

3. Derecho Administrativo

LA LEY GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS DE 13 DE ABRIL DE 1877. (Una reflexión sobre el Concepto de Obra Pública)

Por el Dr. D. Santiago Rosado Pacheco

Profesor Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Extremadura.

S U M A R I O

1. INTRODUCCIÓN
2. EL NACIMIENTO DE LA LEY: LA LEY DE BASES PARA LA LEGISLACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS DE 29 DE DICIEMBRE DE 1876, UN MODELO TEMPRANO DE DELEGACIÓN LEGISLATIVA
3. LA ENUMERACIÓN PARLAMENTARIA DE LAS CUESTIONES BÁSICAS QUE AFECTAN A LAS OBRAS PÚBLICAS
 - 3.a) LA IDEA DE COLABORACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS PARTICULARES
 - 3.b) LA IDEA DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA
 - 3.c) EL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA PLANIFICACIÓN
4. EL BINOMIO OBRA PÚBLICA-DOMINIO PÚBLICO:
 - 4.a) LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE DOMINIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO CIVIL
 - 4.b) LA IDENTIDAD TÉCNICA ENTRE DOMINIO PÚBLICO Y OBRA PÚBLICA
 - 4.c) LA DISPARIDAD CONCEPTUAL ENTRE DOMINIO PÚBLICO Y OBRA PÚBLICA

5. LA OBRA PÚBLICA COMO TÉCNICA AGLUTINANTE DE UN RÉGIMEN JURÍDICO EXORBITANTE
6. LA LEY PLAN: EL SOMETIMIENTO ESPECÍFICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LAS CORTES
7. LOS ACTOS JURÍDICOS EN LA GESTIÓN DE LAS OBRAS SEGÚN LA LEY GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS DE 1877
8. CONCLUSIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, y desde un punto de vista jurídico, las obras públicas se encuentran sistematizadas para su estudio en un doble orden de cuestiones: las del dominio público, por una parte y en el régimen de los servicios públicos, por otra ¹. Esta doble orientación es esencial en orden a la correcta interpretación de la normativa jurídica que regula las obras públicas. Sin embargo, es obligado aclarar que, desde la óptica legal, jurisprudencial y doctrinal, nuestro Derecho siempre ha poseído una importante tradición en relación con los bienes de uso público, más tarde denominados bienes de dominio público, mientras que la revolucionaria teoría del Servicio Público nos ha sido impuesta desde las construcciones jurisprudenciales y doctrinales francesas. A este dato hay que añadir otro mucho más significativo, que es, en el fondo, el fundamento básico de este trabajo. Me refiero a que no existe, salvo, quizá, la regulación contenida en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (Título III), ninguna norma que regule globalmente el Servicio Público, y, además, la primera regulación del dominio público, en su sentido más moderno, está contenida en el Código civil de 1889, tratándose de una norma que, genéricamente, se ajusta más a los principios y régimen jurídico del Derecho privado.

1 De ahí, la expresión: «Bien es cierto que la idea de servicio público surge como un desgañe incidental del concepto de obra pública, secular en el mundo del Derecho... En los comienzos de nuestro Derecho administrativo, dominio público, obra pública y servicio público son técnicas de mutuo apoyo y de igual cobertura, que, sólo cobran independencia al ir logrando sustantividad en los comienzos de nuestro siglo», VILLAR PALASÍ, J. L., *La intervención administrativa en la industria*, Madrid 1964, p. 161. También, del mismo autor en *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid 1968, p. 155.

Frente a estos dos extremos nos encontramos con un dato sorprendente, la copiosísima normativa dictada desde el inicio del constitucionalismo y durante el resto del siglo XIX cuyo objeto es la regulación de las obras, normativa que desembocará en la Ley general de obras públicas de 13 de abril de 1877, estando aún parcialmente en vigencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, es obligado señalar que nuestra doctrina científica ha conseguido construir felizmente un concepto de dominio público con un sistema de principios generales que ha permitido reconducir hacia los mismos una gran diversidad de bienes —aguas, minas, montes, carreteras, etc.—, pero que ha prescindido en su elaboración de la especificidad de las obras públicas como concepto. Al mismo tiempo, y como cuestión de fondo, se ha admitido generalizadamente por parte de nuestra doctrina y, a veces, de la Jurisprudencia, que el concepto de servicio público es objeto de un régimen especial, distinto del privado, identificativo, e incluso fundamento, de las normas y procedimientos de Derecho público. Nuestra doctrina científica, siguiendo con verdadera obsesión el planteamiento que Duguit inició ², ha buscado la españolización de la idea de servicio público en nuestro siglo XIX, como título de cobertura, como título de potestad de la actuación de la Administración, apoyándose a la vez en las normas que regularon lo contencioso-administrativo y los contratos celebrados por la Administración pública para la ejecución de obras y servicios ³, manteniendo que, efectiva-

