamento establece:

«En las materias o extremos no regulados específicamente por este Reglamento que afecten a las empresas de servicio público de suministro de gas, a las que se haya

otorgado concesión administrativa, se estará a lo que disponga al efecto la legislación de Contratos del Estado, a propósito del "Contrato de Gestión de Servicios Públicos".»

Otro de los aspectos, y el último, que cabe mencionar en una visión a vista de pájaro del Reglamento, es su carácter revolucionario y uniformador respecto de la situación de las empresas sometidas a autorización, que habían resistido todo tipo de afirmaciones tajantes y declaraciones apocalípticas con el ánimo imperturbable.

En teoría, de la misma forma, no deberían existir empresas suministradoras sin concesión, pero las hay. Justamente hasta el Reglamento de 1973, cuya disposición transitoria cuarta obliga a las empresas a una verdadera legalización, bajo la amenaza de caer en la clandestinidad:

«Todas las empresas de servicio público de gas actualmente existentes que cuenten con autorizaciones o concesiones regularmente expedidas deberán presentar en el plazo de seis meses... una solicitud acompañada de la Memoria con los datos referentes a la situación administrativa de la empresa, para ajustar su situación a lo dispuesto en el presente Reglamento. Todas las demás empresas de servicio público de gas actualmente existentes que no cuenten con las autorizaciones y concesiones previstas en este Reglamento deberán solicitarlas en el plazo señalado en el párrafo anterior, transcurrido el cual sin haber presentado la solicitud serán declaradas clandestinas.»

En el primer párrafo se refiere a las empresas que tienen todas las autorizaciones y concesiones exigibles, pero que deben acomodarlas a lo dispuesto en el nuevo Reglamento. Por el contrario, el párrafo segundo hace referencia a las empresas que no cuentan con las autorizaciones o concesiones previstas en ese Reglamento, sometiéndolas expresamente a su otorgamiento. De este modo, se acaba con el anómalo régimen anterior.

El artículo 3.º del Reglamento de 1973, en conexión con el artículo 7.º, va ampliar expresamente el ámbito de la concesión respecto del

que se le concedía en disposiciones anteriores. Serán objeto de concesión administrativa:

a) El suministro de cualquier clase de gas combustible efectuado mediante redes de distribución por tuberías, en una población, núcleo urbano o determinada extensión territorial, con cuantos elementos sean necesarios para producir o suministrar dichos gases.

b) La conducción de cualquier clase de gases combustibles por tubería a alta o media presión desde los centros de producción, tratamiento, regulación y almacenamiento, hasta los puntos de suministro a redes de distribución o a los consumidores.

Por otra parte, excluye de la concesión por Orden ministerial de Industria, por las razones ya examinadas, aunque incluyéndolo en la calificación de servicio público:

c) La distribución de gases combustibles en estado líquido por medio de envases o a granel para usos industriales y para usos comerciales o domésticos, cuando estos dos últimos afectan a un local, vivienda o a un solo bloque de viviendas. En el caso de comprender más de un local, vivienda o bloque de viviendas, la distribución se incluye en el punto 1 del presente artículo por requerir conducciones exteriores al local, vivienda o bloque de viviendas afectado.

El ya citado artículo 2.º del Reglamento contiene una importantísima definición legal de conceptos de gran trascendencia: gas, características del gas, intercambiabilidad de los gases, producción, tratamiento, almacenamiento, conducción, distribución, acometida, instalación receptora, suministro, clases de usos, usuarios, elementos auxiliares de las plantas de producción, empresas de gas.

Resulta de gran importancia, sin perjuicio de evitar la íntegra repetición de los conceptos explicitados en dicho artículo, la distinción entre conducción, distribución, acometida e instalación receptora:

Conducción: Es el traslado del gas natural y demás gases combustibles más ligeros que el aire por gasoductos o canalizaciones realizado a alta o media presión, entre centros de producción, tratamiento, distribución y consumo.

Distribución: Es la actividad de repartir gas a media o baja presión, mediante redes de tuberías, hasta las instalaciones receptoras de los usuarios.

Acometida: Es la parte de la canalización de gas comprendida entre la red de distribución y la llave general que corta el paso del mismo a las instalaciones receptoras del o de los usuarios.

Instalación receptora: Es el conjunto de elementos que conducen el gas desde la llave general que se encuentra al final de la acometida o desde los recipientes de gases licuados hasta los aparatos de utilización.

Y, ¿qué es lo que se somete a concesión? En primer lugar, el suministro. (Nos estamos ya refiriendo estrictamente a la conducción y suministro por tubería) (57). Es decir, la entrega del gas a las instalaciones receptoras de los usuarios. No está sometido a concesión el suministro a los suministradores, valga la redundancia, como se deduce de la distinción que el mismo Reglamento hace entre tarifa y precio, de lo que hablamos en páginas posteriores. Está sometido a concesión el suministro a los usuarios, la entrega final a la llave general que pone término a la acometida. Por otro lado, se somete también a concesión la conducción o transporte del gas combustible por tubería a alta o media presión; cualquier transporte realizado en cualquier fase del proceso de producción, como puede deducirse de la expresión del citado Reglamento.

Debe, no obstante, hacerse notar que esta división del proceso de producción es algo irreal. Lo que caracteriza al proceso total es la unidad del mismo. No es posible concebir el suministro sin las fases anteriores y viceversa. Por ello, esto trae consigo el que numerosos problemas que podrían plantearse en una visión teórica no se planteen en la realidad por esta unidad normal del proceso en manos de una misma empresa.

Resumiendo y eliminando falsos problemas y dilemas, podemos decir que está sometido a concesión el suministro a los usuarios, a pesar de la defectuosa expresión del artículo segundo, que habla de suministro a los distribuidores. Este último no está sometido a concesión, sino que se realiza mediante precio, lo cual no deja de tener su lógica, desde la misma perspectiva del servicio. Por otra parte, también está sometido a concesión el transporte en cualquiera de sus fases, a alta o media presión. (Lo demás sería distribución) (58). El principio

(57) No obstante, esta referencia debe extenderse también al gas licuado suministrado a granel, cuando se requieran conducciones exteriores al local, etc.

(58) Como hipótesis extrema podría plantearse el que una empresa produjera el gas, otra lo tratara, otra lo transportara, otra lo almacenara y otra lo distribuyera. No obstante, lo más probable es que los sufridos usuarios de tan complicado servicio optaran por retornar al candil y a la palmatoria.

general sería, por lo tanto, la sujeción a concesión del suministro final y del transporte, en cualquier fase. Quedarían excluidas la simple producción y la venta de gas (suministro) a empresas que realicen ese suministro final.

Una vez llegados a este punto, nos toca estudiar el tema central: la concesión. Y, especialmente, la concesión de suministro de gas. Es la más frecuente, aunque las concesiones de transporte por grandes gasoductos comiencen a abundar últimamente. (En este mismo año se han concedido varias).

No obstante, tanto por su origen como por su actual función, la más trascendente desde un punto de vista social es la concesión de suministro en una zona determinada, con unas condiciones y bajo unas tarifas determinadas, lo que no obsta para que, en ocasiones, se incluya en la concesión de suministro el transporte, como puede observarse en la ya citada Orden de 1966 (10 de mayo) (59).

La concesión de suministro absorbería a la de transporte en este caso y habría que preguntarse si esto es posible después del Reglamento de 1973; si es posible la concesión simultánea del suministro y el transporte, con unificación de las condiciones, plazos, etc.

Respecto de la concesión de suministro, debemos hacernos básicamente cuatro preguntas: ¿quién la otorga?, ¿con qué procedimiento?, ¿bajo qué condiciones?, ¿cuál es su naturaleza jurídica? Y debemos hacérselas por este orden, cuidando de no plantearnos la cuestión última en primer término.

Tras la declaración de los artículos primero y cuarto, el primero sobre atribución de competencia en el sector al Ministerio de Industria y el segundo en el mismo sentido (podía haberse obviado la repetición, sobre todo si se tiene en cuenta que los artículos 5 y siguientes van a concretar aún más la distribución de dicha competencia entre ministro, Dirección General y Delegaciones Provinciales), en conexión con la disposición final tercera, que autoriza al Ministerio de Industria para que dicte «...las disposiciones complementarias o aclaratorias que se estimen necesarias para el mejor cumplimiento de lo dispuesto por el presente Reglamento...» (60), el artículo 5.º atri-

(59) Cfr. Orden de 10 de mayo de 1966. Concesión de gas natural licuado a «Catalana de Gas y Electricidad, S. A.», incluyendo una «...red de transporte...».

(60) Aunque se trate de una cuestión ajena a nuestro trabajo, ¿obra correctamente el Decreto con esta autorización? A este respecto, dos posturas se han

buye la competencia concreta en el otorgamiento de «...las concesiones administrativas que se requieran de conformidad con este Reglamento...» al ministro de Industria. Así lo confirma el artículo 7.º, respecto del mismo suministro y también de la conducción.

Respecto al procedimiento, éste está contenido básicamente en los artículos 10 y 11 del Reglamento. ¿Sólo en éstos? La pregunta nace de la duda suscitada por el tenor literal del artículo 11, realmente sorprendente, que declara supletoria la legislación de contratos del Estado a propósito del contrato de gestión de servicios públicos sólo «...en las materias o extremos no regulados específicamente por este Reglamento, que afecten a las empresas de servicio público de suministro de gas, a las que se haya otorgado concesión administrativa...».

Es decir, la supletoriedad de la legislación general es sólo respecto de los términos y posteriores vicisitudes de la concesión ya otorgada y no respecto del procedimiento por el que se llega a dicho otorgamiento. Esto supone un «cierre» de la normativa aplicable al procedimiento concesional, lo cual no deja de tener una gran importancia, habida cuenta del carácter parco de la regulación contenida al respecto en el Reglamento. Además, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley de Contratos del Estado:

«El contrato mediante el cual el Estado encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio se regulará por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio en cuanto no se opongan a aquélla.»

Lo cual supone un límite a lo establecido en el citado artículo 19; lo dispuesto en el Reglamento se aplicará en primer lugar siempre que no sea contrario a los preceptos imperativos de la Ley de Contratos del Estado. Esto nos parece bastante claro. Aunque en los sectores concretos de actuación administrativa, en muchas ocasiones, prácticamente prevalecen las normas especiales al respecto. Pero una cosa

perfilado en la doctrina. De un lado, la que propugna la única existencia de un poder reglamentario atribuido al Consejo de Ministros por el artículo 13.II LOE y preceptos concordantes. Por otro lado, la que, apoyada en fundamento distinto (artículo 14.III LRJAE) y basada en una concepción de la Administración que «...asume el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general...» (art. 40 LOE), atribuye al ministro un ámbito de poder reglamentario originario que excede las materias simplemente organizativas.

es que esto ocurra en la práctica y otra que se ajuste este comportamiento a una estricta legalidad.

Por ejemplo, ¿se opone el Reglamento a lo dispuesto en el artículo 13 sobre los principios de publicidad y concurrencia, o en el artículo 68, sobre actuaciones administrativas preparatorias, o en el 69, sobre adjudicación por concurso?

El artículo 197 del Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975 dispone que:

«Antes de proceder a la contratación de la gestión de un servicio público deberá hallarse promulgado el régimen jurídico básico del mismo que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trate queda asumida por el Estado como propia del mismo.»

El Reglamento de 1973, por un lado, promulga el régimen jurídico básico del servicio; por otro, determina el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y además debe entenderse que, a través del artículo 3.º, declara que la actividad de que se trata queda «asumida» por el Estado. Por otro lado, la concesión tiene la configuración legal de contrato, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 66, apartado 1, LEC, modalidad de contratación en la que el empresario gestiona el servicio a su riesgo y ventura. Se separa, por lo tanto, de lo dispuesto en el Reglamento de 1956, en que la concesión se perfilaba como una resolución, aunque con un clausulado preciso y concreto y sometida a determinadas condiciones.

Respecto al tema ya citado del procedimiento de otorgamiento de la concesión, dejando de lado la prolija enumeración de requisitos de la solicitud y del proyecto de instalaciones del artículo 10, el artículo 11 establece el *iter* que debe seguirse. La podemos resumir de la siguiente forma:

1. Presentación de documentos por triplicado. Solicitud y proyecto.
2. Información pública del expediente de concesión administrativa en el «BOE» y en el «Boletín Oficial» de la provincia, así como en diarios locales o de gran circulación, en el caso de afectar la concesión a más de una provincia.

3. Formulación de alegaciones o reclamaciones por cuantas personas naturales o jurídicas se consideren perjudicadas en sus derechos y durante un plazo de veinte días:

4. Contestación por la empresa peticionaria a dichas alegaciones o reclamaciones en un plazo idéntico.

5. Presentación de proyectos en competencia, ajustados a lo dispuesto en el artículo 10 (que podrá hacerse, a nuestro entender, durante el transcurso de todo trámite de información pública). (¿Incluyendo el plazo de réplica de las empresas?)

6. Informes de la Delegación o Delegaciones de Industria afectadas, del Consejo Superior del Ministerio de Industria, de la Organización Sindical, de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana, de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación, del Ayuntamiento y de otros organismos afectados por el servicio, si ellos no fuesen los solicitantes, considerándose que, de no recibirse contestación en treinta días, opera el silencio administrativo positivo (61).

7. Otorgamiento de la concesión, si procede. Esta aprobación, mediante Orden ministerial, perfecciona el contrato, según lo dispuesto en el artículo 13 de la LCE y 32 RGCE, sujetando la perfección a la aprobación e identificando la aprobación con el acto de adjudicación, el cual no produce sus efectos «...respecto a las empresas interesadas, sino desde la notificación de la resolución» (62).

Respecto al tema de las actuaciones administrativas preparatorias del contrato, con la reserva ya mencionada sobre la validez de los preceptos del Reglamento frente a los de la LCE y su amparo en el ya citado artículo 19, el Reglamento hace referencia a un «proyecto de instalaciones» (proyecto de obras de la LCE). El proyecto de las instalaciones a que se refiere el artículo 10.2 del Reglamento comprende:

a) Una Memoria general relativa a las características del gas, régimen de explotación y prestación del servicio, condiciones técnicas de las instalaciones, contratación y tarifas máximas de concesión que se proponen, con el estudio económico correspondiente.

b) Plano general de las conducciones y de la red de

(61) Cfr. arts. 95 y 130 LPA.

(62) VILLAR, *op. cit.*, p. 91.

distribución, a escala adecuada para su suficiente identificación.

c) Presupuesto de las instalaciones y costes previstos de explotación.

Podemos encontrar algo análogo en el llamado «anteproyecto de las instalaciones y de las obras precisas» del artículo 68 LCE y 209 RGCE, que, respecto de los proyectos de obras y en este caso concreto, es redactado por «...los empresarios que opten a la adjudicación del servicio». (Artículo 210 RGCE), estableciéndolo también así el Reglamento de 1973 y, en todo caso, con sujeción a lo establecido en los artículos 21, 22 y 23 de la LCE y concordantes del Reglamento. Lo cual no contradice lo establecido en el artículo 68 LCE y en el artículo 210 RGCE, no perjudicando en nada a la validez del Reglamento la aplicación de los preceptos del mismo relativos a este punto. Por ello entendemos menos aún la restricción que hemos visto establece el artículo 19 del mismo respecto de la aplicación de la LCE, restricción que nos parece insostenible en virtud del mismo artículo 62 de la LCE, que manifiesta la aplicación directa y general del mismo.

Por otro lado, el llamado «pliego de cláusulas de explotación» (pliego de cláusulas administrativas particulares de los artículos 14 LCE y 34 RGCE), debe aprobarse, según estos mismos artículos, con anterioridad a la perfección y, en su caso, a la licitación de todo contrato. Para analizar este aspecto de la contratación debemos tener en cuenta lo señalado al decir que:

«...la iniciación del procedimiento puede tener lugar de oficio por la propia Administración, que aprecia la necesidad o el interés público que se trata de satisfacer con el contrato, o a instancia de un particular que acude a la Administración solicitando la realización de una obra o la concesión de un servicio a su cargo...»

