

La aparición de la “cláusula de progreso”: de la iluminación por gas a la iluminación eléctrica

Nuria MAGALDI MENDAÑA
Profesora titular de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba
Facultad de Derecho y Ciencias económicas y empresariales
Plaza Puerta Nueva s/n
14071 Córdoba
nmagaldi@uco.es

RESUMEN

La industrialización de la segunda mitad del siglo XIX supuso un cambio radical en las formas de vida. Ello conllevó, a su vez, la necesidad de prestación de servicios públicos como el agua, el transporte urbano y la electricidad. Estos servicios, originariamente prestados a través de empresas privadas, tuvieron que ser garantizados por las Administraciones públicas. Es precisamente el objetivo de garantizar tales servicios lo que explica la aparición de la cláusula de progreso.

PALABRAS CLAVE

Industrialización, servicios públicos, cláusula de progreso, gas, electricidad

ABSTRACT

During the second half of the 19th century, industrialization led to a radical change in the way of living, mainly in urban areas. This led, in turn, to the absolute need of providing some services as for example water supply, urban transport or public and private lighting. Those services, originally provided by private companies, had to be guaranteed by public administrations (first of all, municipalities). In order to guarantee their supply, the so called “progress clause” was created and introduced in many contracts between public administrations and private companies.

KEY WORDS

Industrialization, public services, progress clause, gas, electricity

JEL CODES: K20, N73, N93

La Revolución industrial y el trasvase campo-ciudad como origen de la “cláusula de progreso”

Es bien conocido que la aparición y el desarrollo de los servicios públicos de contenido económico, durante la segunda mitad del siglo XIX, está íntimamente vinculada al desarrollo científico y técnico derivado de la Revolución industrial. Como ha señalado, entre otros, Quintana López (2006), de los beneficios de dicho progreso científico y técnico “se quiso hacer partícipe a gran parte de la población, sobre todo a la que se va agrupando en los núcleos urbanos”¹.

En efecto, la invención de la máquina de vapor y, sobre todo, su aplicación a la industria determinó que un número creciente de capitales se invirtiera en la instalación de centros fabriles, mayoritariamente en los núcleos urbanos. Estos, a su vez, atrajeron rápidamente a la población rural, al ofrecer un trabajo permanente y además mejor remunerado. Por otra parte, los nuevos descubrimientos técnicos y científicos se aplicaron también a la producción agrícola, dejando sin trabajo a un buen número de trabajadores que, en consecuencia, se vieron forzosamente obligados a emigrar a la ciudad y abandonar el medio rural. A ello hay que sumar, además, que la aplicación del vapor a la navegación y al transporte terrestre mejoró sustancialmente, en cuanto a rapidez pero también en cuanto a coste, las comunicaciones entre los núcleos urbanos².

Este trasvase de mano de obra del campo a la ciudad generó un importante crecimiento urbano que, a su vez, llevó al deterioro de las condiciones de vida en las ciudades, como resultado de la insuficiente provisión de agua potable, luz o transporte urbano, que devinieron servicios esenciales³. El progresivo incremento de la población, sobre todo en los centros industriales, y el consiguiente aumento de las necesidades sociales derivaron en una creciente presión a los poderes públicos, fundamentalmente a los Municipios, para que intervinieran, asegurándolas y satisfaciéndolas, puesto que se habían convertido en auténticas necesidades primarias⁴.

¹ Quintana López (2006), p. 422.

² Magaldi Mendaña (2012), p. 27.

³ Posada (1915), pp. 348-352.

⁴ Magaldi Mendaña (2012), pp. 28 y 29.

Por imposición de los postulados liberales de la época, la mayoría de los nuevos servicios típicamente urbanos fueron asumidos, al menos en un primer momento, por empresarios privados mediante el instrumento de la concesión (de obra pública o de dominio)⁵. Ello ocasionó no pocos problemas entre concesionarios y Municipios, y entre estos y los usuarios quienes, en última instancia, veían cómo la prestación del servicio no siempre cumplía con los deseados estándares de cantidad o calidad.