2 Está reconocido que el verdadero iniciador de la teoría del servicio público fue DUGUIT, con sus obras *Traité de Droit constitutionnel*, París 1911, y *Les transformations du droit public*, París 1913.

3 Véase, VILLAR PALASÍ, *La intervención...*, ob. cit., pp. 160 a 169; PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Sevilla 1963, pp. 68 y ss. y 117 y ss.; también GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid 1977, p. 469, cuya orientación es la siguiente: «Por lo que a España se refiere (el contencioso-administrativo), resultará decisiva al respecto la sistemática manipulación de los conceptos gubernativo y contencioso, que mediante la calificación formal de gubernativos de ciertos asuntos a través de leyes especiales... iría reduciendo progresivamente el ámbito de las cuestiones en las que el Consejo Real pueda decidir en primera instancia». Frente a este enfoque puede verse, GALLEGO ANABITARTE, *Administración y Jueces: Gubernativo y Contencioso*. Madrid 1971, especialmente pp. 146 a 161, donde se estudia el juego de lo gubernativo-administrativo y su contencioso en las leyes moderadas de 1943 y 1845.

mente, las normas dictadas durante el siglo XIX contenían las bases fundamentales del concepto jurídico de servicio público.

Por otro lado, y sin entrar en la ya aceptada crisis de la teoría del Servicio Público, resulta desesperanzador que los autores actuales expongan ideas como la que sigue:

«Resulta, pues, notorio que la noción clásica francesa del servicio público se ha deformado y ha perdido su precisión inicial, para convertirse en una idea vaga y confusa, que ha ganado en extensión a costas de exactitud y de claridad. Por eso, los propios juristas que han tratado de mantener el principio, con elaboraciones adaptadas a la nueva situación, acaban por llegar a conclusiones en las que admiten, con mayores o menores reservas, que la idea de servicio público, desde su postura inicial, pura, exclusiva y avasalladora, ha quedado relegada, por lo menos, a un plano secundario, cuando reconocen que la construcción clásica ya no constituye más que un mero anacronismo, un mito jurídico incompatible con la realidad actual»⁴.

o, como se ha dicho muy recientemente:

«Aunque el Estado es el gran prestador de servicios públicos, la economía se monta sobre ellos y de ellos viven los ciudadanos, paradójicamente nadie sabe con certeza —y el legislador menos que nadie— lo que es un servicio público»⁵.

teniendo en cuenta los principios jurídicos ya clásicos en el Antiguo Régimen (las justicias ordinarias conocían de lo contencioso, que era lo civil y criminal, mientras que las reclamaciones, quejas y recursos en asuntos gubernativos eran resueltos por los oficiales del Rey —Corregidores, Intendentes, Salas de Gobierno, etc.— articulándose desde el siglo XVI, una jurisdicción contenciosa en la propia Administración, especialmente en propios, pósitos, comercio, caminos correos, Hacienda, etc.) que sin solución de continuidad pasan al siglo XIX, siendo una muestra, como dice el autor, de que «los rasgos fundamentales del Derecho administrativo actual son el resultado de una penosa, larga y dramática evolución de instituciones seculares».

4 ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid 1960, p. 19.

5 Alejandro NIETO GARCÍA, en el prólogo (p. XVII) a la monografía de ARIMANY LAMOLLA, E., *La reversión de instalaciones en la concesión administrativa de servicio público*,

Esta situación empuja a preguntarse si nuestro Derecho proporciona suficiente material normativo que permita encontrar conceptos jurídicos suficientemente acuñados con el objeto de servir de opción a la maltrecha teoría del servicio público⁶. En una primera aproximación, parece que el concepto de obra pública, fuertemente apoyado en una profusa legislación especial, pudiera ser una respuesta, aunque parcial, a la cuestión de fondo que se ha planteado aquí. Concepto de obra pública que ha recibido, por el contrario, un tratamiento verdaderamente secundario y, se pudiera decir, que «de pasada». Esto obliga a reseñar, aún someramente, el estado de la cuestión.