«...en los casos de iniciación a instancia de parte se trata, como fácilmente se comprenderá, de una mera sugerencia, a la que deberá acompañar una Memoria con las ideas básicas de la obra o el servicio que se pretende conseguir, que no vincula en absoluto a la Administración» (63).

(63) *Idem*, p. 75.

El Reglamento de gas no parece que prevea otra posibilidad que esta: iniciativa del particular que solicita la concesión. Ello lleva consigo la inexistencia de un pliego particular previo y el que también la licitación propiamente dicha sea reducida al máximo, como se desprende del artículo 11:

«...en el trámite de información pública podrán asimismo presentarse proyectos en competencia, ajustados a lo dispuesto en el artículo 10.

Quando se presenten varias solicitudes de concesión coincidentes y aunque se hayan producido como consecuencia del trámite de información pública, se confrontarán, previo informe del Consejo Superior del Ministerio de Industria, otorgándose la concesión a favor del peticionario que presente mayores ventajas en orden a la garantía, importancia, calidad, regularidad y precios de los suministros que hayan de efectuarse, así como cualquier otra razón de interés general.»

El Reglamento minimiza la licitación, dándonos una razón más para mantener la tesis (de lo que luego hablaremos), acerca de la debilidad de la construcción contractual de la concesión. Por ello, quizá, excluye de la directa aplicación, de forma incorrecta como ya hemos señalado, las normas de la Ley de Contratos en lo relativo al procedimiento de adjudicación (normas del concurso) (artículos 69 LCE, 212 RGCE y 11.3 del Reglamento del Gas de 1973). Lo que en realidad propugna el Reglamento de 1973 es un método a medio camino entre el concurso y la contratación directa. Por otra parte, en relación con el pliego de cláusulas administrativas particulares, el Reglamento de 1973 guarda silencio al respecto, siendo de directa aplicación los artículos 34, 209.2 y 211 RGCE. La aprobación de las cláusulas de explotación es prácticamente simultánea a la adjudicación de la concesión y esto parece bastante claro, ante el silencio que de nuevo guarda el Reglamento. Ante lo cual no debemos encontrar contradicción con lo dispuesto en los artículos antes mencionados, pues, en todo caso, el pliego se aprueba a la vez que la adjudicación o aprobación, que perfecciona el contrato. (Lo que se trata de evitar es una aprobación del pliego posterior a la perfección del contrato, lo que en estos casos

de iniciación a instancia de parte tampoco se produce: más bien, la aprobación es simultánea.)

Por otro lado, las ventajas del primer peticionario de la concesión saltan bien claras a la vista. Por ello el procedimiento se asemeja más al típicamente resolutivo que al más abierto y público del contrato administrativo. Esto es seguramente un residuo de la primitiva regulación que, por otro lado, pervive en la mayor parte de las regulaciones concretas sectoriales de gran importancia económica.

De todos modos, nada impide a la Administración seguir el esquema distinto de ser ella quien inicia el expediente de contratación, con aprobación previa a la licitación del pliego de cláusulas administrativas particulares, a pesar de la dirección única que parece adoptar el Reglamento de 1973. Este prevé las siguientes fases: Iniciación por el particular mediante la oportuna solicitud; Memoria-proyecto, información pública-proyectos en competencia, aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares (¿puede la Administración modificar las presentadas por el empresario?, no, en nuestra opinión) adjudicación (64).

La inexistencia de un pliego de cláusulas particulares previo a la presentación de las solicitudes hace que éstas adquieran una nueva relevancia. Siempre que se sujeten a lo establecido en el Reglamento (que poco dice al respecto), posteriormente no pueden ser modificadas por la Administración; si lo son, el contrato, esto nos parece claro, no se perfecciona por falta de consentimiento sobre el contenido por una de las partes. Falta la *invitatio ad oferendum* que siempre supone el pliego particular; hay una oferta directa del particular y una aceptación por la Administración, que perfecciona el contrato (o una falta de adjudicación, en cuyo caso no hay problema). La existencia de pliego particular no modifica las cosas a este respecto, puesto que también es compatible con la iniciación del procedimiento por los particulares. Lo que supone el pliego particular es una ampliación del carácter público de la licitación y quizá una mayor igualdad de los licitadores. Esta es la mayor diferencia. Y ésta es la mayor particularidad de lo establecido en el Reglamento de 1973.

De todos modos, y en relación con el tema que antes tocábamos sobre la posible ilegalidad de lo dispuesto en el Reglamento del Gas

(64) *Idem*, pp. 75 a 93. También ALVAREZ GENDÍN: *Doctrina jurídica de los contratos públicos del Estado y de la Administración Local*, pp. 151 y ss.

en relación con las normas de la Ley de Contratos del Estado, no puede apreciarse una contradicción entre ambos textos legales, excepto en lo que se refiere a la exclusión de la supletoriedad del mismo en lo referente al procedimiento de adjudicación y a la imprecisión del artículo 19. Lo que sí hace el Reglamento, como casi siempre ocurre, es singularizar el régimen jurídico de este procedimiento, del camino por el que se llega a la adjudicación. Y podemos apreciar que esta singularización o especificación reglamentaria viene condicionada en gran parte por el procedimiento que se había venido observando hasta ese momento. Así se comprueba de la lectura del Reglamento de 1956 que, en su artículo 15, establece ya esta posibilidad de acceso a la licitación una vez presentada la primera solicitud y en el trámite de información pública que se establece respecto de esta primera.

No caer en la tentación de la exhaustividad debe ser uno de los principales principios directivos de un trabajo de aproximación o introducción. Por lo tanto, dejamos con esto el tema del procedimiento (65).

La siguiente pregunta que nos formulábamos era la de las condiciones o términos de la concesión de suministro, al contenido que lleva consigo de derechos y obligaciones para ambas partes, a su núcleo propiamente dicho, incluyendo en el estudio el final o término de la misma: su extinción. Nos referiremos en primer lugar a las prerrogativas o potestades de la Administración.

Respecto de la potestad o modificación o *ius variandi*, el Reglamento de 1973 establece:

«Por razones de interés público se podrán variar mediante Orden ministerial las cláusulas de la concesión otorgada; si la modificación afectase al régimen financiero de la misma, la Administración deberá compensar al concesionario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección de aquél (art. 15).

Es de interés efectuar la comparación de este precepto con el artículo 74 LCE y 221 del RGCE, comparación que, a primera vista, reve-

(65) Quedaría por resolver, dentro del marco del problema antes mencionado, la aplicación o no al contrato de suministro de gas de las normas generales relativas a la formalización del contrato, una vez perfeccionado (arts. 70 LCE y 216 RGCE). No vemos inconveniente en su aplicación.

la una diferencia. De un lado, el artículo citado del Reglamento habla de derecho de la Administración a modificar por Orden ministerial «... las cláusulas de la concesión otorgada». La LCE, en el artículo 74, habla de modificar «...por razón de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios».

¿Supone esta diferencia una extensión anómala del *ius variandi* de la Administración verificada por el Reglamento de 1973? Si fijamos nuestra atención en el artículo 211 RGCE, que hace referencia al clausulado de la concesión, por un lado, en el párrafo 1 se hace referencia al «Servicio objeto del contrato y características de aquél» y, por otro, en los restantes epígrafes de detalles como, por ejemplo, alcance de la reversión, por poner un ejemplo destacado (art. 211, 2, RGCE). ¿Quiere decir esto que en el caso de las concesiones de suministro de gas el *ius variandi* de la Administración o potestad de imponer modificaciones al contratista (66) se refiere a algo más amplio? No lo creemos así.

El precepto aplicable es el 74 LCE, que limita el ejercicio del *ius variandi* a las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios y sólo a eso. Y más aún si partimos de una concepción del *ius variandi* como una garantía para el contratista (67).

En cuanto al tema del equilibrio económico, del equilibrio financiero o del equivalente económico repite el Reglamento del Gas lo dispuesto en el artículo 74.2 LCE y 221 RGCE (68).

Hay algo, no obstante, sorprendente. El artículo 15 del Reglamento *in fine* dispone:

«Si el concesionario no acepta las modificaciones se resolverá la concesión otorgada, abriéndose un plazo para la presentación de nuevas peticiones ajustadas a las condiciones indicadas anteriormente.

En el caso previsto en este artículo se aplicarán los preceptos de aplicación del capítulo VI del Reglamento General de Contratación del Estado.»

(66) VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, pp. 184 y ss.

(67) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso de Derecho Administrativo*, pp. 542 y ss.

(68) Cfr. ARIÑO ORTIZ: *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos* y VILLAR PALASÍ, *op. cit.*

Lo cual supone que la no aceptación por el concesionario de la modificación supone en todo caso incumplimiento por su parte.

En el contrato de obra se encuentra reconocido un límite a la facultad de modificación del 20 por 100, sobrepasado el cual el particular puede resolver el contrato. No obstante, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 222 RGCE:

«Se consignará en el contrato el alcance de la facultad de modificar su régimen financiero que ostenta la Administración y los derechos y obligaciones que tal evento origina para las partes.»

Por otro lado, la falta de declaración expresa de la LCE sobre la aplicación de ese límite a los contratos de gestión de servicios públicos es algo bien patente. De otra parte, además de que el Reglamento parece expresarse ignorándola, aplica lo dispuesto en los artículos 224 y 225 RGCE en cuanto a los efectos: caducidad o resolución, pérdida de la fianza, reversión anticipada (con indemnización), etc. También hay que recordar que el Reglamento de 1956 preveía para los casos de caducidad y en el supuesto de falta de remate la incautación por el Estado de las instalaciones.

El artículo 12 del Reglamento señala que:

«... las concesiones se otorgarán siempre con la cláusula de sin perjuicio de terceros y dejando a salvo los derechos particulares y por un plazo máximo de setenta y cinco años, del que no se podrá exceder en ningún caso, incluidas las prórrogas previstas en el artículo 16».

Artículo que admite la solicitud de prórroga de la concesión con una antelación máxima de cinco años y mínima de tres, antes de la fecha de la caducidad de la misma.

Elimina, como cosa más a destacar de este artículo (como ya hemos mencionado en páginas anteriores), toda referencia a la reversión, que en el Reglamento de 1956 se extendía a «... las instalaciones de la industria...» y del que podría deducirse una obligatoria reversión. Por ello puede afirmarse que el Reglamento de 1973 recoge esa «accidentalidad» de la reversión de la que hablábamos. Sólo hace una referencia a ella en el artículo 17, en el que incluye dentro de las causas de extin-

ción de las concesiones, las del artículo 75 de la LCE y, entre ellas, la «...reversión del servicio a la Administración por cumplimiento del plazo establecido en el contrato». Frente a una obligatoria inclusión en el clausulado de la reversión y su alcance el Reglamento opta por dejar a éste la determinación de si se aplicará la misma al caducar la concesión, lo cual se deduce también del artículo 78 LCE. Esto, sin embargo, puede ser discutible.

Debe también entenderse que la Administración goza de los poderes o prerrogativas que le atribuye la legislación general, en virtud de la LCE. Así:

- a) Poderes de dirección, inspección y control (65 LCE, 200 RGCE).
- b) Poder de interpretación unilateral del contrato (18 LCE).
- c) Ejecutoriedad (art. 18 LCE y 51 RGCE).
- d) Poder tarifario (51 y 53 Reglamento de 1973; 221 RGCE).

Por otro lado, dentro de las obligaciones y derechos de los concesionarios, cabe citar los siguientes:

- a) Obligación de constituir fianza (13 Reglamento del Gas de 1973; 112 y ss. LCE).
- b) Obligación de sujeción a la *lex contractus* (71 LCE y 217 RGCE).
- c) Obligación de continuidad en el suministro (72 LCE y 218 RGCE).
- d) Obligación de cuidar del buen orden del servicio (72 LCE y 218 RGCE).
- e) Obligación de indemnización a terceros por daños causados como consecuencia de operaciones que requiera el desarrollo del servicio.

a') Derecho a las prestaciones económicas previstas en el contrato y a la revisión de las mismas, en su caso, en los términos que el propio contrato establezca (arts. 73 LCE).

b') Derecho de dictar instrucciones para la buena marcha del servicio (21 Reglamento de 1956; 72.2 LCE).

c') Derecho a utilizar, «...en interés del servicio y cuando así se haya pactado...», los bienes de dominio público en la forma convenida (220 RGCE).

d') Derecho a ser beneficiario de la expropiación forzosa con los requisitos establecidos por la Ley reguladora de la misma (220 RGCE).

e') Derecho al beneficio de vecindad (220 RGCE).

f') Derecho a aplicar el procedimiento de apremio para la percepción de las tarifas. (Si se ha otorgado.) (220 RGCE).

g') Derecho a cortar el suministro al abonado por impago (35 y 48 del Reglamento de 1973).

Otras obligaciones de los concesionarios y empresas suministradoras se recogen en los artículos 27 y siguientes del Reglamento, respecto de las instalaciones de gas en nuevos edificios, así como en los artículos 32 y siguientes, sobre el suministro, especificando las concretas circunstancias del suministro y de la obligación de suministro; lo mismo, respecto de las tarifas en los artículos 51 y siguientes; aspectos relativos a aparatos de medida, laboratorios, y verificación, artículos 58 y siguientes, contratos, facturación y fraudes, etc., aunque aquí hablemos de obligaciones del concesionario que presentan la doble faceta de serlo tanto respecto del usuario como respecto de la Administración, de tratarse, en suma, de obligaciones generales.

Nos queda hacer referencia al tema de la extinción de la concesión. El Reglamento de 1958 hablaba de caducidad, como algo distinto de la extinción en el sentido de una extinción causada por el incumplimiento por parte del concesionario de sus deberes.

«Toda concesión caducará si se falta a cualquiera de las condiciones aludidas en el artículo 8.º; si no se atendiese convenientemente a la conservación de las instalaciones durante su explotación y si ésta no se llevase a cabo de acuerdo con las cláusulas convenidas.

Constituirá además motivo de la caducidad de una concesión el disfrute de subvenciones, auxilios o préstamos no autorizados expresamente por el Ministerio de Industria.»

Las consecuencias de la caducidad eran en este Reglamento especialmente duras: pérdida de la fianza, si la falta es imputable al particular; subasta de las obras o de las instalaciones finales, devolviéndose el remate al primitivo concesionario; de no adjudicarse la concesión en ninguna de las subastas, «... se incautara el Estado de todas las obras e instalaciones ejecutadas, de las cuales hará el uso que tenga por conveniente, sin que el concesionario, cuyos derechos se consideran caducados, pueda reclamar» (art. 14).

El Reglamento de 1973 habla de «causas de extinción», incluyendo además de las del artículo 75 LCE, las siguientes:

1. Incumplimiento de los plazos señalados en la concesión, para la implantación del servicio, salvo prórrogas por causas justificadas.
2. Por no realizar las ampliaciones previstas en el penúltimo párrafo del artículo 34.
3. Por no aceptar el concesionario las modificaciones propuestas por la Administración, a que se refiere el artículo 15 de este Reglamento.
4. La caducidad por expiración del término de vigencia señalado en su otorgamiento y, en su caso, el de su prórroga o prórrogas. (Art. 17 Reglamento 1973.)

En realidad, salvo esta última, todas son causas de caducidad o resolución por incumplimiento del empresario. Por lo tanto, pueden subsumirse en el artículo 75, párrafo 1.º LCE. («Resolución por incumplimiento del empresario...»). El citado artículo 17 se preocupa de asegurar la regularidad del suministro, aunque ya no habla de «... autorización para cesar en el suministro de gas...» sino de «... resolución de un contrato por mutuo acuerdo entre la Administración y el concesionario...».

¿Qué ocurre tras la extinción del contrato? Dependerá de las causas por las que se haya extinguido. Si se trata de reversión, rescate, supresión del servicio, quiebra, etc., no hay problema. En el supuesto de resolución propiamente dicha, los efectos variarán según a quien se le deba achacar el incumplimiento (arts. 75 y ss.), en cuanto a la fianza. Sobre el servicio en sí, el artículo 76 es tajante:

«En los supuestos de resolución, la Administración abonará al empresario el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.»