Fue frecuente, en este sentido, que los concesionarios se atrincheraran en las cláusulas de los contratos y el capitulado, oponiéndose a la extensión de las obras y servicios si no había beneficio económico, siendo esto especialmente grave ya que el aumento de la población incrementaba consiguientemente las necesidades que debían ser satisfechas. Además, muchos de estos concesionarios, cuando llegaba una fecha cercana a la de la caducidad de la concesión, abandonaban el cuidado de la misma y sus instalaciones, de modo que el futuro concesionario (o la Administración municipal, si esta decidía hacerse cargo directamente de la gestión) se veía obligado a una renovación casi total del material. Los múltiples pleitos y contiendas judiciales que se dirimieron durante estos años en la mayoría de los países europeos pusieron de relieve la magnitud de este problema, que no únicamente era perjudicial para el bien común y los intereses ciudadanos, sino que –como habremos aún de ver– a menudo impedía, también, el progreso industrial y las innovaciones técnicas⁶.

Así las cosas, los poderes públicos trataron de corregir las disfunciones de la gestión privada mediante distintas técnicas e instrumentos; de entre ellos destaca, significativamente, la denominada “cláusula de progreso”, dirigida a evitar que el recurso a las empresas privadas como gestoras de las actividades o servicios impidiera o dificultara, debido a las normas de la contratación civil, el progreso técnico y la innovación tecnológica en la prestación de unos servicios que satisfacían necesidades de la colectividad. Y es que paradójicamente, y como ha señalado Quintana López (2006), el progreso técnico y científico fue el impulsor de los grandes servicios públicos de contenido económico; sin embargo, su originario sometimiento a la legislación

⁵ Más tarde, y como consecuencia de las dificultades que se derivaron de la prestación privada de tales servicios, los Municipios acabaron asumiendo la gestión directa de los mismos, previo rescate de las concesiones otorgadas a empresas privadas. Me he ocupado con detalle de ello en mi trabajo Magaldi Mendaña (2012).

⁶ Magaldi Mendaña (2012), pp. 30 y 31; Meilán Gil (2006), pp. 54 y 55.

contractual privada supondrá, a su vez, un obstáculo a la adaptación de dichos servicios a los avances científicos y técnicos que se van produciendo⁷.

La aparición de la cláusula de progreso en España: la contienda entre el Ayuntamiento de Sevilla y la *Sociedad Catalana para el Alumbrado del Gas*

Ha explicado MEILÁN GIL⁸ que la cláusula de progreso aparece, en España y en los países de nuestro entorno, de la mano del alumbrado público y, particularmente, del conflicto que, a finales del siglo XIX, se produjo entre la iluminación por gas y la iluminación por electricidad. Dicho conflicto es exponente claro de los cambios científicos que se estaban produciendo, por aquel entonces en Europa (y, al menos parcialmente, también en España) y que se asocian a la idea de la modernidad⁹.

En nuestro país, el pistoletazo de salida para el suministro regular de gas comienza con la creación, en 1842, de la *Sociedad Catalana para el Alumbrado del Gas*. Así, desde esa primera iluminación de las Ramblas de Barcelona, la industria gasista fue lentamente extendiéndose en nuestro país¹⁰.

Lo habitual fue que este servicio (vinculado a esa “ciudad moderna” y con un claro contenido económico) se otorgara en concesión a empresas privadas, que además eran mayoritariamente de capital extranjero. A las razones anteriormente mencionadas, vinculadas a los postulados liberales de la época, se sumaría, además, la idea de que la extensión de las prestaciones a amplias capas de la sociedad constituía una fuente de riqueza, de la que estaban llamadas a participar también las compañías privadas que iban a hacer frente, por encargo de la Administración, a la gestión de los grandes servicios públicos¹¹.

A pesar de aquella prestación privada, los Ayuntamientos no tardaron en intervenir intensamente sobre la actividad gasista (también la prestada a los privados), amparándose en que las empresas utilizaban el dominio público municipal para tender

⁷ Quintana López (2006), p. 422.