Barcelona 1981. También puede ser considerada como espectacular la declaración de uno de los mejores especialistas en esta materia, a la que ha dedicado muchos años, VILLAR PALASÍ, en el prólogo a la monografía de VILLAR EZCURRA, *Servicio Público y técnicas de conexión*, Madrid 1980, prólogo también recogido en la obra colectiva *Libro Homenaje al profesor Juan Galvañ Escutia* (pp. 527 y ss.), donde se dice textualmente: «Que yo sepa, y al tema llevo dedicados más de veinte años, no se ha hecho, no ya el análisis de cada uno de los servicios públicos, sino que ni siquiera se ha iniciado el trabajo mucho más arduo de verificar una síntesis y aclarar de una vez para siempre, y ello no quiere decir que éste para siempre sea la perennidad del Derecho, sino, por el contrario, la certidumbre de lo que aquí y ahora es un servicio público, utilizándose contradictoriamente el término para algo que quizá esté en la mente del legislador y del operador jurídico, pero que carece de un auténtico deslinde que, de cierta manera, verifique qué actividades son servicios públicos, las agrupe en su homogeneidad categorial y venga, por primera vez, a destruir esta tela de Penélope en la que se entrecruzan posiciones doctrinales, políticas y dogmáticas totalmente antagónicas. Hay una segunda paradoja que quisiera poner de relieve. Mi preocupación por definir lo que es servicio público se remonta efectivamente a 1950, es decir, hace ya treinta años. Justamente cuando se trataba de verificar algo tan palpable como la crisis de esta técnica de intervención denominada servicio público. Así pues, ha de remontarse a bastantes años atrás y cabalmente a un tiempo en que mi preocupación investigadora se centraba en la crisis del servicio público como categoría. *Años después me di cuenta de que realmente no se puede hablar de crisis de una categoría sin haberla antes definido y delimitado. No se puede hablar de la ruina de un edificio si no se sabe a ciencia cierta cuál es*» (pp. 10 y 11).

6 No obstante, hay que aplaudir recientes trabajos como el de MARTÍN REBOLLO, L., «De nuevo sobre el servicio público», en *R.A.P.*, 100-102, vol. III (1983), donde se intenta un rescate de la idea de servicio público como técnica para hacer efectiva la declaración contenida en el art. 1,1 de la Constitución Española de 1978, en relación con el concepto de «Estado Social».

Colmeiro dedica nada menos que cuarenta y cinco páginas de su *Derecho Administrativo* al tema de las Obras públicas. Para el autor ⁷, son obras públicas «aquellas que interesan a la universalidad del reino, o a una comunidad de habitantes en cuanto forman parte del todo político y queda oscurecido su carácter de persona moral» ⁸. Además del concepto, el resto de lo dedicado a tan importante tema, es un práctico trasunto del régimen contenido en la Instrucción sobre Obras Públicas de 10 de octubre de 1845, las Leyes Municipales de 1863, y la Ley de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855. Siendo lo más destacable la justificación que da a la posición superior de la Administración en la relación jurídica con el particular:

«La concesión de una obra pública a cualquiera empresa implica la delegación a favor de un particular de una facultad propia de la Administración: le confía la satisfacción de una necesidad común y el desempeño de un servicio administrativo, por lo cual es justo que el Gobierno vele sobre el cumplimiento del contrato e imponga su ley al concesionario» ⁹.

Posada Herrera trazó un régimen jurídico, anterior a la Instrucción de 1845, que fundamentalmente radicaba en una titularidad pública, consecuencia del uso general a que está entregado toda obra pública, que financiada la misma a través de consignaciones presupuestarias, cuyo gasto estaba equilibrado por el importe de los ingresos proporcionados por los productos de arbitrios y portazgos. Para Posada, sólo se conocen dos medios para construir una obra pública: ejecutándola el Gobierno por sí, haciendo los gastos necesarios al efecto, o sacando la construcción a pública subasta, adjudicándola a la persona que la haga más barata y con mejores condiciones ¹⁰.

Puede decirse de estas primeras aportaciones que fueron parcas, pero aún no están contaminadas por construcciones foráneas y, al cabo, extrañas a las soluciones de nuestro Derecho positivo.

⁷ COLMEIRO, *Derecho Administrativo*, 1865, t. II, pp. 55 a 95.

⁸ *Ibid.*, p. 95.