Por otra parte, debe entenderse que queda vivo el derecho de indemnización de los daños causados por el incumplimiento, independientemente de la resolución (77 LCE, 226 RGCE y 230 RGCE).

Lo más importante a destacar es que en todo momento se produce la absorción por la Administración de la «infraestructura» del servicio, al objeto de asegurar el suministro, como se deduce también del artículo 18 del Reglamento de 1973:

«Declarada la resolución por cualquiera de las causas expuestas en el artículo anterior, el Ministerio de Industria concretará la forma en que ha de continuar el suministro y las compensaciones que, en su caso, hayan de abonarse a la Empresa concesionaria.»

«También podrá el Ministerio designar un Delegado gestor con todas las facultades precisas para mantener la regularidad y continuidad del servicio hasta que quede definitivamente organizada la nueva forma de realización del servicio que, en cada caso, sea procedente.»

En el Reglamento de 1956 la resolución o caducidad por incumplimiento del particular acarrea la necesaria subasta de la concesión y, por lo tanto, la continuación de la gestión por otro concesionario que queda subrogado «... en todos los derechos y obligaciones» del anterior (art. 14, b), Reglamento 1956), salvo en el caso de no adjudicarse la concesión, en cuyo caso se procedía a la incautación de las instalaciones y a la gestión directa. Por el contrario, en este Reglamento de 1973, la Administración adquiere siempre la instalación, según se desprende del artículo 18 del Reglamento y de lo dispuesto en la LCE. El Reglamento apunta a un verdadero rescate impropio del servicio en caso de resolución, aunque tampoco puede descartarse la idea de que la Administración concedente otorgue nueva concesión. Sin embargo, las dificultades al respecto se unirían con lo absurdo de la situación, ya que la Administración ha adquirido las instalaciones. Por lo tanto, la propia lógica del precepto lleva a pensar en la gestión directa del servicio por la Administración.

Aún nos queda por hacer una referencia a la posibilidad novatoria de la concesión, a través de lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento de 1973, previa autorización del Ministerio de Industria, subrogándose el nuevo concesionario en los derechos y obligaciones del anterior, en la misma línea de lo dispuesto en los artículos 81 LCE y 234 RGCE, por declaración expresa del artículo 14 del Reglamento

(cinco años de explotación como mínimo por el primitivo empresario y formalización en escritura pública).

Otro de los temas de interés que se nos han venido planteando a lo largo de este trabajo es el de la dualidad autorización-concesión, como opción administrativa de cara a la intervención en el sector. El Reglamento de 1973 delimitará con mayor nitidez las áreas de ambos tipos de actos jurídicos, por un lado, extendiendo el régimen que en él se establece a las situaciones jurídicas anteriores y, por otro, estableciendo los ámbitos operativos de autorizaciones y concesiones.

Las autorizaciones las otorga la Dirección General de la Energía y las Delegaciones Provinciales del Ministerio de Industria, salvo las de competencia municipal (licencias, autorizaciones o permisos), provincial u otras necesarias para la realización de las obras de las instalaciones de gas (art. 6.º). Ya vimos la importancia de esta cuestión, que aquí examinamos (69). Debemos tener en cuenta al respecto los artículos 5 b), 8, 9 y 12 a 16 del RSCL y los artículos 58 y ss. RBEL.

Simplificando podemos advertir la sujeción a licencia de «... la apertura de establecimientos industriales...», al objeto de verificar si «... los locales e instalaciones reúnen las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad, y los que, en su caso, estuvieron dispuestos en los planes de urbanismo debidamente aprobados» (art. 22.2 Reglamento de Servicios). Por otro lado, la instalación de las tuberías requiere, además de la correspondiente licencia de obras (art. 21 RSCL), concesión administrativa para la ocupación privativa del dominio público (artículos 59.2 y 62.1 a) RBEL).

Esta disposición antes mencionada, de reconocimiento de un ámbito privativo de competencia municipal, ámbito de carácter residual, ya venía recogida en el Reglamento de 1956. Resulta curioso señalar cómo inconscientemente, los Reglamentos de Gas de ambas fechas hablan sólo de las obras necesarias, sin hacer referencia a las demás licencias y concesiones que debe otorgar el Municipio, sobre todo a la importantísima de ocupación del dominio público municipal, que, como hemos visto, tiene una enorme importancia en la primera evolución de la normativa al respecto.

La referencia y el deslinde que el Reglamento de 1956 hacía del tema autorización-concesión, era parca y confusa, pues ya hemos visto

(69) ALBI IBÁÑEZ: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*.

que, equivocadamente, sometía a concesión «... el establecimiento de nuevas industrias y las ampliaciones en las ya existentes...».

No hace falta ser muy perspicaz para darse cuenta de que lo escaso de la normativa, junto a la gran variedad de situaciones en la vida real, traerían consigo múltiples problemas de interpretación. Esto es lo que tratará de solucionar la Orden de 1968 y lo que animará buena parte de las disposiciones que, al respecto, se contienen en el Reglamento de 1973. Según éste:

«... La Dirección General de la Energía y las Delegaciones Provinciales del Ministerio de Industria serán los órganos que otorgarán las autorizaciones, salvo los casos previstos en el artículo 6.º» (art. 5.º).

Salvo los permisos y licencias de competencia municipal todas las demás autorizaciones corresponde otorgarlas a la Dirección General de la Energía y a las Delegaciones Provinciales del Ministerio de Industria.

¿Qué es lo que se somete a autorización? Por de pronto, por exclusión, ninguna de las actividades enumeradas en el artículo 7.º, en relación con el artículo 3.º del Reglamento; también, en relación con la exclusión de concesión de los suministros industriales específicos que hace el artículo 7.º, debe afirmarse la no sujeción a ningún tipo de autorización.

Van a ser los artículos 8.º y 9.º del Reglamento los que van a recoger el deseo de perfeccionar el anterior texto legal, consagrando ese criterio ciertamente más favorable a la iniciativa privada del que hablábamos en páginas anteriores. El artículo 8.º establece:

«En tanto no se alteren los términos de las concesiones, corresponde otorgar a la Dirección General de la Energía las autorizaciones de:

a) Las nuevas instalaciones y ampliaciones que supongan aumento de capacidad de las plantas de producción de gas y de las conducciones de largo recorrido (Gasoductos).

b) Las instalaciones o servicios de gas que abarquen áreas de dos o más provincias.

EL SERVICIO PUBLICO DEL GAS

c) El cambio de las características del gas suministrado o su sustitución por otro intercambiable.

d) Las plantas de almacenamiento y envasado de los gases licuados de petróleo y los centros de almacenamiento y distribución de dichos gases envasados que, por su capacidad y de conformidad con la normativa vigente, corresponda ser autorizados por dicha Dirección General.

e) Aquellas otras que por su importancia o circunstancias especiales de interés se determinen mediante Orden ministerial.

También corresponde a la Dirección General de la Energía la aprobación de cuantas instrucciones o normas técnicas y de seguridad de carácter general se consideren necesarias para la ordenación y desarrollo en el sector.»

Olvidándonos de la partición o división competencial, observamos como primera condición de esta sujeción a autorización la de que todos estos hechos no alteren «... los términos de la concesión». Cosa completamente lógica, por otra parte, ya que, de alterarlos nos encontraríamos ante una nueva concesión.

Se combinan en este artículo criterios tales como aumento de capacidad de producción, extensión a varias provincias, etc. Por ejemplo, en relación con este último criterio, se emplea de forma técnica. Mientras que el artículo 8.º atribuye competencia a la Dirección General respecto de «... las instalaciones o servicios de gas que abarquen áreas de dos o más provincias...»; el artículo 9.º habla de:

«Las redes de distribución y sus ampliaciones correspondientes a los servicios públicos de suministro de gas, cuando afecten solamente a la provincia de su competencia.»

Puesto que el apartado a) del artículo 8.º y el c) del 9.º se referían a producción y transporte, los apartados b) debían referirse sólo a la distribución pese la declaración amplia y vaga del artículo 8.º b). Y así es, en nuestra opinión, porque de tratarse de ampliaciones de

producción o de transporte se le aplicaría el régimen del artículo 8.º, independientemente de que afecte a dos o más provincias.

Pero obsérvese que respecto de la red de distribución, se habla de instalaciones o servicios de gas o de «... redes de distribución o sus ampliaciones...», mientras que en el caso de la producción y transporte el citado artículo 8.º a) sólo se refiere a nuevas instalaciones y ampliaciones. No así el artículo 9.º, apartados a) y c). ¿Debe esto hacernos suponer que las primeras instalaciones de producción y transporte no requieren autorización? Del texto del mismo artículo 9.º a) y c) debe deducirse que no, ya que así se someten a autorización las «... instalaciones...» y las «... instalaciones secundarias...» de producción y transporte que no lleven consigo aumento de capacidad de producción. Más bien nos encontramos ante un error de técnica expresiva del Reglamento, que puede subsanarse a través de una interpretación sistemática.

Por otro lado, se excluyen de la autorización, como norma general:

«Las acometidas desde la red a las instalaciones receptoras para usos no industriales ...En las de usos industriales, solamente en casos especiales, cuando por su importancia la Delegación Provincial del Ministerio de Industria correspondiente estime debe ser objeto de la misma...»

Por otra parte, cabe mencionar la sujeción a autorización de las plantas de almacenamiento y distribución de los gases licuados del petróleo (GLP) así como las instalaciones de utilización de gas natural, en los artículos 8.º d) y 9.º d) del Reglamento. La gestión a través de una empresa pública de estos gases no invade la competencia del Ministerio en materias de policía industrial.

El gas natural planteó el problema de su irrupción en el panorama de la distribución, problema con la vertiente jurídica correspondiente. Este problema lo va a solucionar el Reglamento de 1973, sometiendo a simple autorización.

«... el cambio de las características del gas suministrado o su sustitución por otro intercambiable...»

en tanto no se alteren los términos de las concesiones.

Sin embargo, la expresión «intercambiable» podría complicar el tema: no obstante, nos inclinamos por la solución primera, como más lógica. Aquí ponemos punto final a una larga evolución en la distinción autorización-concesión en el sector de la industria del gas.

En cuanto a la idea básica que podría calificar la regulación que incide sobre éste, podríamos adelantar dos notas, referidas al Reglamento de 1973. En primer lugar, la mejora notable que éste supone respecto de la legislación anterior en cuanto a técnica jurídica y coherencia interna. En segundo lugar, lo que supone de consolidación última de un régimen jurídico que, debido a ese carácter vacilante de la actuación estatal, puede calificarse, benévolutamente, de complejo. Y de esas dos ideas señaladas, la segunda, claramente, se impone sobre la primera.

No podemos dejar de tratar un tema al que ya hemos hecho referencia y cuya problemática es inagotable. Nos referimos al tema de la naturaleza del llamado «contrato administrativo» (70).

Es éste un tema de honda raigambre en la doctrina del Derecho Administrativo continental y cuya «dureza» le convierte en uno de los más polémicos y actuales de la Ciencia del Derecho Administrativo.

En primer lugar, hay que decir que es difícil comprender el problema en la actualidad, sin estudiar el nacimiento y la evolución del contrato administrativo en la Historia.

Creemos de interés reseñar íntegra una opinión de VILLAR PALASÍ sobre el tema, que plantea toda la entraña del problema con estas palabras:

«Sólo excepcionalmente las leyes crean derechos y deberes individuales. Ordinariamente las leyes necesitan para ser eficaces, la subsiguiente concreción singular por vía de actos. Ahora bien: en esta tarea de concreción y realización de la norma, que es la misión de la Administración Pública, ésta actúa unas veces por vía de mandatos unilaterales (actos) y otras por vía de acuerdos bilaterales (contratos). El contrato es una categoría jurídica secular, recibida del Derecho Romano y perteneciente a la teoría general, que ha sido configurada sobre tres

(70) VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, pp. 28 y 77. GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pp. 491 y siguientes.

ideas fundamentales: el ser un acuerdo libre de voluntades (*conventio*), la coordinación de unos intereses contrapuestos (prestaciones recíprocas, *ultra citroque*) y el imperio de la autonomía de la voluntad en cuanto al contenido normativo que se configura como ley interpartes (*lex contractus*)» (71).

¿Cumple el contrato administrativo con estas tres condiciones de esencialidad? Esta es la pregunta básica que debemos formularnos al hilo de lo que ya hemos visto respecto de la concesión-contrato administrativo de suministro de gas.

El problema se va a plantear por la colisión del esquema contractual clásico con las irrenunciabes potestades de la Administración como gestora del interés público y ejecutora de la Ley.

Pero ello supone haber olvidado el planteamiento histórico del problema. Como ha señalado Díez PICAZO, en el Derecho Romano se distinguía entre *contractus* y *pacta*, no incorporando estos últimos ningún tipo de obligación vinculante para las partes, careciendo de acción para pedir y lograr el cumplimiento de lo pactado, mientras que los primeros *contractus*, no hacían referencia a la idea de acuerdo de voluntades que constituirá más tarde la entraña del concepto moderno de contrato, sino a una serie de ritos que daban lugar al nacimiento de las obligaciones. Sólo en el Derecho justiniano se va a superar esta situación a través de una cierta afirmación de la idea de consenso o acuerdo de voluntades. Pero va a ser sobre todo por la influencia de los canonistas, del voluntarismo jurídico de la Escolástica tardía y de la Escuela del Derecho Natural Racionalista, basada en la idea de libertad individualista del hombre, que la idea de contrato como acuerdo de voluntades que genera obligaciones que deben cumplirse que nosotros conocemos, se perfila difinitivamente (72).

De los artículos 1.091 y 1.254 del Código civil pueden deducirse las notas típicas del contrato. Por un lado, acuerdo libre entre dos o más partes; segundo, obligatoriedad de atenerse y cumplir lo pactado, es decir, sumisión a la *lex contractus*. A ésta añadiríamos una más que, en realidad, está implícita en la primera: autonomía de la voluntad

(71) VILLAR, *op. cit.*, p. 3.

(72) Díez PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, pp. 85 a 87.

no sólo en el sentido de poder contratar sino en el más importante de poder dictar las reglas que regulen todo el complejo de prestaciones del mismo.

El sentido claramente ideológico de la institución, considerada en un momento de su perspectiva histórica, lo revela Díez Picazo al señalar tres ideas: sumisión al principio de libertad económica y libertad inalienable de contratación, asunción tácita del mito de la igualdad entre las partes contratantes y utilización de la idea de contrato como palanca por el mundo burgués para ejercer un control total sobre la vida económica y los medios de producción.

Por otro lado, el contrato, para el mismo autor, en palabras que escribe a continuación de lo dicho, se trata de un supraconcepto, que tanto engloba al contrato civil como al contrato de Derecho Público como al Tratado de Derecho Internacional. Frente a la posición voluntarista, que busca el fundamento de la obligatoriedad del contrato en la propia autolimitación a su libertad que el hombre se impone a sí mismo, la posición normativista-kelseniana lo encuentra en la ley o norma consuetudinaria que establece su carácter de creador de obligaciones para ambas partes (73). Nos interesa destacar que, aunque a veces se presenten separadas, las ideas de igualdad entre las partes contratantes y la regla *pacta sunt servanda* están estrechamente unidas. Una vez perfeccionado el contrato, obliga por igual a ambas partes contratantes y en este sentido el artículo 1.091 del Código Civil es tajante:

«Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.»

Y también el artículo 1.258:

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.»

(73) *Idem*, pp. 90 y ss.

Es básica, pues, a la idea del negocio jurídico bilateral o plurilateral la de sumisión a lo pactado, en el marco de la igualdad de las partes contratantes.

Aquella colisión que se produce entre la posición de la Administración, del poder público, y la autonomía de la voluntad, tiene su principal manifestación en la sujeción de aquélla al principio de legalidad.