⁸ Meilán Gil (2006), p. 53.

⁹ Fernández Carrión (1999), p. 512.

¹⁰ Fernández Paradas (2009), pp. 109 y 110.

¹¹ Quintana López (2006), p. 422.

las redes de tuberías, en que ellos eran los principales consumidores y en la necesidad de evitar posibles abusos, pues se trataba de una actividad *de facto* monopolística¹². Por ello, y como consecuencia también de la ausencia de un marco legal claro, no tardaron en aparecer los conflictos (que llegaron a judicializarse) entre los Ayuntamientos (el ente otorgante de la concesión necesaria para la explotación) y las compañías de gas (concesionarias de dominio u obra pública, primero, de servicio público, después)¹³.

Uno de los principales puntos de fricción fue el denominado derecho de exclusiva: el concesionario obtenía el derecho a iluminar las calles y edificios públicos de forma exclusiva, lo que suponía, por un lado, la obligación de abastecer de alumbrado en el espacio público a quien lo solicitara si estaba situado a menos de una distancia determinada de las tuberías; y, por el otro, la posibilidad de excluir la actuación de cualquier otra empresa en el mismo territorio. En España, la mayoría de los convenios celebrados en los años cincuenta del siglo XIX incluían ese derecho de exclusiva, cuya estricta aplicación, derivada de la teoría civilista de contratos, impedía, por ejemplo, que los Ayuntamientos pudieran otorgar nuevas concesiones para el alumbrado público por electricidad¹⁴.

Es en este contexto en el que surge, precisamente, la “cláusula de progreso”: esta permitía anular el derecho de exclusiva si las empresas no introducían las innovaciones que, de acuerdo con los estándares técnicos científicos del momento, comportaban una reducción de precios y mejores prestaciones¹⁵. Como hace ya años expusiera Rodríguez Carrión (1999)¹⁶, la primera manifestación clara de la cláusula de progreso en nuestro ordenamiento jurídico la encontramos en la contienda que, en los últimos años del siglo XIX, enfrentó al Ayuntamiento de Sevilla con la *Sociedad Catalana para el Alumbrado por Gas* (en adelante, la Sociedad).

¹² Fernández Paradas (2009), p. 112.

¹³ Magaldi Mendaña (2012), pp. 30 y 31.

¹⁴ Fernández Paradas (2016), p. 53-56.

¹⁵ Fernández Paradas (2016), p. 54; Fernández Paradas (2009), p. 114. Esta tendencia se vio reforzada por la Ley Municipal de 1877, que declaraba expresamente la prohibición de privilegios y monopolios por parte de los Ayuntamientos, salvo algunas excepciones entre las que no se contaba el alumbrado.

¹⁶ Fernández Carrión (1999), p. 506.

Es preciso señalar que los conflictos entre el Ayuntamiento y la empresa concesionaria fueron constantes prácticamente desde los primeros años de utilización del gas para el alumbrado público; y que ellos se debieron, al menos en parte, a las deficiencias en el suministro del gas como consecuencia de la inadecuada utilización de los recursos técnicos disponibles, así como a su carácter obsoleto. En este sentido, ya en 1856 el inspector municipal, tras la inspección de la fábrica de gas, recomendó una mejora “hija de los adelantos de la ciencia”¹⁷, poniendo de relieve los vínculos profundos entre una adecuada prestación del servicio y los avances del progreso científico y tecnológico.

No obstante, lo cierto es que los conflictos van a intensificarse a partir de la década de los setenta, coincidiendo también con las primeras manifestaciones de la alternativa tecnológica de la electricidad. En efecto, es a partir de la década de los setenta del siglo XIX cuando los contratos celebrados por el Ayuntamiento comienzan a incluir cláusulas relativas a innovaciones tecnológicas y a progreso científico¹⁸. Ello va a generar mayores tensiones con la Sociedad que, al igual que la mayoría de empresas privadas concesionarias en ese periodo, se mostraba reacia a incrementar las inversiones con el objetivo de una actualización tecnológica; entre otros motivos, alegaba la escasa rentabilidad de dichas inversiones y la no necesidad de las mismas, dado el nivel de adecuación técnica que mantenía la fabricación y distribución del gas en Sevilla¹⁹.