⁹ *Ibid.*, p. 56.

¹⁰ POSADA HERRERA, J., *Lecciones de Administración*, vol. III, 1843, pp. 128 y ss.

Toda la doctrina posterior puede reconducirse a la misma técnica, fuertemente influida por los maestros franceses, y en especial por Hauriou. El común denominador de estos autores españoles es no entrar en el estudio del concepto de obra pública, limitándose a transcribir la noción enunciada en el art. 1 de la Ley General de Obras Públicas de 1877. Su enfoque se caracteriza por la idea de que «la prestación efectiva de los servicios encomendados al Estado, se traduce frecuentemente en operaciones de ejecución relativas a la construcción o conservación de un inmueble, por cuenta o a cargo de una persona administrativa»¹¹, es decir, se encuentra la obra pública en la teoría del servicio público, subrayando, si acaso, el carácter inmobiliario de la obra¹². Otra nota común consiste en la identificación de Contrata con Concesión, como consecuencia de la interpretación del art. 26 de la Ley General de Obras Públicas, que impuso la admisión generalizada de la naturaleza contractual de la conce-

11 De todos los trabajos de la época consultados en relación a la obra pública, sólo ha podido ser verificado un concepto de la misma que se adecúe con la orientación tradicional de nuestro Derecho, y llama la atención que fuera un Ingeniero de caminos, LAGOS MUÑOZ, A., «Bases para un proyecto de Codificación parcial del Derecho Administrativo en el ramo de las Obras Públicas», *Revista de Obras Públicas, Anales*, tomo IV, 1896, p. 22: «para entender bien el concepto que damos de Obra Pública al definirla, diciendo que es toda obra que siendo un bien de dominio público nacional, y por tanto, de general uso y aprovechamiento común, corre a cargo de una y otra de dichas entidades Estado, Provincia o Municipio, según nuestra Constitución vigente, para el solo efecto de velar por sus conservación contras las usurpaciones individuales y regular los aprovechamientos comunes, ya sean simultáneos, caminos, aguas del mar litoral, ya sucesivos, como riegos, movimiento hidráulico de artefactos y otros».

12 SANTAMARÍA PAREDES, V., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid 1888, pp. 786-787; también, POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid 1898, vol. II, p. 225; MELLADO, F., *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, Madrid 1894, p. 639; QUEREIZAETA, Saulo, *Derecho Administrativo*, Madrid 1930, p. 234; FÁBREGAS DEL PILAR, *Derecho Administrativo*, Madrid 1933, pp. 62 y 63; GARCÍA LABELLA, J., *Nociones de Derecho político y legislación administrativa*, Madrid 1935, p. 399; ROYO VILLANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, Valladolid 1955, p. 868; GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid 1955, pp. 245 y 246; GARCÍA OVIEDO y MARTÍNEZ USEROS, *Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid 1968, dedica un capítulo entero a las obras públicas, pero siguiendo fundamentalmente a la doctrina italiana, en concreto a. ROHRSSSEN DI CAME-RATTA, *Il lavori pubblici*, Bolonia 1956; pero también se encuentra en la tendencia de considerar la obra pública comprendida en el servicio público (véase pp. 368 y 369).

sión administrativa¹³, aunque ya algún autor propuso una construcción dogmática de la concesión que la identificaba con un acto administrativo de carácter bilateral, que hoy llamaríamos «resolución unilateral necesitada de colaboración»¹⁴. Este confusionismo acerca de la configuración de la Obra pública queda reflejado en un artículo monográfico publicado en 1926:

«Para fijar lo que entendemos por obra pública municipal, hay que ponerse precisamente de acuerdo sobre un presupuesto necesario, el de la obra pública, que deriva de una idea simple, la de servicio público, que si no se quiere reducir a una entelequia, sino dársele un significado real y objetivo, hay que comenzar confesando que es muy difícil, si no imposible, definitivo, y lo único que cabe es ligarlo a dos nociones: la de técnica y la de poder, que son los dos pilares sobre los que se alza el concepto, y así podrá éste concretarse en toda actuación técnica no legislativa ni jurisdiccional, encaminada a satisfacer lo que una ley de un país en un determinado momento estima que es una necesidad que afecta por igual a más de un ciudadano como tal (servicio público de policía administrativa), o lo que la ley, en las mismas circunstancias de lugar y de tiempo, entiende que puede satisfacerse mejor, en forma de servicio público (servicios industriales). Son, pues, elementos de mi definición: una técnica específicamente

13 SANTAMARÍA PAREDES, V., *Curso...*, cit., pp. 792-793; POSADA ADOLFO, A., ob. cit., vol. cil, p. 303; FÁBREGAS DEL PILAR, *Derecho...*, cit., p. 60; GARCÍA LABELLA, ob. cit., p. 401, etc.