Por otro lado, respecto del particular, lo más importante no es, como se ha dicho en la doctrina, que el contenido del contrato le venga dictado unilateralmente (74), pues esto es ya hoy moneda corriente con respecto a las condiciones generales de los contratos (75), sino, en nuestra opinión, la progresiva y hoy día exorbitante erosión del principio *pacta sunt servanda* a través del derecho de variación o de modificación del contrato que a la Administración se le concede, independientemente de otros privilegios que desfiguran ya parcialmente este esquema clásico. Aunque las condiciones fueran dictadas, todavía queda la libertad de contratar, si se quiere meramente teórica, pero lo que dudosamente permitiría la subsistencia de un régimen contractual clásico sería esa absoluta desigualdad y la posibilidad por parte de la Administración de modificar el contrato.

Por supuesto que este proceso de «especialización», de «singularización» del contrato administrativo no ha sido instantáneo, sino gradual. Y por otra parte, tampoco ha sido total. Existe un contrato administrativo, más o menos «diferente» respecto de la imagen clásica, pero esto no es más que una apreciación de perspectiva. Allí está y compone un tipo más de ese supraconcepto, tipo que, en ocasiones, se acercará más a otras figuras distintas pero que, en todo caso, responde a un deseo de utilizar el tipo general en la actividad de la Administración.

La idea del contrato administrativo nace a través de una escisión en la antítesis actos de autoridad-actos de gestión. Estos últimos «... esconderán siempre una situación contractual...» (76). Estos actos de gestión pertenecen al ámbito de la actividad privada de la Administración y, por lo tanto, son residenciables ante los Tribunales ordinarios. Posteriormente se va a sentir la necesidad de excluir de

(74) VILLAR, *op. cit.*, p. 4.

(75) DE CASTRO: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*.

(76) VILLAR: *Lecciones*, p. 7.

la revisión por los Tribunales ordinarios determinados tipos de actos de gestión, tipos que van a ser los mismos en Francia y en España. Estos tipos son: los contratos de suministros al Ejército, la venta de bienes nacionales y los contratos o concesiones de obras. Lo más importante de este hecho es que, como señala VILLAR:

«... ello —notémoslo— no implicaba solamente un fuero especial, sino también la aplicación de distintas reglas de fondo en la regulación de dichos contratos; así, por ejemplo, en materia de interpretación, garantías, error, presunción posesoria, abono de frutos o intereses, etcétera» (77).

Es decir, lo que comienza por ser un producto —causa efecto— de la partición de jurisdicciones, tanto en Francia como en España, se convierte poco a poco en una figura autónoma que desembocará en un régimen jurídico peculiar, en el moderno contrato administrativo. El siguiente paso será librarse de la dura servidumbre de la supletoriedad de las normas de Derecho Común (art. 16 del Código Civil), mediante la autointegración del Ordenamiento Jurídico-administrativo. (También art. 65, hoy derogado de la LACHP.) Como señala VILLAR en resultado final:

«Cabalmente el surgimiento del Derecho Administrativo, en cuanto Derecho autónomo, desemboca en una larga trayectoria de destrucción de técnicas contractuales que devienen en técnicas propias de la Administración» (78).

Surge, pues, el contrato administrativo, tras la destrucción parcial (nunca la palabra estuvo mejor empleada) del contrato civil.

Dos problemas son los que, en este sentido, ha discutido la doctrina. El deslinde del contrato administrativo del acto y el deslinde del contrato administrativo del contrato privado de la Administración. Sólo la primera nos interesa.

Las posiciones doctrinales al respecto, alemanas principalmente, se mueven entre dos polos opuestos: el contrato como categoría ge-

(77) *Idem*, p. 9.

(78) *Idem*, p. 21.

neral y abierta a cualquier tipo de adaptaciones tácticas por parte de la Administración frente a la que defiende la visión del contrato administrativo como simple acto administrativo necesitado de aceptación.

Para OTTO MAYER, el contrato administrativo es una farsa que esconde un simple acto administrativo que necesita para su eficacia del consentimiento del administrado. Como una modalidad, en el fondo, de la doctrina «Mayer», JELLINEK habla de un acto de doble cara, queriendo reflejar la importancia de la cooperación del interesado, que llega a provocar la nulidad si falta; doctrina también mantenida por FORTSHOFF, aunque reduciendo las consecuencias en cuanto a la nulidad de su formulación.

Por el contrario, para H. PETERS el concepto de contrato, en la línea ya señalada antes por Díez PICAZO, es un supraconcepto aplicable también al contrato administrativo, pero nada más, sin que pueda pretenderse extraer un tipo puro e ideal y que coincida con el contrato administrativo, porque ninguna de las dos cosas es posible.

En esta línea de «relatividad de la construcción dogmática» se pronuncia SALZWEDEL, al rechazar en esta materia los conceptos y las teorías generales. Sin embargo, el mismo cae en dicho error al afirmar que el contrato «... surge y recibe su valor de la voluntad de las partes y tiende a un interés consignado en sus términos; el acto surge fundamentalmente de la Ley, del ejercicio de una potestad y encierra un interés normativo...» (79).

Una teoría o formulación que nos interesa especialmente es la de IMBODEN. Para este autor, «... el contrato respira libertad, tanto para contratar como para determinar el contenido del mismo (autonomía de la voluntad). Ahora bien, la Administración tiene su voluntad vinculada a la Ley, tanto en un aspecto como en otro, y ello implica que su actuación no puede adaptarse en esos casos a las reglas propias del juego contractual. Ahora bien, nada se opone a que la Administración contrate cuando tiene un cierto margen de juego libre, esto es, en aquellas materias en las que goza de potestad discrecional» (80).

No podemos estar de acuerdo con lo expuesto por VILLAR cuando dice:

(79) *Idem*, p. 28.

(80) *Idem*, p. 28.

«La realidad es que la categoría del contrato responde a tres ideas esenciales, como vimos: libertad en su celebración, autonomía de contenido normativo y reciprocidad de intereses. Los tres elementos esenciales se dan en algunas formas de actuación administrativa, tal como los contratos de obras públicas o —actualmente— los contratos de suministros...» (81).

Este es, de nuevo, el error hiperdogmático. Volvemos a la tentativa de trasplantar al orden administrativo el esquema puro del contrato civil y, además, sin ninguna posibilidad de éxito. La autonomía de contenido normativo y la reciprocidad de intereses llevan aparejado algo más: la regla *pacta sunt servanda*. ¿Dónde queda esta regla en el contrato administrativo y dónde la teórica igualdad de las partes?

Es interesante lo expresado por VILLAR cuando dice:

«... actualmente se ha producido un acercamiento de las categorías en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en Derecho alemán, los actos declarativos de derechos son irrevocables, en principio; por el contrario, en la situación contractual hay un poder de modificación a favor de la Administración dentro de ciertos límites: ciertas cláusulas son movibles, variables por la Administración (*potestad variandi*), siempre que indemnice al contratista...» (82).

Y esto significa dos cosas: por un lado, la confirmación de esa relatividad de los conceptos aplicable a la distinción contrato administrativo-acto administrativo, que dependerá de la calificación y del matiz que le dé la Ley. Por otro, esa misma relatividad respecto de la distinción contrato-contrato administrativo, dependiendo también de la situación concreta. No hay límites a la posibilidad normativa presente y futura.

Esta peculiaridad constante que caracteriza al contrato administrativo se manifiesta también en la confrontación de esa autonomía

(81) *Idem*, pp. 26 y 27.

(82) VILLAR, *op. cit.*, p. 27.

normativa de la que hablábamos con el principio de legalidad, al que debe estar ajustada la Administración en su actuación. También el contrato civil encuentra límites a esa autonomía en la existencia de determinadas normas de *ius cogens* que deben ser observadas. En el contrato administrativo, y como muestra de su especialidad, el artículo 3 de la LCE dispone:

«La Administración podrá concertar los contratos, pactos o condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberá cumplirlos al tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas, en su caso, en favor de aquélla.»

Dentro del marco de la Ley, la Administración actúa libremente, sometida, eso sí, al interés público, a la misma Ley y a los principios de buena Administración. No obstante, «... después de la adjudicación definitiva y de la perfección del contrato, éste no será anulable por este motivo ni por parte de la Administración ni por parte del contratista...» (83). Sólo lo sería en casos de nulidad de pleno derecho, artículo 47 LPA. Fuera de éstos, una vez perfeccionado el contrato, el pliego de cláusulas particulares es la *lex contractus*, aunque esté viciado de ilegalidad. Esta es la doctrina reiteradamente mantenida por el Tribunal Supremo y la que tajantemente defiende VILLAR en sus Lecciones (84), basándose en el tenor literal del artículo 44 LCE:

«Las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato...»

No puede ser pacífica esta doctrina de la aplicación a toda costa de la *lex contractus*. Una cosa es la singularidad del régimen jurídico del contrato administrativo y su diferenciación del tipo ideal privado y otra la transgresión de los límites de actuación que a la Administración le impone el principio de legalidad.

En esta línea apuntada, aunque en otro sentido, citamos a ARIÑO ORTIZ:

(83) *Idem*, p. 53.

(84) *Idem*, p. 55.

«Tal es el sentido con que hay que interpretar el artículo 10 de la Ley, bien diferente al artículo 1.275 CC, no obstante su analogía formal. Pues, en efecto, la afirmación de que la Administración puede concertar con los particulares los pactos o condiciones que tenga por conveniente, no es admisible en Derecho administrativo sin previas matizaciones. La voluntad de la Administración es, frente a la radical libertad (autonomía de la voluntad) que preside la contratación civil, una voluntad vinculada, de contenido «típico» en muchos casos... Por todo lo cual, frente a la presunción de Derecho voluntario que tiene el título IV del Código Civil, hay que afirmar la presunción de *ius cogens* que acompaña a la LCE, salvo que del propio precepto se deduzca lo contrario» (85).

Pero a continuación afirma:

«No es obstáculo alguno a ello la afirmación de que la filosofía propia del *contractus lex* exige la aplicación del propio contrato—sea legal o ilegal—como norma primaria de aplicación a la regulación jurídica del negocio. Y no lo es porque ambas afirmaciones se refieren a dos planos diferentes... la prevalencia de la *lex contractus* sobre las normas legales, contempla una situación jurídica final, consolidada..., se dirige a las partes en cuanto tales y constituye una exigencia ineludible del principio de seguridad jurídica...» (86).

Aunque, por lo dicho antes, no podemos estar de acuerdo con esta solución al dilema norma contractual-norma legal, que ni siquiera se produce en el terreno del Derecho privado, como ya hemos visto, donde impera la sumisión, bajo amenaza de nulidad, al Ordenamiento jurídico, sí suscribimos lo señalado por el mismo autor cuando dice:

«Como he puesto de manifiesto en otro lugar, el reconocimiento legal de la sustantividad del contrato administrativo se ha operado de modo patente a través de la reciente legislación que reconoce la sustantividad de la

(85) ARIÑO ORTIZ: *El contrato administrativo en el Derecho español*, p. 184.

(86) *Idem*, p. 184.

figura frente al régimen típico del Derecho civil. Sus-tantividad que no la hace irreductible ciertamente al cua-dro contractual y propio de éste, pero sí le da una serie de soluciones peculiares a muchos de sus problemas» (87).

La referencia a la distinción acto-contrato y al llamado «límite de la contractualidad» que hace este autor, es, a nuestro entender, excesivamente convencional. Parte por señalar que las consecuencias de tal calificación son importantes, aludiendo al sempiterno tema de la intangibilidad de las cláusulas convenidas frente a la posibilidad de anulación del acto. Problema mal planteado en cuanto, una vez se ha librado del lastre de la obsesiva generalización, ARIÑO vuelve a tratar de efectuar distingos. Es difícil sustraerse al conceptualismo, aunque se intente. Citando a MEILÁN, utiliza como criterio de distinción el que la concreción de la norma exija esencialmente (?) la voluntad del particular.

Sería acto todo aquello en que de la voluntad del particular sólo hiciera falta la aceptación. Pero, ¿qué voluntad esencial existe en un contrato adjudicado por subasta donde existe un pliego de condiciones impuesto por la Administración, en el que dicho particular sólo propone un precio y la Administración perfecciona el contrato a través de la adjudicación o aprobación definitiva, como se establece en la Ley de Contratos del Estado?

En mi opinión, la misma voluntad, en un proceso inverso, que existe en los casos de aceptación de un acto administrativo unilateral necesitado de la misma. La argumentación precitada es, cuando menos, pura metafísica.

Insistimos, a riesgo de caer en la machaconería, en una idea que nos parece clave. Puede resultar peligrosísimo una inflación generalizadora sobre el tema del contrato administrativo *versus* la idea de contrato en el Derecho privado y en la Teoría General del Derecho. Frente a las posturas contrarias, la realidad nos demuestra que el concepto de contrato es, usando un término de la dogmática penal, un concepto de caucho. La mejor prueba es el contrato administrativo. Existe y mantiene una especialidad que le diferencia de un lado del contrato privado de la Administración, y de otro, aunque en ocasiones no lo parezca, del acto administrativo unilateral. Que desde luego

(87) *Idem*, nota 6 a pie de página 184.

no se trata de un contrato civil, es evidente; incluso se ha tratado de recurrir a esta opinión para ignorar la propia normativa del contrato de Derecho privado y aplicar, con ese pretexto, una contraria. Por otro lado, la regulación de fondo de la institución es especial, respecto de las normas generales que regulan los actos administrativos unilaterales. Hay una Ley especial de contratos. La propia evolución de la figura puede confirmarnos este aserto. El corte seccional en los actos de gestión que verifica la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa de los contratos privados de la Administración va a ser seguido, a la luz de la doctrina del servicio público, por el «... intento de sustantivación jurídico-material de la figura» (88). Como sigue diciendo GARCÍA DE ENTERRÍA:

«En Francia ello puede decirse que es un resultado de la sustitución del criterio estructural actos de autoridad-actos de gestión... por el criterio sustancial del servicio público» (89).

Por el contrario, en España se invertirá la doctrina actos de autoridad y actos de gestión, considerándose a los contratos, en que la Administración actúa como persona privada, como contratos privados y a aquellos en los que actúa como autoridad, contratos administrativos, verdaderos actos de autoridad.

Lo cual, como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, habría llevado a «... haber colocado a nuestro Derecho en la línea de los Derechos alemán, suizo e italiano, remitiendo todo el grueso de la contratación de la administración con los particulares al Derecho privado y a la Jurisdicción ordinaria» (90).

No obstante no se seguirá esta línea de excepcionalidad del contrato administrativo, sino que se extenderá, por una directiva inmanente de la intervención administrativa en el sector privado, a todos los contratos (o casi todos) en que la Administración contrata con los particulares en un teórico plano de igualdad (91).

(88) GARCÍA DE ENTERRÍA: *La figura del contrato administrativo*, p. 103.

(89) *Idem*, p. 103.

(90) *Idem*, p. 106.

(91) *Idem*, p. 124.

Quedará al final la determinación de si el contrato es administrativo o no a merced de una evaluación de si el órgano administrativo ha actuado dentro de su competencia.

La concepción cercana al «supraconcepto» que defiende GARCÍA DE ENTERRÍA lleva como principal efecto el que el contrato administrativo, según este autor, cumple el esquema contractual clásico, y, aunque esto no lo dice, resulta inútil en su individualidad.

Como ejemplo claro de esta opinión, está su concepción del «hecho del príncipe» como una consecuencia de la facultad reglamentaria de la Administración, afectante no sólo a los llamados contratos administrativos, sino también a los contratos totalmente privados. Pero esto, para GARCÍA DE ENTERRÍA, no rompe el esquema contractual. Quizá no sea esto lo que lo rompe, pero ello supone un traslado hacia atrás del problema. Es la aparición de una Administración pública en el esquema contractual lo que lo matiza y lo diferencia del tipo puro, con igualdad, reciprocidad y regla *pacta sunt servanda*.

También para ENTERRÍA, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria es algo extracontractual, que resulta, no del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración (92). Pero entonces, podría decirse que la regulación específica del contrato administrativo sobra, porque todo se reduce a una excesiva manía del legislador de intervenir todos los aspectos de la vida social. Según esta tesis, la modulación del contrato privado por la Administración no lo deforma y lo convierte en un tipo especial porque la Administración actúa en ejercicio de potestades extracontractuales. Supone la reducción del espectro contractual-unilateral a que antes nos referíamos a aquel que va desde el acto administrativo puro y simple hasta el contrato privado de la Administración, pero sin pasar por el contrato administrativo.