El punto de inflexión, a nuestros efectos, lo marca el contrato que celebraron el 29 de septiembre de 1882 el Ayuntamiento de Sevilla y la Sociedad, en virtud del cual esta se hacía cargo del alumbrado público por gas durante treinta años. Entre las condiciones del contrato destacaba la cláusula 25:

“Si durante el curso de este contrato se descubriese un sistema de alumbrado distinto del gas aplicable al servicio público, cuyo resultado práctico, material y económicamente acuse conveniencia posible y probada y se haya adoptado en Madrid o Barcelona, el Ayuntamiento podrá adoptarlo también poniéndose de acuerdo con “La Catalana”; la cual será preferida a cualquier otra empresa para el alumbrado público. Si aún con esta

¹⁷ Fernández Carrión (1999), p. 510.

¹⁸ Así por ejemplo, a partir de 1871 la Sociedad aplicaba en Sevilla las innovaciones tecnológicas que aplicaba la central que tenía en Barcelona. Por su parte, la Compañía Sevillana de Electricidad empezó a incluir, a partir de 1871, exhaustivas cláusulas que determinaron un nivel tecnológico similar al alumbrado de Madrid, cuyos contratos eran la referencia utilizada por el Ayuntamiento de Madrid.

¹⁹ Fernández Carrión (1999), p. 509.

ventaja La Catalana en el término de tres meses manifestara no poder o no querer establecer el nuevo sistema o dejara transcurrir el plazo sin aceptar la obligación de plantearlo, quedará rescindido el contrato sin derecho por parte de la Empresa a pedir indemnización alguna. La sociedad se obligará igualmente a adoptar en la fabricación de gas de hulla los adelantos de la ciencia y la práctica que introducirán con buen éxito y acepten las fábricas de gas de igual importancia de la de Sevilla”.

En el momento en que se celebra ese nuevo contrato, 1882, el debate científico sobre las ventajas comparativas entre el gas y la nueva fuente energética, la electricidad, estaba ya en pleno auge y se centraba, básicamente, en dos cuestiones fundamentales: la potencia lumínica y el coste económico de cada una de estas fuentes energéticas²⁰. La intensidad de dicho debate tuvo que contribuir, decisivamente, a la aparición y consolidación de la cláusula de progreso, tal y como evidencia la judicialización del conflicto entre el Ayuntamiento de Sevilla y la Sociedad, como consecuencia del acuerdo de aquel con la *Compañía Sevillana de Electricidad* (en adelante, la Compañía) para la iluminación eléctrica de algunas calles de la ciudad. Dicho acuerdo, celebrado el 6 de marzo de 1906, establecía que la Compañía alumbraría, por el plazo de un año, varias calles de la población, por medio de energía eléctrica, hasta las doce de la noche, siendo sustituida desde esa hora hasta el amanecer por el alumbrado por gas; el Ayuntamiento lo comunicó a la Sociedad, pero sin esperar los tres meses preceptivos, previniéndola en cambio, el 3 de abril, para que suprimiera el alumbrado por gas en dichas calles hasta media noche. Aunque la Sociedad consideró lesionados sus derechos e infringido el contrato, no llegó a acudir a la vía contencioso-administrativa.

El Ayuntamiento de Sevilla acordó, pasado un año, ampliar el contrato celebrado con la Compañía hasta el 31 de diciembre de 1913, haciendo a la Sociedad las mismas notificaciones, pero sin esperar, tampoco, el transcurso del plazo de tres meses. En esta ocasión la Sociedad sí recurrió en vía contencioso-administrativa, lo que a la postre terminaría con la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1918²¹.