14 FERNÁNDEZ DE VELASCO Y CALVO, *Resumen de Derecho Administrativo y ciencia de la Administración*, Murcia 1922, vol. I, p. 325, y también en la edición de Barcelona 1931, vol. II, pp. 313, 318. Modernamente ha sido estudiado un caso de «resolución unilateral necesitada de colaboración» por GALLEGO ANABITARTE, *La Acción Concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración*, libro homenaje al Profesor Juan Glavañ Escutia, Valencia 1980, que aporta mucha luz a este problema secular de la distinción entre Resolución y Contrato, al mismo tiempo de abordar en profundidad el tema de la bilateralidad en las relaciones jurídico-públicas. Frente a la tesis dominante de que el Acta del Concierto es un contrato, este autor muestra como no es más que una fijación concreta de beneficios vinculada con el acto que aceptó la solicitud del particular, formando todo ello un acto administrativo con cláusulas accesorias en ejecución de normas reglamentarias (Bases del Concierto aprobadas por Orden Ministerial), pp. 198 y ss., y las observaciones sobre la distinción acto versus contrato en pp. 237 y ss.

estimada, la ausencia del «animus lucrandi» como causa eficiente del servicio público, y la relatividad del servicio»¹⁵

Entre los autores más modernos, destaca la extraña forma de abordar esta cuestión por García Trevijano. Según él, hay que otorgar sustantividad propia a cada concepto, obra pública y servicio público, lo que significa la existencia de un régimen jurídico diferenciado. Y en relación a este extremo es donde surge la extrañeza. Dice este autor que la normativa aplicable al servicio público se encuentra contenida en la Ley General de Obras Públicas, especialmente en los capítulos VI y VII (que regulan la concesión de obra pública, sin ocupación de terrenos de dominio público y con subvención de fondo públicos) (?), mientras que la construcción de obras públicas está prevista en el Pliego General de 13 de marzo de 1903¹⁶. Dicho enfoque le lleva a la siguiente conclusión:

«Los contratos pueden rescindirse y las concesiones caducarse, figuras ambas diferentes. Un concesionario de obras y servicios —es decir, que debe construirse antes de explotar— que incumple sus obligaciones “durante la primera fase” de construcción, no puede ser sancionado con normas contractuales —salvo reenvío—, como no podría ver «rescindida» su concesión, sino en todo caso se le aplicaría la caducidad de la misma, aún cuando no hubiera empezado la segunda fase, la de la verdadera prestación»¹⁷.

Tal orientación ha tenido un relativo eco en la doctrina más reciente, pudiéndose reconducir a los siguientes extremos:

1.º) Reconocimiento de la existencia en nuestro Derecho positivo de un concepto de obra pública¹⁸,

15 AZCOITI, Mariano, «La Obra Pública Municipal», *Revista de Ciencias jurídicas y Sociales*, n. 36 (1926), p. 408.

16 GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Madrid 1957, p. 62. (Hay ediciones posteriores).

17 *Ibid.*, p. 63.

18 «Los ferrocarriles reciben desde el principio la categoría formal de obra pública», BERMEJO VERA, *Régimen jurídico del Ferrocarril en España*, Madrid 1975, p. 39; «Aunque en ocasiones los conceptos aparezcan confusos, la noción de servicio público aparece frecuentemente dotada de sustantividad propia, y diferenciada de la obra pública», SALA ARGUER, J.

2.º) Consideración de una categoría jurídico-administrativa llamada servicio público, con sustantividad propia, que surge en el período que se abre en 1845 ¹⁹.

3.º) Superposición del concepto de servicio público sobre el de obra pública, como consecuencia de una relación jurídica entre Administración y particular, concesión administrativa, que hace que la obra pública no sea más que el objeto de un peculiar contrato administrativo, que desaparece como tal, al concluir la relación contractual, manteniéndose el servicio público ²⁰.