En esta posición, mantenida con anterioridad a la Ley de Contratos del Estado, puede haber influido el tema de la anterior posibilidad de autointegración del Ordenamiento jurídico-administrativo. En la actualidad, en el capital y primario aspecto de la legislación aplicable, el artículo 4.3 diferencia perfectamente entre contratos privados de la Administración y contratos administrativos, en cuanto a la inmediata o subsidiaria aplicación de las normas de Derecho común. Y esta diferencia no es la única. Aunque este tema nos resulta marginal al

(92) *Idem*, pp. 122 y 123.

que nosotros nos estábamos refiriendo, la realidad muestra la existencia de un contrato administrativo, al que la Administración recurre por razones tácticas y al que diferencia del mero contrato privado de la Administración, mucho más respetuoso con el esquema de Derecho privado. (Totalmente respetuoso en cuanto se refiere a efectos y extinción.) Por otro lado, esta afirmación de la existencia del contrato administrativo se desdobra también o se proyecta hacia la técnica del acto unilateral. Frente a estos dos peligros de absorción podemos decir que el contrato administrativo existe con absoluta autonomía.

En el caso concreto de la concesión de suministro de gas y, en general, en todas las concesiones de servicios públicos, sólo después de la LCE se va a generalizar la concesión contractual. Lo cual no quiere decir que anteriormente no existiesen «concesiones», contratos e incluso que no fuesen, en un determinado momento, mayoritarios. Así lo atestiguan la Resolución de 17 de abril de 1877, sobre contrato del alumbrado de la población de Gracia; la Real Orden de 11 de junio de 1879, contrato para el alumbrado público y particular por medio del gas de la ciudad de Sevilla; Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1894; contrato de arrendamiento del servicio de alumbrado público por gas de los paseos, plazas y calles de Almería; Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1896, contrato de suministro de gas en Palma de Mallorca; Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1918, contrato de alumbrado público de la ciudad de Sevilla, con abundantes citas esta Sentencia de normas del Código Civil (93).

Los servicios públicos es evidente que se «concedían» (empleando la palabra con máxima reserva) por un contrato, respecto del cual el Derecho común era de aplicación supletoria inmediata. Esto no era de ningún modo favorable a la Administración, pero ya vimos que en España la figura del *contrat administratif* no se consagra definitivamente hasta la Ley de Contratos del Estado. Hasta ese momento, el Derecho común era un dique defensivo del particular, pues los pliegos particulares y el pliego general eran suplidos por el mismo. Se comprende perfectamente que en un determinado momento, confirmando lo que hasta aquí hemos venido diciendo del carácter táctico de las figuras, la Administración pasará a convertir el primitivo contrato en una resolución, en un acto administrativo unilateral.

(93) MEILÁN, *op. cit.*, pp. 147 y ss.

Parece claro que el Reglamento de 1956, elude cualquier consideración de la idea de contrato, configurándose la concesión de suministro, como una resolución modal y bajo término (arts. 6.º y ss. del Reglamento de 1956).

La aprobación de la regulación general que supone la Ley de Contratos implica la necesaria forma contractual, porque así lo dispone la Ley, de la concesión de suministro. El Reglamento de 1973 va a recibir todo el impacto de la Ley de Contratos y adoptará con salvedades e incorrecciones técnicas la misma orientación de aquélla. Y, sin embargo, si observamos atentamente los dos textos legales, Reglamentos de 1956 y de 1973, el cambio no es radical, por lo menos hasta el extremo de poder diferenciar categóricamente contrato y resolución.

Nos remitimos a este respecto a lo dicho anteriormente. La concesión de suministro es un contrato porque así lo establece la LCE, y como efecto más importante de esta sumisión figura la aplicación de un régimen jurídico básico contenido en la Ley de Contratos del Estado. Y nada más. La integración de lo hasta aquí dicho respecto del gas con la exposición general de la naturaleza del contrato administrativo es evidente. La prioridad de la declaración legal es total. Supone pasar de un régimen jurídico a otro distinto, con importantes matizaciones.

La racionalización de la materia que efectúa la Ley de Contratos es el más importante de los efectos que tiene esta afirmación de la idea del contrato administrativo. Tras ella puede estar paradójicamente una situación de presión por parte del administrado que lo prefiere a la resolución, pero tampoco a este respecto pueden hacerse afirmaciones tan tajantes como la que hicimos anteriormente respecto del paso del contrato de suministro inicial, a la resolución. A tanto ha llegado la identificación del régimen jurídico en algunos aspectos entre contrato y resolución-acto. Sin embargo, están los dos ahí, con vida autónoma e independiente.

D) *La relación entre concesionario y usuario. Referencia al contrato de suministro de gas*

Una vez estudiada en una primera aproximación la relación que nace con la concesión entre el concesionario y la Administración concedente, el otro gran haz de problemas que se nos presentan puede

ser agrupado alrededor de otra relación que también acabará naciendo de la concesión: la relación jurídica entre el concesionario y el usuario de la prestación.

A este respecto, falta un estudio pormenorizado del tema, un estudio sectorial y particularizado que huya de formulaciones teóricas, a las que es tan proclive el tema de los servicios públicos. Como señala RIVERO YSERN:

«El objeto de nuestro análisis presenta, indudablemente, multitud de dificultades por la distinta índole de los servicios concedidos, la estabilidad más o menos acusada en la relación que se entable entre el concesionario y el usuario y porque, en definitiva, es a la luz de cada derecho positivo donde pueden establecerse una serie de principios con suficiente validez» (94).

A pesar de lo cual, este autor intenta configurar la relación entre concesionario y usuario, de un modo general e incluso a veces, con cierta confusión entre lo positivo y una futura política legislativa, como una *relación estrictamente administrativa* (95).

Este autor diferencia dos aspectos completamente distintos; por un lado, el tema del acceso al servicio por parte del usuario, tema que resuelve a través de la figura del derecho subjetivo. De otro lado, la cuestión de la relación jurídica ya existente, una vez el usuario se encuentra ya disfrutando del servicio. Las restricciones a una teórica libre contratación son máximas. Citando a GARRIGUES:

«La coacción se da aquí en un triple aspecto; para el particular, al impedir que elija al otro contratante; para la empresa, al imponerle la celebración del contrato con el particular; para ambos, al imponerles el contenido sustancial del contrato» (96).

Pues bien, en el caso de que por parte del concesionario se incumpla la obligación de contratar con el usuario (obligación legal y no puramente material o de necesidad, como la del usuario), y basándo-

(94) RIVERO YSERN: *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, pp. 158 y 159.

(95) *Idem*, p. 159.

(96) GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, p. 26. Citado por RIVERO en nota 136 al pie de la pág. 161.

se en el régimen jurídico de los gases combustibles, RIVERO observa una primera nota «publicadora» de la relación: la posibilidad del usuario de acudir a la Administración para que ésta imponga al concesionario la obligación preexistente de contratar el suministro. Sobre ello volverá más adelante. Esto respecto del acceso al servicio. Si éste ya está prestándose, nos estaremos moviendo ya dentro de una relación jurídica, que es la que se trata de concretar en su naturaleza. Para la generalidad de la doctrina estas relaciones, por producirse entre concesionario y usuario, son de Derecho privado, aunque podemos perfilar o percibir tres tendencias al respecto: jurídico-privada, jurídico-pública y mixta (97).

Respecto de la primera posición, ZANOBINI ha defendido que no puede extenderse a la relación concesionario-usuario el carácter administrativo de la existencia entre Administración concedente y usuario. A nosotros esto nos parece de gran utilidad para poder comprender la tesis jurídico-pública, que tiene, en sus orígenes, mucho de esta confusión. La relación sería entonces una «...relación contractual sometida al Derecho privado...».

En la misma línea, GARCÍA DE ENTERRÍA equipara al concesionario a un industrial que presta el servicio en régimen de Derecho privado respecto de los particulares, independientemente de las facultades de vigilancia e instrucción que le corresponden a la Administración concedente e independientemente del poder tarifario.

En otro orden de cosas, ¿hasta dónde llegaría esta calificación de «administrativas» hoy día, con un régimen rigurosísimo de precios intervenidos y con un control cada día más intenso de las condiciones de la producción y el intercambio? Para GARCÍA DE ENTERRÍA, por último, y taxativamente, estas relaciones privadas están sometidas al Derecho común y a la Jurisdicción de los Tribunales ordinarios (98). Para esta doctrina el contrato es de los llamados «de adhesión», lo cual, a nuestro entender, es absolutamente meridiano; aduce RIVERO en contra de esto la imposición por la Administración de estas condiciones generales. Pero esto es una absoluta incongruencia, si nos fijamos, para citar un ejemplo, en el artículo 10 del vigente Reglamento de Gases Combustibles. Este incluye dentro del proyecto que ha de presentar el aspirante a concesionario:

(97) RIVERO, *op. cit.*, pp. 185 y ss.

(98) RIVERO, *op. cit.*, nota a pie de la página 144.

«Memoria general relativa a..., régimen de prestación del servicio..., contratación y tarifas máximas de concesión que se proponen...»

Luego es éste quien propone ciertas condiciones de la contratación, que naturalmente no podrán rebasar el marco de las condiciones generales y del Reglamento. Y, además, aunque así no fuera, es un argumento inaceptable, en cuanto que sigue siendo contrato de adhesión, a pesar de esta imposición reglamentaria. En la actualidad son muchos los sectores donde esta uniformidad de la contratación a través de las condiciones generales, casi siempre aprobadas administrativamente, existe. Y siguen siendo contratos de adhesión y contratos privados, sometidos a la regulación del Derecho común (tráfico bancario, bursátil, seguros, transportes, etc.). Hoy día, como señala el profesor URÍA, se está sustituyendo el elemento personal en la contratación por un elemento objetivo e impersonal, anónimo. Las condiciones generales de los contratos impuestas a las partes por la Administración o las que imponen los empresarios por delegación del poder público tienen un mismo efecto, según el mismo autor: se convierten en Derecho objetivo, en normas (99). Pero, ¿esto que quiere decir?

Desde luego, no lo que pretende ver RIVERO en su trabajo. La Administración, el Poder público, establece unas normas de *ius cogens* que deben ser observadas a la hora de contratar, de la misma forma que el Código Civil o el de Comercio escapan a veces de su tenor dispositivo y establecen la obligatoriedad de que el contrato tenga unas determinadas características. Y, por ello, el contrato no deja de ser civil, un contrato civil de adhesión. Ello no acarrea que la relación que nace de ese contrato sea una relación administrativa reglamentaria, como luego veremos. Está sometida a los Tribunales ordinarios, mantiene una fisonomía similar a un contrato o relación jurídico-privada. También hay muchos contratos, como ya hemos dicho, impuestos, como hemos visto, y por ello no dejan de ser privados. Lo que ocurre es que, hoy día, el criterio diferenciador de un contrato no es esa negociación, ese toma y daca del contrato químicamente puro. Más bien este carácter ha desaparecido en amplios sectores de la contratación. Pero sigamos con las tesis jurídico-públicas.

(99) URÍA; *Derecho Mercantil*, p. 23.

En la línea de lo dicho anteriormente respecto de la confusión entre la relación Administración-usuario y concesionario-usuario, ALESSI basa el carácter público de la relación en la consideración del concesionario como un ente auxiliar del Estado, capaz de dictar actos y disposiciones con carácter administrativo y sujetos al Derecho público. Así se fundamentaría la posible existencia de relaciones administrativas entre particulares (100).

Refiere también esta consideración al interés público que preside todo el régimen de prestación del servicio, debiéndose encuadrar esta prestación entre las de naturaleza administrativa hacia los particulares. En la misma línea, MOLTENI.

Para BENOIT, en construcción que no deja de ser original, al juez ordinario sólo compete la aplicación de cláusulas que no sean oscuras, correspondiendo la aclaración de éstas al juez administrativo. Esto no sucede en la práctica, según este autor y el juez ordinario no reconoce esta limitación que establece BENOIT a su labor, y fija, a través de la interpretación de todo tipo de cláusulas; «... el volumen real de las obligaciones del concesionario» (101).

Por otro lado, para este autor, los concesionarios no gozan de ninguna libertad: deben aplicar el Reglamento del Servicio y sus disposiciones tarifarias. Por ello, «... el usuario de un servicio público prestado por un concesionario se encuentra en la misma situación jurídica que los usuarios de servicios propiamente administrativos, es decir, en una situación legal y reglamentaria de Derecho público...». La famosa póliza o contrato de suministro es puro papel mojado, repetición de lo dispuesto en el Reglamento. También la atribución a la Jurisdicción ordinaria es un error, aduciendo este autor como razón el beneficio que les confiere esta atribución a los concesionarios y la mayor libertad en que les deja respecto del usuario.

Según este autor, y esto ya lo decimos nosotros, la diferencia entre gestión directa y gestión concedida no existe; hay una clara intención tras esto, pero nada más. Acaso también la ignorancia deliberada de unas concesiones que son radicalmente diferentes de los supuestos de gestión directa por el Estado en un fundamental aspecto: mientras que en un caso el Estado es el beneficiario de la actividad, en el de la concesión son los particulares, los que empleando una expresión castiza, se han llevado el gato al agua. Con matizacio-

(100) RIVERO, *op. cit.*, p. 168.

(101) *Idem*, p. 170.

nes, con intervenciones de la Administración, con todo lo que se quiera ver; pero la actividad está en manos del concesionario. A veces es importante aprovechar las lecciones del «realismo jurídico» y huir de una formulación normativa, precisamente para captar mejor la dimensión jurídica del problema. De momento, no nos extendemos más sobre este punto. Más tarde, al estudiar el tema en el sector de gases combustibles, contrataremos lo allí establecido con esta formulación doctrinal uniformadora y un tanto miope.

La tesis mixta, como todos los sincretismos, no es conveniente, ni siquiera lo suficientemente interesante como para su detallada exposición. Por ello la pasamos por alto (102).

RIVERO, en opinión ya personal, sostiene la tesis del carácter administrativo de la relación. Para DUGUIT, que cita, también es la razón definitiva el hecho de que el usuario no contrata, sino que se coloca al amparo de una normativa reglamentaria, especificada respecto de él. Otra razón que aduce RIVERO es la atribución a la Administración de la competencia sobre las reclamaciones, dudas e interpretación de las condiciones del suministro y cuanto se relacione con esta póliza.

Precisión que viene prácticamente vaciada del contenido que RIVERO quiere darle por el reconocimiento inmediato de unas cuestiones que le corresponden a la Jurisdicción ordinaria. Una vez más, la atribución de unas facultades a la Administración no supone la negación del carácter privado del contrato. La existencia de unas especialísimas y nada jurisdiccionales, en sentido estricto, Juntas de Detasas, en materia de transportes no excluye el carácter privado o mercantil del respectivo contrato. Las facultades de la Administración, limitadas a precisar el contenido del contrato no cierran la vía ordinaria en todas las materias que son de su competencia, siendo este procedimiento un intento de facilitarle al usuario dichas reclamaciones. Ocurre lo mismo en materias registrales, donde, junto a un recurso gubernativo, persiste con toda su fuerza la competencia de la Jurisdicción ordinaria, como ya señalé precisamente por ser ésta típica de la misma e irrenunciable (103).

No obstante, esta dualidad de vías siempre ofrece dificultades de interpretación, dificultades que no elimina la dicción demasiado escueta de las condiciones generales. El problema más importante es si la Administración vincula con sus decisiones a la Jurisdicción ordi-

(102) *Idem*, pp. 173 a 175.

(103) *La naturaleza administrativa del Registro de la Propiedad* (Inédito).

na. En ello no entramos. Mas aunque así fuera, ello no acarrearía la calificación pública del contrato y de la relación (aspectos indisolublemente unidos), sino la simple sujeción de los Tribunales a la Ley. Aun así el tema es muy dudoso. Y en el caso de acudir posteriormente a la Jurisdicción contencioso-administrativa, simplemente le vincularía, en cierto modo, el precedente jurisprudencial.