²⁰ Existía, en este sentido, una dualidad en el planteamiento de dicho debate: por un lado, en el debate entre los expertos municipales y la empresa, en el que predominaba el componente científico, con una clara proyección técnica; por el otro, el debate entre el Ayuntamiento y las empresas concesionarias, centrado fundamentalmente en consideraciones económicas, de costes, déficit y rentabilidad. Cfr. Fernández Carrión (1999), p. 513.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 146, de 30 de diciembre de 1918.

El Tribunal empezó señalando que la facultad exclusiva que la Ley Municipal otorgaba a los Ayuntamientos para la prestación del servicio de alumbrado público estaba condicionada por las cláusulas del contrato y, en particular, por la cláusula 25. Dicha cláusula, según se ha visto, establecía varias condiciones para que el Ayuntamiento pudiera variar las concesiones otorgadas: por un lado, que el sistema de servicio que se tratase de implantar hubiera sido adoptado oficialmente por los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona; por otro lado, que la Sociedad, tras un plazo de tres meses, hubiera manifestado que no quería encargarse de la implantación del nuevo alumbrado.

Ciertamente, la solución ofrecida por el Tribunal puede considerarse como una solución excesivamente formalista: la sentencia consideraba incumplida la condición temporal de la cláusula 25, puesto que el Ayuntamiento no había esperado los tres meses preceptivos. Con ello, además, había alterado unilateralmente las condiciones del contrato, con evidente perjuicio para la otra parte que, que cuando suscribió el contrato, lo hizo considerando una serie de ingresos por mantener encendidas todas las luces diariamente desde el anochecer hasta la medianoche y la mitad hasta el amanecer, y que ahora se verían disminuidos (el pago había sido estipulado por horas de alumbrado).

Sin embargo, no podemos infravalorar las apreciaciones del Tribunal en relación a las innovaciones tecnológicas como fundamento para la superación del monopolio o derecho de exclusiva. Así, la sentencia señalaba que la cláusula 25 facultaba al Ayuntamiento para que, siempre que se descubriera un alumbrado más económico y útil que el del gas pudiera establecerlo, con la única limitación de que si a la empresa le conviniera prestar el servicio, pudiera optar por hacerlo –por lo menos en las mismas condiciones que cualquiera otra compañía de alumbrado público–, lo cual hacía que no se pudiera considerar el contrato celebrado entre la Sociedad y el Ayuntamiento como un monopolio de alumbrado público a favor de aquella.

Es cierto, como ha señalado Fernández Carrión (1999)²², que en esa época las supuestas ventajas técnicas y económicas de la electricidad frente al gas no eran tan explícitas ni tan evidentes, lo que explica sin duda que la sentencia antes aludida añadiera que, si bien el sistema de alumbrado eléctrico había sido descubierto hacía bastante tiempo, aún

²² Rodríguez Carrión (1999), p. 514.

resultaba excesivamente costosa la producción de energía eléctrica, lo que no permitía su generalización. Este era el motivo, afirmaba, por el que no se había adoptado oficialmente en Barcelona ni en Madrid. Pero ello en nada obsta al reconocimiento de la existencia, en un contrato con un concesionario privado, de la cláusula de progreso en la prestación de los servicios públicos, que se erigiría más tarde en uno de los principios rectores de su régimen jurídico.

La “cláusula de progreso” como un instrumento jurídico para la adecuada prestación del servicio público

La contienda acaecida en el Ayuntamiento de Sevilla en relación con el alumbrado público por gas o electricidad²³ pone de manifiesto cómo se pasó del monopolio (o derecho de exclusiva) al derecho de preferencia o tanteo. Y ello fue debido, como entre nosotros ha estudiado MEILÁN GIL, a “la necesidad de adaptación del servicio a los nuevos progresos de la ciencia”, a la primacía de “la necesidad del servicio, es decir, la satisfacción de las necesidades de la sociedad”²⁴.