También es de destacar la existencia de una incipiente preocupación por temas relacionados con las obras públicas, aunque fuera de nuestro país, pero dentro de la tradición jurídica española, empiezan a aparecer

M., *El principio de continuidad de los Servicios Públicos*, Madrid 1977, p. 76; «Ahora bien, la obra pública, que en sus comienzos era confundida con el servicio público, debe ser necesariamente delimitada de este último concepto», VILLARA EZCURRA, *Servicio público y técnicas de Conexión*, Madrid 1980, p. 53.

19 «Los ferrocarriles reciben desde el principio..., en cuanto a la consiguiente explotación, la categoría de servicio general, término que, aún con sus difusos perfiles, proporcionará a la legislación posterior un punto de partida para el tratamiento jurídico de los servicios públicos», BERMEJO, ob. cit., p. 39; «período que se abre en 1845, cuando la idea del servicio público adquiere un matiz categorial...», VILLAR EXCURRA, ob. cit., p. 52; «Algunos autores suelen tomar el año 1845 como fecha clave en la historia de los orígenes de la noción de servicio público en España. En efecto...», SALA ARQUER, ob. cit., pp. 13-14

20 La consagración definitiva del sistema concesional tendría lugar más adelante, precisamente cuando se delimitan con mayor perfección los conceptos de obra pública, esencialmente estática, de grandes costos de inversión, pero, por lo general, de escasas necesidades de mantenimiento, y de servicio público, fundamentalmente dinámico, cuya naturaleza, generalmente, requiere previamente el soporte de la obra pública, pero que exige mayores esfuerzos de mantenimiento», BERMEJO VERA, ob. cit., p. 36; «Servicio público es la obra pública en explotación; no sólo el término servicio público, sino la idea del mismo como actividad destinada a satisfacer una necesidad pública y que requiere una presentación ininterrumpida, se encuentran presentes en la legislación y jurisprudencia de la época», SALA ARQUER, ob. cit., p. 76; «Lo que acontece... es que la calificación de lo construido como obra pública desaparece cuando la obra material es concluida... La obra pública no es, en síntesis, más que el objeto de un peculiar contrato administrativo», VILLAR EZCURRA, ob. cit., pp. 54 y 55; «Los dos factores básicos que marcan la impronta del régimen del dominio público de los puertos son su origen como obras pública y su afectación al servicio público del transporte marítimo», COSCULLUELA MONTANER, «Administración portuaria, Madrid 1973, p. 23.

en revistas especializadas algunos artículos cuyo objeto es, de nuevo, el estudio de las formas de ejecución de las grandes obras públicas. De entre ellos sobresale uno dedicado al estudio de la concesión de obra pública para la construcción de autopistas ²¹. En este trabajo se hace hincapié en la diferenciación de la obra pública del servicio público, aunque desde la óptica de un concepto de concesión administrativa que, a todas luces, es insuficiente, ya que se descartan las modernas concesiones industriales y las seculares de utilización del dominio público. Para estos autores la concesión de obra pública se concibe, como ya tradicionalmente era la regla en nuestro Derecho desde la Instrucción de Obras Públicas de 1845, como una forma de ejecución de la obra pública, junto al contrato de obra pública y a la gestión directa por parte de la Administración, por el titular de la concesión y su subsiguiente explotación por éste como medio de recuperación del capital invertido y obtención de un beneficio razonable ²². Sin embargo, la orientación en cuanto a la naturaleza jurídica de la concesión es la tradicional de la doctrina francesa, esto es, la concesión es un acto jurídico mixto, integrado por elementos contractuales y reglamentarios ²³.

Se puede concluir diciendo que el objeto central de este estudio no es otro que el de señalar la oportunidad de reutilizar el viejo modo de grandes y costosas obras públicas a través de concesión, abandonando el contrato de obra pública que requiere, sin duda, grandes inversiones presupuestarias, hoy escasas tras la crisis económica de los años setenta.

21 GARRIDO, MIZRACHI, RAMOS. «La concesión de obra pública para la construcción de autopistas». *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, n. 28 (1979-1980).

22 Frente a la concesión de servicio público, cuyo objeto principal consiste en organizar y hacer funcionar el servicio dado en concesión sin necesidad de que el titular construya una obra. *Ibid.* pp. 158 y 159.

23 *Ibid.*, p. 163. Destaca en este trabajo la frecuente utilización de expresiones confusas que enturbian el verdadero sentido y régimen jurídico de la concesión, por ejemplo: «Desde el punto de vista orgánico, la concesión administrativa, tanto de obra pública como de servicio público, constituye una modalidad de la acción administrativa del Estado que, combinando relaciones jurídicas de carácter contractual y relaciones jurídicas de carácter legal o sub-legal, descarga a la Administración de...» (p. 163).