Por tanto, no existe esa Administración omnipotente y cuasi-judicial que RIVERO quiere ver. También ella está sometida a la revisión de su juicio. (Aunque, como hemos dicho, la colisión de Jurisdicciones siempre es enormemente problemática.) El otro aspecto a que se refiere RIVERO, el de la posibilidad de acudir a la Administración en caso de falta de suministro del gas, hay que situarlo en la misma perspectiva. También puede acudir a la Jurisdicción ordinaria, pues se trata de un contrato privado. Lo que ocurre es que se habilita un procedimiento más rápido, a través de la ejecutividad del acto administrativo. Respecto de las tarifas, se reproduce el problema de la dualidad de las jurisdicciones. En caso de modificación indebida de las tarifas, puede acudirse a las dos vías. En caso de impago, si el concesionario no goza de la vía de apremio, sólo a la ordinaria. Y en ninguno de los dos casos se excluye la vía ordinaria; ello es debido a la imposibilidad de hacerlo, ya que el contrato es civil y la Jurisdicción ordinaria mantiene sobre él su competencia.

El absurdo a que dice llegar RIVERO con resoluciones contradictorias de las dos vías no es achacable ni capitalizable con respecto a su tesis. Es o puede ser ambivalente y no presupone o prejuzga la naturaleza administrativa de la relación. Más que la total administrativización de la relación, que es una idea política más que otra cosa, desde una perspectiva jurídica interesaría más deslindar el juego de las Jurisdicciones tajantemente. Pero ello nada tiene que ver con esa administrativización de la relación concesionario-usuario.

Referencia al contrato de suministro: las condiciones generales; el régimen tarifario; las potestades del concesionario.

La obligación general e ineludible de la empresa concesionaria del suministro de gas, obligación, por otra parte, nuclear y básica, es la obligación de suministro. Así se deduce de la Ley de Contratos del Estado y también del artículo 34 del Reglamento de 1973:

EL SERVICIO PUBLICO DEL GAS

«Las empresas o entidades suministradoras están obligadas a efectuar los suministros a todo peticionario, en tanto tengan medios técnicos para ello...»

De igual modo, la norma primera de las «Condiciones de carácter general de la póliza» o contrato de suministro se pronuncia en el mismo sentido:

«Las empresas o entidades suministradoras están obligadas a efectuar los suministros a todo peticionario, en tanto tengan medios técnicos para ello...»

Y esta obligación de suministro se concreta a través del contrato, como establece el mismo artículo 34:

«...suscribiéndose al efecto el correspondiente contrato o póliza de abono.»

e igualmente la citada norma primera, con idéntica expresión. Pero esta póliza o contrato viene prefigurada de antemano por decisión de la misma Administración. Así se deduce especialmente del artículo 77 del Reglamento de 1973:

«Los contratos que establezcan las empresas suministradoras con sus usuarios a través de red de distribución responderán exactamente al modelo que figura en este Reglamento.»

¿Qué significa aquí red de distribución? No debemos entender esta expresión en un sentido físico, referida sólo a una red de tuberías y conducciones, sino en el sentido de sistema de distribución, cualquiera que éste sea; de no hacerlo así, excluiríamos de la aplicación de dicho modelo a los gases licuados del petróleo, al menos a los que se reparten en botellas o envases. Sin embargo, esto no es lo previsto en la póliza de abono, donde al tener que referirse al tipo de gas se incluye el manufacturado, el natural, los GLP y otros cualesquiera.

Y no obstante, hay alguna dificultad en el mismo Reglamento que oscurece esta solución. El artículo 55 establece:

«Las tarifas, condiciones de suministro y contratación especificadas en el artículo primero, en cuanto se refiere a los gases monopolizados se definirán conforme a las normas vigentes en el ámbito del Monopolio de Petróleos.»

Esta declaración es totalmente sorprendente y ataca directamente a esa generalidad con restricciones, como norma y no como excepción, que hemos venido manteniendo sobre el Reglamento de Gases Combustibles.

No obstante, la norma 30 de las condiciones de carácter general se refiere al suministro de gases licuados:

«Los usuarios que hayan contratado el suministro de gas en forma licuada, efectuado en botellas o envases, tienen derecho a que les sean facilitadas en su propio domicilio las botellas o envases dentro del plazo de veinticuatro horas, contadas a partir de la solicitud al distribuidor, si el centro de almacenamiento de éste se encuentra en la misma localidad del peticionario.»

La inclusión en las condiciones generales de una expresa referencia a este tipo de suministros es prueba evidente, junto a la referencia que a ellos se hace en la póliza, de la vigencia del modelo de contrato que incorpora el Reglamento.

No cabe otra interpretación del artículo 77. Puntualizado esto, podemos estar de acuerdo con el artículo 55 en la retención por parte del Monopolio del poder tarifario y modificativo de las mismas; es decir, por la inclusión de este artículo 55 en el capítulo VI, que hace referencia a «Tarifas y precios», así como por el tenor del artículo 53:

«Tanto las tarifas generales como las especiales, así como cualquier modificación de las mismas, requieren la aprobación oficial del Ministerio de Industria, realizada mediante resolución de la Dirección General de la Energía, *sin perjuicio de lo establecido en el artículo 55 para los gases monopolizados.*»

Puede deducirse que este artículo sólo se referirá a las tarifas y a su especialidad derivada de la problemática competencial que venimos

señalando desde el primer momento y a nada más que eso. (Aunque debemos dejar constancia de la escasísima importancia en este caso de la llamada interpretación sistemática, debido al desorden en este aspecto del Reglamento.)

En el capítulo que se refiere a «Contratos, facturación y fraudes» sólo dedica especial atención a este último, trasladando todo el complejo de derechos y obligaciones contractuales al capítulo «Suministros» (cap. V). El capítulo IV trata efectivamente de lo que predica, de las instalaciones, mientras que el capítulo III vuelve a confundirnos con el epígrafe «Obligaciones y responsabilidades», pues no hace luego referencia más que a obligaciones relativas a las instalaciones.

Así, por ejemplo, sujeción a las «Normas básicas de instalaciones de gas en edificios habitados» y al cumplimiento de los requisitos necesarios para que quede garantizada la regularidad y seguridad del servicio (¿obligación frente al usuario, frente a la Administración o frente a los dos?), artículo 24; necesidad de que las instalaciones las hagan empresas instaladoras con «carné de empresa con responsabilidad» y forma de obtener el carné de instalador, artículos 25 y 26; competencias y obligaciones en instalaciones de gas en nuevos edificios del técnico medio bajo cuyo control se realiza la ejecución material de la instalación del gas del nuevo edificio, del constructor de nuevos edificios y de la empresa instaladora, artículo 27, apartados 1 a 4; obligaciones de la empresa suministradora respecto de todos estos extremos antes aludidos, obligación que se refiere a la comprobación de su existencia, obligación de las mismas a realizar visitas periódicas de inspección, abarcando cada año, al menos, al 25 por 100 de los abonados, obligación de facilitar a cada abonado por escrito, cada dos años y también cuantas veces sean requeridos para ello, las recomendaciones de utilización y medidas de seguridad que los usuarios deban tener presentes para el uso del gas: obligación de llevar un Registro donde consten los datos recogidos en cada visita de inspección; obligación de cortar el suministro inmediatamente si las instalaciones no cumplen la normativa vigente; obligación de conservar las instalaciones hasta la llave de entrada al inmueble, artículo 27, apartado 5; obligación del propietario del inmueble de conservar las instalaciones de gas comunes al edificio, artículo 27, apartado 6; obligación del usuario de conservar las instalaciones a partir del contador y hacer el uso adecuado de las mismas, artículo 27, apartado 7.

La importancia de toda esta minuciosa declaración de obligaciones y, por lo tanto, de responsabilidades, es enorme. Puesto que toda esta regulación, que se incorpora a las condiciones generales, como luego veremos, está atendiendo al tema de la prevención de posibles accidentes y fugas, y las responsabilidades, a veces enormemente cuantiosas a que pueden dar lugar éstas, han de dilucidarse a la luz de estos artículos. Concretamente todas estas obligaciones de la empresa instaladora, de la suministradora, del constructor, del técnico medio, del usuario y del propietario se incorporarán a las condiciones generales, algunas de ellas con el carácter contractual de obligaciones a cargo de un tercero, ajeno a los contratantes, que son sólo usuario y empresa suministradora. No constituyen el meollo principal de las obligaciones contractuales del suministro, pero no por ello pierden su importancia. Es curioso señalar, volviendo a temas ya estudiados en la primera parte de este epígrafe, que en las condiciones generales se incluyen estas obligaciones de los terceros, poniéndose así de manifiesto el carácter contractual del suministro y desmintiendo una visión exacerbada reglamentaria según la cual no haría falta esta especificación.

El artículo 28, en lo referente a estas responsabilidades, efectúa algunas precisiones:

«Las responsabilidades en las instalaciones de transporte y distribución de gas y en las instalaciones interiores de las industrias no ubicadas en edificios habitados se ajustarán a la normativa correspondiente en cada caso.»

Quedan, pues, excluidos estos casos de lo establecido en el artículo anterior.

Nos interesa, aunque sólo sea de pasada, destacar la importancia, puesta hace muy poco de manifiesto, del régimen de responsabilidad. Si se defendiera totalmente el carácter administrativo de la prestación de suministro, lo cual supondría defender un régimen idéntico al que existiría en caso de tratarse de gestión directa por el Estado, como se ha hecho (104), las consecuencias en el orden de la responsabilidad serían insospechadas. La primera de ellas, la aplicación del

(104) RIVERO, *op. cit.*, en general.

régimen objetivo de responsabilidad de la Administración del Estado (arts. 40 LOE y 121 LEF).

Pero ello supondría haber aceptado previamente la existencia de una permanente y total actuación delegada del concesionario con respecto a la Administración, que sería lo que equipararía a la gestión directa con la concedida y lo que convertiría toda la relación concesionario-usuario en una pura y simple relación administrativa, totalmente extracontractual. Este es uno de los efectos inexorables de la expansión incontrolada de la doctrina del «servicio público», que se diría en algunos momentos que no tiene límites (105).

Pero sólo hay delegación respecto de las facultades de policía, como establece el artículo 203 del Reglamento de Contratos y, por lo tanto, en nuestra opinión sólo cabría hablar de extensión del régimen objetivo de responsabilidad en estos casos concretos de actuación de concesionario. Lo demás es algo totalmente aberrante.

La obligación de suministro es la principal a cargo del concesionario, a cargo del usuario cumple un mismo papel en importancia la de pagar las tarifas.

Este suministro puede realizarse (estamos refiriéndonos al suministro por canalizaciones), en régimen permanente o bien discontinuo; la distinción es importante en cuanto si se trata de suministro discontinuo la empresa puede suspenderlo de modo temporal, previo el aviso convenido con el usuario (art. 32 del Reglamento). También tiene importancia en cuanto puede determinar la utilización de una tarifa especial, aunque nada queda claro a este respecto a causa de la imprecisión del Reglamento.

Otro requisito o cualidad del suministro es que cumpla con las características señaladas por el Ministerio de Industria en la concesión. Nos remitimos a este respecto al artículo 33 del Reglamento.

La empresa está sometida a la genérica e indiscriminada obligación de suministro. Sin embargo, hay excepciones. Como dice el artículo 34, lo está

«...en tanto tengan medios técnicos para ello...»

Obligación que, dicho sea de paso, se hace extensiva, según este mismo artículo, «... a las ampliaciones que pueda solicitar cualquiera

(105) Así, en la doctrina francesa del servicio público, redefiniendo la Administración a su luz particular.

de los abonados, en cuyo caso la empresa no podrá variar las características del gas del suministro primitivo».

Volviendo al tema anterior, la empresa puede negarse al suministro por insuficiencia de medios técnicos, insuficiencia que deberá comprobar su fundamento técnico la Delegación de Industria respectiva, imponiendo en caso negativo la obligatoria prestación y oportuna sanción. Y esto tanto es aplicable respecto de los casos en que ya se haya formalizado el contrato (interrupción) como en aquellos otros en que la empresa se niegue a formalizarlo. No hay límites en este sentido al derecho subjetivo del particular. Así se deduce de lo dispuesto en el mismo artículo:

«Si la Delegación Provincial encontrara justificada la negativa de la empresa a suministrar a un petionario por falta de medios técnicos, la empresa suministradora no podrá admitir en lo sucesivo peticiones similares de otros nuevos abonados hasta haber llevado a efecto el citado suministro.»

Luego ya las había admitido, como quería demostrar. También está obligada la empresa a la ampliación de las instalaciones, previa autorización, si la recepción de nuevas peticiones así lo justificase y siempre que no se alteren los términos de la concesión, esto último por razones obvias.

Pero hay más casos en que la empresa puede negarse al suministro. (Aquí estudiamos supuestos de negativa a iniciar el suministro, diferente de la interrupción o corte del mismo). El artículo 35 establece:

«Las empresas o entidades distribuidoras no darán el suministro de gas cuando a su juicio la instalación de gas del usuario no cumpla los requisitos suficientes para garantizar una utilización segura y regular del gas, poniéndose en conocimiento de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria.

Asimismo no darán el suministro cuando el usuario se niegue a suscribir el contrato y la póliza de abono para suministro de gas con sus condiciones generales anejas.»

Esto es una derivación de la especificación técnica que deben cumplir las instalaciones receptoras y la obligación de vigilancia que se atribuye a la empresa suministradora en este punto (art. 27). Esto en lo que hace referencia a negativa inicial al suministro, completado por lo dispuesto en el artículo 27, apartado 5.4, respecto del corte del suministro:

«La empresa, si en las inspecciones realizadas comprueba que las instalaciones no cumplen la normativa vigente, cortará inmediatamente el suministro de gas, dando seguidamente cuenta a la Delegación Provincial del Ministerio de Industria, describiendo los hechos y justificando la medida adoptada.»

Sin perjuicio, en nuestra opinión, de la condición resolutoria tácita del artículo 1.124 del Código Civil, que autoriza no sólo a cortar el suministro, sino también a resolver el contrato. Así puede deducirse de lo dispuesto en la norma 18 de las condiciones de carácter general:

«La terminación del contrato por iniciativa de la empresa suministradora (salvo en caso de falta de pago), no la autoriza a dejar de suministrar gas si el abonado suscribe nueva póliza eligiendo libremente entre las tarifas que estén oficialmente aprobadas.»

¿Qué significa esto? Evidentemente que el contrato es civil y que a él se le aplica la normativa civil. (Sería mejor decir privado, pues estos contratos, por estar realizados en masa en el ámbito del giro o tráfico de una empresa, son obviamente mercantiles; entiéndase que cuando nos referimos a contratos civiles o civil lo hacemos refiriéndonos a contratos de Derecho privado.) Pero con una matización: sobre el contrato civil se impone la obligación legal de suministro. Y esta norma concilia ambas ideas. De un lado, puede resolver cualquiera de las partes por incumplimiento; pero, en el caso del incumplimiento del particular de cualquiera de sus obligaciones, una vez resuelto el contrato, si se opta por esto y no por el simple corte de suministro, cosa en nuestra opinión perfectamente posible, renace inmediatamente la obligación de contratar.

Apoyo para esta visión privada del contrato encontramos en la norma 17 de las condiciones de carácter general:

«Las cláusulas adicionales o especiales que se pueden insertar en la póliza no contendrán en modo alguno preceptos contrarios a los reglamentarios aprobados, ni precios superiores a los de las tarifas autorizadas y puestas en vigor con carácter general.»

Nada más lejano a esa pretendida situación reglamentaria del usuario, totalmente administrativa, que pretendía ver RIVERO. Aquí lo que existe es un contrato de Derecho privado y resulta inconcebible ver otra cosa.