Se trató, por lo tanto, de un instrumento creado y arbitrado desde el Derecho Administrativo para permitir que la colectividad pudiera gozar de los beneficios de un progreso técnico que adquiere, a lo largo del siglo XIX, una trayectoria imparable²⁵. Un instrumento, en este sentido, de equilibrio entre el interés público y los intereses privados: por un lado, el interés público por aplicar a los servicios públicos las innovaciones aportadas por la ciencia y la técnica, con el objetivo de prestar un servicio de calidad a los usuarios; por el otro, la posición de los titulares –privados– de la gestión del servicio, proclives a prestarlo en los estrictos términos pactados²⁶.

²³ Sobre otros conflictos, que también llegaron a judicializarse, cfr. Magaldi Mendaña (2017), pp. 174-178.

²⁴ Meilán Gil (2006), p. 29.

²⁵ Meilán Gil (2006), p. 53.

²⁶ Quintana López (2006): p. 422. Esta tensión se produce no solo en España sino simultáneamente en diversos países europeos; como se ha indicado en texto, se intenta resolver modulando el tono riguroso de las cláusulas contractuales amparadas en el principio del *contractus lex*, con objeto de que el progreso científico y técnico, tan determinante en la creación del servicio, presida las prestaciones también a lo largo del dilatado periodo de vigencia del contrato, objetivo de difícil consecución. Cfr. para la parte comparada Meilán Gil (2006) y también Magaldi Mendaña (2014).

La introducción de la cláusula de progreso supuso, en este sentido, una solución de compromiso entre los intereses públicos (la prestación adecuada del servicio) y los intereses privados (la situación jurídicamente protegida del contratista) pero también una primera y aún tímida demostración de la capacidad creadora del Derecho Administrativo para superar las dificultades que un planteamiento civilista presentaba ante las exigencias ciudadanas para beneficiarse de los nuevos adelantos que el progreso ofrecía²⁷. Su vinculación con lo que más tarde teorizarían los *iuspublicistas* franceses con el nombre de principio de mutabilidad o adaptabilidad del servicio público es clara, erigiéndose en una de las piedras angulares del régimen jurídico de los servicios públicos junto con el principio de continuidad²⁸.

Bibliografía

Fernández Paradas, M., 2009. Empresas y servicio de alumbrado público por gas en España (1842-1935). *Transportes, Servicios y Telecomunicaciones* 16, pp. 109-131.

Fernández Paradas, M., 2016. La regulación del suministro de gas en España. *Revista de Historia Industrial* 61, pp. 49-78.

Magaldi Mendaña, N., 2012. El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos, INAP, Madrid.

Magaldi Mendaña, N., 2014. El debate sobre la municipalización de servicios en la Italia del siglo XIX: hacia la ampliación de los fines del Estado. *Revista Digital de Derecho Administrativo* 11.

Magaldi Mendaña, N., 2017. Los orígenes del concepto jurídico de servicio público en España a través de la municipalización del gas. En: Fernández Paradas, M./Miras Araujo, J./Bartolomé Rodríguez, I. *Origen, consolidación y evolución de la industria del gas en España (siglos XIX-XXI)*, Marcial Pons.

²⁷ Meilán Gil (2006), pp. 12, 53 y 58, poniendo de relieve la flexibilidad del Derecho Administrativo para adaptarse a las nuevas necesidades, liberándose de las “soluciones poco abiertas” del Derecho civil.

²⁸ Magaldi Mendaña (2017): pp. 178 y 190.

Posada, A., 1979. La ciudad moderna. En: Posada, A. Escritos municipalistas de la vida local (publicado por primera vez en 1915). Instituto de Administración Pública, Madrid, pp. 317-409.

Quintana López, T., 2006. Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas. Revista Española de Derecho Administrativo 131, pp. 422-444.

Fernández Carrión, R., 1999. La cláusula de progreso: la tecnología en las relaciones de las compañías de gas y el Ayuntamiento de Sevilla 1846-1939. Economía Andaluza e Historia Industrial (Estudios en Homenaje a Jordi Nadal), Universidad de Almería.