Volviendo a nuestro tema, el Reglamento prevé también la posibilidad de suspender o cortar el suministro temporalmente. El artículo 36 establece una serie de causas, todas ellas por razones de seguridad. Estas causas no son reconducibles a las que tienen como motivo el incumplimiento por parte del usuario, que se recogen en lo ya dicho y en el artículo 48. En ésta existe un verdadero incumplimiento por parte del usuario mientras que en las del artículo 36 se trata más bien de razones objetivas o no achacables a la voluntad (dolosa o culposa) del usuario. La diferencia no es trivial, pues el régimen en cuanto indemnización y resolución es distinto. (Hay que estar una vez más al Derecho común). Podrán suspender el suministro estas empresas por razones de seguridad, temporalmente y el tiempo indispensable, previa conformidad de la Delegación Provincial de Industria y previo aviso de los usuarios para proceder a reparaciones o revisiones imprescindibles en sus instalaciones.

Por otra parte, e independientemente de las especiales características del régimen discontinuo o interrumpible previsto en el artículo 32, también podrá cortar el suministro temporalmente «... en los casos en que por los usuarios comerciales o industriales se produjeran condiciones anormales en su consumo que pudieran repercutir en el correcto servicio a los restantes servicios o se originasen graves riesgos, advirtiendo oportunamente el restablecimiento del servicio...» (Art. 36 del Reglamento de 1973). Como se ve, el artículo confirma lo ya dicho. También podrá ordenar, por razones de carácter general y objetivo,

«...con carácter inmediato, el cierre o paralización de instalaciones cuyo funcionamiento defectuoso resulte peligroso con carácter general.» (Art. 36 *in fine*.)

También hay otro supuesto, éste motivado por incumplimiento del usuario, de corte de suministro en el artículo 39, que hace referencia al tema de la cooperación de los usuarios en las acometidas y su regulación, tema en el que no vamos a entrar, remitiéndonos al Reglamento. Este artículo, en su párrafo tercero, dispone:

«En los casos en que las acometidas que sean propiedad de los usuarios no se encuentren en las debidas condiciones de seguridad, será obligación de la Empresa cortar el suministro hasta tanto se hayan efectuado las reparaciones pertinentes.»

Cosa lógica al trasladarse la propiedad y, por lo tanto, la responsabilidad en la conservación de las acometidas desde la empresa al usuario.

Respecto al cambio de las características del gas suministrado, el artículo 38 lo somete a autorización, cosa que ya había hecho el artículo 8, apartado c). Por otra parte, las empresas quedan obligadas con los usuarios a adaptar la instalación al nuevo gas, sin coste para el usuario. Esto debe también considerarse aplicable no sólo al cambio de algunas características, sino al cambio de un gas a otro. Por otro lado, y como venimos manteniendo, esta modificación ¿le da derecho al usuario a resolver el contrato, con los efectos que ello lleva aparejado? Después veremos la respuesta.

¿Qué ocurre si el incumplimiento viene de una falta total o parcial en el suministro por parte de la empresa? Evidentemente, el particular sigue teniendo derecho a la resolución; pero, si no opta por ella, son aplicables las normas de los artículos 40 y siguientes, especialmente de los artículos 46 y 47 sobre suspensión de la percepción de los mínimos de consumo fijados y reducción o devolución del importe de las facturas en las cuantías allí establecidas. Sólo se exceptúa el supuesto de fuerza mayor. ¿Y en el de caso fortuito?

Según el 1.105 C. C. no respondería el concesionario y no habría lugar a indemnización. Ante la disyuntiva de aplicar una norma u otra,

creemos que debe prevalecer la normativa civil. Así, el concesionario no respondería en ninguno de los dos casos, aunque el tema es discutible.

Para terminar con este análisis del contrato, nos interesa reseñar, dentro de las que antes llamábamos causas de resolución (y de corte de suministro, según proceda), por culpa del usuario, las del artículo 48:

a) Falta de pago salvo que hubiera hecho antes una reclamación sobre dicho importe. (En todo caso, debe depositar la suma, y de no hacerlo procede el corte del suministro).

b) Falta de pago de las cantidades resultantes de la liquidación firme de fraude o en el caso probado de su reincidencia.

c) Uso del fluido en forma o para usos distintos de los contratados.

d) Autorización del usuario para establecer (o cuando establezca el mismo), derivaciones de su instalación para otros locales o viviendas diferentes a las consignadas en su contrato de suministro, o reventa o ceda a terceros el gas suministrado.

e) Obstrucción a la entrada en el local del personal autorizado en la empresa, en los casos consignados en el artículo 48, apartado c).

Por otra parte, el artículo 49 concreta la obligación de suministro en el caso de suministros de gas en forma licuada efectuado en botellas o envases, en la forma que ya señalamos antes y que allí se expone. Tanto sobre este tema como respecto del suministro a granel nos remitimos a lo establecido en los artículos 49 y 50.

Aplazado para más adelante el estudio de las tarifas y remitiéndonos al Reglamento en lo relativo a «Aparatos de medida, laboratorios y verificación» y fraudes (capítulos VII y artículos 79 y ss., respectivamente, del Reglamento), sólo nos queda poner de manifiesto dos notas de lo hasta aquí dicho.

— En primer lugar, la naturaleza indiscutiblemente privada del contrato de suministro, cosa que se evidencia de la simple lectura del mismo y de las condiciones generales contra lo mantenido por un sector doctrinal, siempre desde una perspectiva de «teoría general».

— En segundo término, y en relación con lo anterior, el mantenimiento de una Administración interventora, por un lado en ejercicio

de poderes típicos de policía («policía de pesas y medidas»), y por otro en constante intervención en la ejecución del contrato, mantenimiento que supone la persistente dualidad de jurisdicciones y el problema que ello supone. Aquí, en este último punto, ¿hay algo más que pura y simple policía?

Aquí aparece el intento totalizador y tentacular del servicio público. De esa simple policía de pesas y medidas que ya se manifiesta en 1860 con el sometimiento a aprobación de los modelos de contadores, a la necesidad de autorización para todo corte o interrupción en el suministro hay alguna distancia.

Por el contrario, puede mantenerse que en todo caso lo único que existe es una fuerte intervención de la Administración, que incluso llega a rebasar la simple policía administrativa y extenderse en algunos casos a la relación concesionario-usuario, pero sin publicarla nunca del todo.

Respecto a las «Condiciones de carácter general», en principio era previsión nuestra que constituyera un epígrafe importante. Sin embargo, hemos ido adelantando ideas al respecto y poco nos queda por decir. Por otra parte, esas condiciones generales incorporan, por prescripción legal, la normativa contenida en el Reglamento. Ni ellas pueden ir contra éste ni tampoco las cláusulas especiales que se inserten, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.

Sólo dos importantes precisiones. De un lado, la norma 23 prevé el posible traspaso de contrato y lo somete al consentimiento escrito de la empresa suministradora. Por otro, la norma 28 contesta la pregunta hecha por nosotros anteriormente respecto de la posibilidad de resolución del contrato con indemnización del Derecho Común.

Esa norma 28 establece:

«La Empresa suministradora podrá modificar los límites de presión y poder calorífico del gas suministrado en la medida y proporción que los avances del servicio y las necesidades de la técnica así lo aconsejen, incluso para el tipo de gas, sin que por ello el abandono tenga derecho a reclamación o indemnización de clase alguna, siempre que tales variaciones del tipo de gas y sus características sean autorizadas por el Ministerio de Industria o por las correspondientes Delegaciones Provinciales del mismo.»

Con esto damos por terminado el estudio en concreto del Reglamento de 1973, en lo que se refiere al contenido de derechos y obligaciones del concesionario y usuario, junto con el análisis de las principales notas de las llamadas «Condiciones Generales».

Todo ello con el carácter introductorio que tiene este trabajo y desde una perspectiva opuesta a la que se mantiene por algún autor, caracterizando la relación jurídica entre concesionario y usuario en términos «administrativos» o «administrativizados», con las matizaciones ya introducidas anteriormente. Independientemente de lo que digamos en relación con las tarifas nos parece claro que esta relación no sale del ámbito estrictamente privado aun teniendo en cuenta la superposición sobre ella de la obligación legal de suministro.

Sólo nos queda por estudiar el tema de las tarifas. El capítulo VI del Reglamento se refiere a tarifas y precios. Tras clasificar las tarifas en generales y especiales (art. 52), el artículo 53 del Reglamento somete ambas a aprobación administrativa del Ministerio de Industria. Esta es una de las manifestaciones de esa extensión del régimen concesional a través de la conexión Administración-concesionario-usuario. Como ya vimos, constituye excepción a esta declaración de competencia tarifaria, lo relativo a gases licuados del petróleo (arts. 53 y 55).

No resulta clara la diferenciación entre tarifas generales y especiales. Según el artículo 52:

«Las tarifas generales son aquellas autorizadas a la Empresa para los suministros de gas realizados a través de una red de canalizaciones y medidos por contador para usuarios abonados, fundamentalmente domésticos, sin excluir a los comerciales o industriales.

Las tarifas especiales se refieren a los suministros efectuados a los usuarios en régimen discontinuo o interrumpible que, por sus características o su carácter estacional u horario, alteren el ritmo de producción, conducción o distribución del gas. Dentro de esta modalidad se incluyen las tarifas de peaje por la conducción del gas a distancia mediante gasoducto.»

¿Cuál es entonces la diferencia entre tarifas generales y tarifas especiales? Porque dentro de la definición de tarifas generales, por ser tan amplia, caben las que luego llama el Reglamento tarifas especia-

les, si lo observamos detenidamente. Lo más sencillo sería probablemente identificar ambos tipos de tarifas con los dos tipos de suministros que establece el artículo 32: permanente y discontinuo-general y especial. Sin embargo, tampoco el artículo 52 deja margen para ello; y además el artículo 32 se refiere al suministro y en cambio el 52 abarca también al transporte, calificando a las tarifas por conducción de gas a distancia mediante gasoducto como tarifas especiales (art. 52).

El artículo 54 establece el procedimiento para la aprobación o modificación de las tarifas de gas, y a él nos remitimos.

Por último, este capítulo diferencia la tarifa, nombre del precio del suministro o transporte-conducción en los casos de concesión, del precio. Este precio es la contraprestación de una actividad que no está sometida a concesión. Así, el artículo 56 habla de:

«Los precios del gas natural licuado o del gas natural de emisión producido en una planta de regasificación y fraccionamiento, suministrado a un concesionario de una distribución pública de gas...»

sometiéndolos a aprobación del Ministerio de Industria.

El artículo 57, lo hace respecto de:

«...los precios de transferencia de gas natural entre Empresas de gas...»

haciendo con ellos lo mismo.

¿Están sometidas estas operaciones a concesión? Todo depende, como señalamos ya anteriormente, de la interpretación de la definición que da de «Suministro» el Reglamento:

«Es la entrada del gas a las instalaciones receptoras del usuario o distribuidores.»

No parece que puede configurarse o construirse esa posibilidad. Aunque ya señalamos en su momento que las dos posibilidades quedaban abiertas, respecto de aquellos casos límites, y estos dos lo son, hay que interpretar en sentido restrictivo dicho artículo tercero, en la dirección de suministro directo a los particulares y no a la empresa concesionaria, a pesar de la expresión desafortunada que emplea el

artículo 2.º para definir el suministro. Lo normal es que la empresa produzca, conduzca y distribuya. Pero puede no ocurrir así.

No creemos que aquí quepa hablar de concesión y en apoyo de ello puede venir la consideración que el artículo 56 hace de la contraprestación como precio. Sí que está sometido a concesión, en cambio, el transporte hasta las instalaciones de distribución, pero no el suministro a éstas. Aun con todo, el tema es, una vez más, oscuro.

Con esto dejamos el tema por terminado. No entramos en la conocida polémica sobre la naturaleza de la tarifa y ello se debe a una razón de economía y al carácter introductorio de este trabajo, remitiéndonos respecto a la potestad tarifaria, a la bibliografía existente al respecto (106).

E) *El régimen sancionador*

Como ha sido dicho en la doctrina, el concepto de servicio público segrega como una de sus notas típicas una genérica potestad sancionadora por incumplimiento de las órdenes o deberes de prestación.

Por otra parte, también se ha insistido en que este carácter genérico lleva consigo una gran elasticidad del tipo a la hora de precisar las infracciones que son objeto de sanción.

No hace falta observar con demasiado detenimiento el capítulo IX del Reglamento de Gases Combustibles para observar también esta elasticidad en la tipificación de las infracciones:

«La infracción de los preceptos contenidos en el presente Reglamento se sancionará...» (art. 84).

Y la misma elasticidad para determinar la cuantía de la sanción, pues dice este mismo artículo que:

«...se atenderá a la valoración conjunta de las siguientes circunstancias:

- a) Gravedad de la infracción en orden al posible peligro para la seguridad de las personas o cosas.
- b) Gravedad, en su caso de los daños producidos.
- c) Reincidencia en la infracción y en los preceptos de este Reglamento (?).

(106) ARIÑO ORTIZ: *Las tarifas de los servicios públicos*.

EL SERVICIO PUBLICO DEL GAS

Salvando la incorrección de la expresión empleada en el apartado c) con la supresión de esa «y», también podemos constatar esta vaguedad respecto a las sanciones.

Esto, aunque en el Reglamento no se establezca directamente esta cláusula general, supone prácticamente la extensión de la potestad sancionadora a todo aquello que obstaculice o entorpezca el desarrollo normal del suministro.

Esta potestad sancionadora se va a atribuir a los delegados provinciales del Ministerio de Industria, a los gobernadores civiles, así como al director general de la energía, al ministro de Industria y, por último, en casos de excepcional gravedad, al Consejo de Ministros, graduando con arreglo a la posición del órgano en la escala jerárquica la cuantía máxima de las sanciones imponibles (art. 84). Por otra parte ya hemos dicho que para graduar, dentro de cada escalón, y en general, el importe de la sanción, se atenderá a los criterios enunciados en el citado artículo 84. Este mismo artículo declara aplicables en la tramitación del expediente sancionador las normas del capítulo segundo (una vez más hay que salvar la errata), del título VI de la LPA. Por otra parte, el artículo 85 establece la posible acumulación a la sanción de:

«...la paralización o cierre de las instalaciones de que se trate, en el caso de que se derive de la infracción de los preceptos de este Reglamento la existencia de un peligro manifiesto y grave para las personas o las cosas.»

Lo cual no es sino repetición de lo ya dispuesto en el artículo 36:

«La Administración podrá ordenar, con carácter inmediato, el cierre o paralización de instalaciones cuyo funcionamiento defectuoso resulte peligroso con carácter general.»

El capítulo IX termina refiriéndose a la posibilidad de recurrir contra las resoluciones que se dicten sobre las materias reguladas en el presente Reglamento. Contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en las materias objeto del Reglamento, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo, previo el de reposición, en su caso (art. 86). Además, el artículo 87 prevé otro tipo de sanciones a imponer por la Organización Sindical y la Delegación Provincial del

Ministerio de Industria, para el caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 25, 26 y 27, y con absoluta independencia de las sanciones del artículo 84.

Dos son las notas que caracterizan, por lo tanto a la potestad sancionadora: generalidad en la tipificación de la infracción y vaguedad en la cuantía de la sanción; y, por otro lado, carácter acumulativo y no excluyente de las mismas.

¿Cuál es el fundamento de esta potestad sancionadora en el marco de la concesión de suministro de gas? En nuestra opinión, no es, una característica ínsita en todo servicio público, algo que, dogmáticamente y un poco porque sí, acompañe siempre a las actividades que son calificadas de servicio público. En la línea que expusimos más arriba, podemos decir que es simplemente el ejercicio de facultades de simple policía administrativa, dirigida a velar por la ejecución, en este caso, del contrato conforme a lo previsto (poder de dirección, inspección y control) como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, aunque en un sentido muy distinto:

«Este poder de dirección y control de la ejecución del contrato se traduce en instrucciones, órdenes y sanciones» (107).

De ser así, ¿alcanza esta facultad sancionadora a los supuestos de incumplimiento típicamente contractual del usuario, basándose en que se perjudica la marcha del servicio? En el caso de mala conservación de las instalaciones que le corresponde conservar, parece claro. Pero bien al contrario, en lo que llamamos incumplimientos contractuales típicos, como, por ejemplo, la falta de pago, la imposición de una sanción sería algo exorbitante. Pues esto es lo que sucedería de caracterizar la relación concesionario-usuario como algo estrictamente administrativo: al corte del suministro y posible resolución acompañaría una sanción por incumplir los preceptos del Reglamento. En cuyo caso habríamos llegado, a través de una cuadratura del círculo especialmente curiosa, al resultado contrario que se persigue con esa administrativización de la relación: en vez de a la protección del particular, al agravamiento de su situación como usuario del servicio.

Por el contrario, parece claro que este poder sancionador no puede entrar en el ámbito mismo de la relación contractual básica entre con-

(107) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso de Derecho administrativo*, p. 539.

cesionario y usuario. Sí lo hace respecto de la obligación de suministro (arts. 40 y ss.), pero ésta, al igual que la obligación del usuario de conservar en buen estado las instalaciones, es una obligación que escapa de la relación contractual de Derecho privado, que es general y que se tiene frente a la Administración, pues lo que se trata es de proteger y aumentar la seguridad de dichas instalaciones. Sólo respecto de estos casos actúa esa potestad sancionadora genérica que, como vemos, ya no lo es tanto; en estos casos sí que puede hablarse de situación reglamentaria. Pero no como hacía RIVERO, olvidándose que existe una parte que no lo es, que pertenece al Derecho privado, sino consignando sus límites. Por otra parte, y con este criterio, habría que dilucidar caso por caso y en concreto.

Este es el único planteamiento coherente con lo que hasta aquí hemos venido manteniendo sobre el carácter contractual privado como origen de la relación entre concesionario y usuario, carácter sobre el que se superpone una situación reglamentaria que crea obligaciones genéricas e inspiradas en el interés general (108). Esta es, en nuestra opinión y para terminar, la única forma válida de contemplar el problema.

III. INSERCIÓN DEL TEMA EN EL CONTEXTO MÁS AMPLIO DE LA NOCIÓN DE «SERVICIO PÚBLICO»

Aunque sea muy brevemente, no parece conveniente aislar el bloque jurídico que supone la regulación examinada, de la armadura teórico-doctrinal que sustenta toda esa regulación. Hacemos con ello referencia a la idea jurídica del servicio público, idea de enorme capacidad de expansión que no nos interesa tanto en su vertiente «definidora» del Derecho administrativo (DUGUIR y JÉZE), sino en la que ha servido para identificar una forma capital de la actuación administrativa. Si hay un sector donde esta idea ha arraigado y hasta puede decirse que en parte ha nacido, es el sector del agua, gas y electricidad. Hasta tal punto que, como hemos señalado, la normativa incorpora la noción de una forma estricta, renunciando a la función definidora de las leyes y dando por sobreentendido lo que esta idea significa. Esto

(108) Cabe matizar algo en el sentido de que es la posición del usuario la que más se mantiene en el ámbito del contrato privado, pues la del concesionario está totalmente impregnada de generalidad respecto de sus obligaciones.

es lo que hace el Real Decreto de 12 de abril de 1924, declarando Servicios Públicos los suministros de energía eléctrica, agua y gas.

Este fenómeno de recepción en los textos legales de toda aquella concepción doctrinal, es algo verdaderamente extraordinario. Porque la noción de Servicio Público que se manejaba en el siglo XIX no respondía a lo que luego va a significar, sino que se entendía en un sentido mucho más amplio. Así, por ejemplo, en los artículos 339 y 344 del Código Penal; también ha sido puesto de manifiesto en la doctrina (109).

A este respecto ha sido dicho:

«En el comienzo de nuestro Derecho administrativo, dominio público, obra pública y servicio público son técnicas de mutuo apoyo e igual cobertura que sólo cobran independencia al ir logrando sustantividad en los comienzos de nuestro siglo» (110).

La recepción en España del servicio público va a ser producto de la general recepción doctrinal del Derecho francés que se produce a su vez a lo largo del siglo XIX. No nos interesa reseñar aquí con exhaustividad la historia de esta idea en el Derecho francés, historia que, por otro lado, es una parte imprescindible de la historia del Consejo de Estado, verdadero creador de la noción.

Lo que sí nos interesa a los efectos de nuestro estudio es poner de manifiesto el punto final de la evolución francesa a este respecto. Y cuando nos referimos al punto final no lo hacemos en un sentido cronológico, sino en un sentido cuantitativo; ¿hasta dónde ha llevado a la doctrina del Derecho administrativo francés la misma idea de servicio público?

La respuesta es bien sencilla; hasta extremos increíbles. La escuela realista, principalmente Leon DUGUIT, llega a un concepto amplio del servicio público que constituya el eje y el núcleo esencial alrededor del cual se construya el Derecho administrativo, sustituyendo a la antigua noción de soberanía (111).

La actuación de la Administración, toda ella, es una actuación de servicio público. JEZE, en esta misma dirección, identificará procedi-

(109) PARADA VÁZQUEZ: *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho Español*, pp. 120 y ss.

(110) VILLAR: *La intervención administrativa en la industria*, p. 161.

(111) GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, p. 342.

miento administrativo y procedimiento de servicio público, régimen administrativo y régimen de servicio público; postura mantenida por el famoso *arret* Blanco, que convierte la noción de servicio público en criterio delimitador de las competencias enjuiciadoras de los Tribunales administrativos y los Tribunales ordinarios. Como dice con precisión GARRIDO FALLA:

«Surge así el servicio público como la justificación teológica del poder...» (112).

La noción de servicio público va a estallar en todas direcciones, aunque en España esta doctrina no haya sido recibida en este sentido. Quedarán resabios, como luego veremos, de esta concesión totalizadora que, aun dentro del concepto estricto del servicio público que se maneja, extenderán la virtualidad interventora de la Administración en la actividad de que se trate en todas direcciones, también en profundidad.

Pero volviendo a este concepto más actual y de mayor vigencia en España, el servicio público está configurado como una de las formas de actuación administrativa, perfectamente diferenciada de la policía y el fomento clásicos. ¿Cuáles son sus características? Para GARRIDO FALLA, y en general, con salvedades, para la doctrina, y operando a través de una diferenciación respecto al conjunto de la actividad estatal, el servicio público se caracteriza:

a) Frente a la función pública porque el servicio consiste sustancialmente en una actividad técnica, prestadora y asistencial.

b) Frente a la actividad administrativa patrimonial, que deriva del simple hecho de la inclusión en el patrimonio del Estado de unos bienes, industriales o no, el servicio público resulta ser una competencia asumida por la Administración con carácter necesario, es decir, por exigencias del interés público» (113).

Sobre estas bases de diferenciación de una parcela concreta de la actividad estatal, la doctrina va a construir toda una teoría total del

(112) *Idem*, p. 343.

(113) *Idem*, pp. 344-356.

servicio público, que tratará de resolver cualquier supuesto. A ella nos referiremos a continuación (114).

A una etapa de policía y fomento administrativos, ajustada la actividad del Estado a las llamadas «actividades esenciales», como justicia y orden público, sucederá otra etapa, en que, por imperativos de la técnica (y seguimos la exposición convencional), la Administración siente la urgencia de asegurar la prestación de determinados servicios, de vital importancia para la armonía social: estos son los servicios públicos.

Sin embargo, a este deseo de asegurar estos servicios esenciales se oponían dos obstáculos: de un lado, la propia debilidad material de un Estado de escaso presupuesto y sometido a la perpetua presión de las crisis fiscales, debidas a una defectuosa estructura impositiva; por otro lado, también existía otro tipo de debilidad, una debilidad psicológica o ideológica, pues no podemos olvidar que en esa época la ideología liberal estaba en el poder en casi todas partes. Luego junto a la inerme actitud que esto suponía ante la pujante y tentacular iniciativa privada coexistía una verdadera impotencia por falta de medios.

Surge como solución la figura del concesionario interpuesto, fórmula que al Estado le permitirá compatibilizar las dos posturas. Mantiene una titularidad *de iure* sobre dichas actividades y transfiere al particular funciones y actividades que no eran originariamente suyas, de las llamadas esenciales, pero que ahora sí que lo son. Una tercera etapa estaría reflejada en el movimiento nacionalizador, total o parcial, en una de cuyas etapas hoy parece que nos encontramos. Como dice MEILÁN GIL:

«El mecanismo ideológico Estado-sociedad reclama que... para intervenir en un cierto campo, el Estado necesite previamente declararlo de su competencia...»

Esta declaración de competencia exclusiva lleva consigo la necesaria concesión para que un particular pueda desarrollar esa actividad. Es decir, la unión de las ideas de servicio público y concesión en la doctrina, como ya vimos antes, es algo palpable; esto queda bastante claro si tenemos en cuenta que una de las notas diferenciadoras empleadas en la doctrina para distinguir la concesión de la autorización

(114) Cfr.: GARRIDO FALLA: *Tratado*, pp. 303 y ss.; ARIÑO: *Tres lecciones sobre el servicio público*. Prelección sobre el concepto de servicio público.

es precisamente el que aquella lleve aparejada la transferencia a un particular de funciones típicamente administrativas, la carencia de derecho subjetivo por parte del particular a ejercitar esa actividad privativa del Estado.

El acto de declaración de un sector o actividad como público, o *publicatio* en la terminología empleada por VILLAR PALASÍ, produce este efecto automáticamente: la necesidad inexcusable de concesión. Tal como hasta aquí se construye, y sólo así, la coherencia del razonamiento es total. Como etapas o fases del proceso de *publicatio* de la actividad pueden distinguirse, según ARIÑO, las siguientes:

- a) Regulación de policía progresivamente intensa. (Autorización.)
- b) Utilización especial o privativa del dominio público como título de intervención administrativa de aquellas actividades de servicio público que la exigen. (Autorización.)
- c) Declaración de la actividad en cuanto tal como servicio público cuya titularidad corresponde al Estado. (Concesión.)

Los artículos 196 a 198 del Reglamento General de Contratación del Estado nos ofrecen las siguientes notas:

1. Declaración de la asunción de la actividad, como propia del Estado.
2. Necesario contenido económico de los servicios que puedan ser contratados (concedidos), que, además, no deben implicar el ejercicio de poderes soberanos.
3. Respecto al mismo tema de la concesión, prohibición del otorgamiento de las mismas en exclusiva, salvo Ley especial.

Por otra parte, también habla ARIÑO de algo que a nosotros nos interesa especialmente. Es el tema de la utilización puramente táctica o política de la idea de servicio público. Reconoce que no hay «... un concepto genérico y absolutamente válido de servicio público». Sin embargo, pueden avanzarse como notas definitorias las siguientes:

1. Actividad estatal, esto es, asumida en su titularidad por el Estado.
2. Actividad destinada al público, esto es, a la utilidad de los ciudadanos.

3. Actividad de reconocida necesidad, indispensable para la vida social.

4. Actividad cuya gestión no supone el ejercicio de poderes soberanos.

Esto vuelve a llevarnos a ese concepto amplio de servicio público que mantiene DUGUIT. Sería «servicio público» todo lo que gestiona la Administración. Criterio que va a ser moderado por la doctrina francesa en base a la idea de función.

La función pública responde a la idea de la existencia de unos fines esenciales del Estado. Hace referencia a una normatividad jurídica, a unos fines esenciales que corresponden al Estado por naturaleza. Por lo tanto, habría que pensar, y así se dice, que estas llamadas «funciones» no admiten la gestión por particulares, pues se produciría el vaciamiento del concepto de Estado, su núcleo fundamental de actuación y su misma razón de ser.

Por el contrario, el servicio público hace referencia a unos fines de bienestar, no esenciales del Estado, pero sí indispensables a la vida social en un momento dado. Se trataría de una actuación social de prestación positiva, cuya titularidad correspondía originariamente a los particulares, que no supone el ejercicio de poderes soberanos y se ejerce a través de prestaciones de tipo técnico. Esta idea de no ejercicio de poderes soberanos, significa, según ARIÑO, que al particular no se le impone esa actividad, sino que se le ofrece. El servicio público «... no es actividad coactivamente impuesta...».

Las notas del concepto serían las siguientes:

- a) Actividad de prestación (positiva).
- b) Exclusividad regalista (o monopolio *de iure*), como algo distinto de la «exclusiva de prestación», en cuanto hace referencia a la reserva de titularidad del Estado y no al modo concreto de gestión.
- c) Régimen de Derecho público.
- d) Actividad indispensable (no esencial).
- e) Finalidades de utilidad general del público.
- f) Prestación regular y continua.
- g) Prestación al público.

Aun así ni siquiera con estas notas queda delimitada la figura. Esto se pone de manifiesto si tenemos en cuenta las posteriores correcciones y nuevas matizaciones que hay que hacer para diferenciarla de la

llamada «actividad productiva del Estado». VILLAR PALASÍ no es partidario de englobar dentro del servicio público esta actividad. Desvirtuaría el concepto.

A lo largo del estudio que hemos venido haciendo hemos ido señalando datos que nos permitirían tomar una determinada postura ante el concepto que examinemos. Por un lado, ha quedado demostrada, en el sector del gas, la desvinculación entre la idea de servicio público-titularidad y la concesión, el régimen concesional (Vid. *supra*). También al analizar la trayectoria zigzagueante de la intervención en el sector hemos podido observar la incoherencia de una abierta proliferación concesional en sectores teóricamente asumidos. Incluso en algún caso esto era algo flagrante.

¿Qué queda de esta idea de titularidad?

Las ideas de titularidad, esencialidad, prestación al público necesaria, insustituible, etc., son todas ellas, si se las analiza en profundidad, variables y contingentes. Por ello es difícil construir sobre ellas algo con una pretensión matemática de encuadre perfecto de la realidad.

Por ello, la validez de la idea de servicio público podría mantenerse siempre que se la reduzca a sus estrictos confines y se le prive de esa ambiciosa capacidad de expansión que lleva dentro.

De un lado, mantiene su vigencia como intento explicativo de la realidad del Estado, de la distribución de las actividades humanas entre el sector público y el sector privado, indicándonos en qué casos la intervención de la Administración en una actividad es lo suficientemente fuerte como para haberla asumido directamente o para, sin haberla asumido y en determinados casos concretos (estricta sujeción a concesión, además de otras peculiaridades que habría que ir viendo caso por caso), haberla sometido a una vigilancia y control que rebase los simples límites de una mera autorización de policía y la aproxime a la gestión directa. Este planteamiento supone un conjunto de metas más humildes para la idea del servicio público. Por un lado, la renuncia a esa pretensión explicativa total que la caracteriza, a esa vocación de generalidad. Por otro, la configuración del concepto de servicio público desde la idea de actividad estatal, de actividad administrativa, diferenciándola perfectamente de esta última, en que el Estado sí ha asumido realmente la gestión de dicha actividad. Por ello, todas esas notas generales de definición de la idea de «servicio público» de las

que antes hablábamos, no serían válidas a la hora de configurar el régimen jurídico de la actividad.

De otro lado, también la idea de «Función Pública» ha entrado en crisis parcial, si tenemos en cuenta recientes fenómenos de utilización de la idea concesional respecto de determinadas actividades que podría decirse suponen el ejercicio de poderes soberanos. Ello, unido a esa crisis también formal del concepto de Servicio Público, que se evidencia tanto en su aspecto puramente doctrinal, como en la desconexión titularidad-régimen concesional que hemos advertido en el caso del gas, nos permite concluir intentando buscar la clave del problema en la evolución de las funciones del Estado. Esta clave estribaría, más que en presentes o ficticias titularidades exclusivas *de iure*, en un examen a fondo de la actuación e intenciones del Estado en el terreno económico, así como de la correlación de fuerzas políticas. La evolución de esta intervención, la distribución entre el sector público y el sector privado del poder económico, la incapacidad del Estado para asumir determinadas actividades o la reacción social frente a dicha asunción, son mayores instrumentos de análisis que el examen teórico de la cuestión. En este aspecto, la futura Constitución española en su artículo 120 y en su actual redacción, tampoco viene a prejuzgar de modo absoluto «una congelación» de esa distribución entre el sector público y el sector privado, al señalar, con fórmula muy amplia, que «... mediante ley, se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio...». Será, por lo tanto, esa evolución política y ese comportamiento estatal el que nos oriente acerca de la realidad en esta cuestión decisiva de la iniciativa y gestión económica.