También destaca el trabajo de López Pellicer sobre la concesión de obra urbanizadora ²⁴, en el que al hilo del gran tema de la acción de la Administración en el ámbito del urbanismo, y partiendo del art. 48 de la Ley de Obras públicas de 1877, se construye un concepto de concesión de obra pública que resumidamente puede cifrarse en lo siguiente: La Administración otorga a un particular las facultades necesarias para la ejecución de obras de urbanización, resarcándose de los gastos de la ejecución mediante la enajenación de los solares resultantes o de las construcciones, viviendas, etc., realizadas sobre los mismos. Concepto que dista sustancialmente del de concesión de servicio público, al no existir tarifas, ni en puridad, prestación de servicios públicos, aunque, naturalmente, la concesión de obra pública responde a criterios de interés público y, por tanto, se la somete a un régimen jurídico público.

Por último, es obligada la referencia al artículo de Tomás Ramón Fernández ²⁵, donde se realiza un repaso a la mencionada legislación especial de obras públicas del siglo XIX, así como, a la específica de los planes de desarrollo, aportando un concepto jurídico de obras públicas distinto al del dominio público y al del servicio público sobre la base de los siguientes elementos el carácter inmueble de la obra, la necesidad de que se dé una efectiva transformación material, que no jurídica, el mantenimiento de una titularidad administrativa sobre el inmueble, la existencia de un destino o afectación del inmueble al general uso y aprovechamiento que determina su inclusión en el campo jurídico del dominio público ²⁶.

Ante este estado de la cuestión, nuestro trabajo se centra en un análisis de la Ley General de Obras públicas de 1877 con el objeto de aislar una zona de la intervención administrativa que gira siempre alrededor de una idea: la de obra pública. Es decir, en la fundamentación de los instrumentos jurídicos de la acción administrativa del siglo XIX sobresa-

24 LÓPEZ PELLICER, «La concesión de obra urbanizadora», en el vol. colectivo *La concesión Administrativa en la esfera local*, Madrid 1976.

25 TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, «Las Obras Públicas», *R.A.P.* 100-102 (1983), vol. III, pp. 2427 y ss.

26 *Ibid.*, pp. 2448 a 2450.

len, junto al hecho incontestable de que la actividad de policía y orden público pueden aislarse con un valor jurídico preciso por abarcar un específico régimen jurídico —norma y resolución de ejecución inmediata y obligatoria—, las disposiciones cuyo objeto es la construcción y explotación de obras públicas que, aunque no pueden ser olvidadas otras actividades administrativas en educación, sanidad, propiedad intelectual, etc., por su abundancia y continuidad parecen constituir el más importante campo, al menos durante nuestro siglo XIX, dentro de la expresión genérica de actividad administrativa de prestación.

Los ferrocarriles comienzan a realizarse en 1830, tomando la opinión de la época la idea de la gran importancia que revisten, y dando lugar a que el Estado Constitucional, precisamente en base a consideraciones de utilidad pública, ejerza un control sobre los mismos, no porque sean originariamente materia administrativa, sino por la mentalización de que a través de ellos se fomenta el bienestar de la nación, se instrumenta la utilidad pública. Y lo mismo sucede con el resto de las obras públicas (camino, canales, puertos, faros, desecación de terrenos pantanosos, etc.), es decir, nos encontramos frente a obras que se vinculan a la noción de uso general, de aprovechamiento común, de interés general, y que, en base a esta vinculación, se administrativizan, pero no porque tales obras sean originariamente servicios públicos, sino porque ese rancio criterio de «uso general» de nuestro Derecho es uno de los fundamentos de la actividad administrativa y de un régimen jurídico especial distinto al que regula los bienes particulares o de Derecho Común. Sin embargo, el criterio del uso común no impide que la Obra pública se encuentre en el tráfico jurídico. Este, fuertemente administrativizado, de lugar, en ocasiones, a relaciones jurídicas que hacen surgir auténticos derechos subjetivos a favor de los particulares (contratos, concesiones, resarcimientos, etc.). No obstante, es conveniente no perder de vista que, en esa dogmática especial que suponen las figuras concretas dentro del ámbito del concepto de Obra pública, las funciones administrativas son funciones públicas, irrenunciables, aunque la gestión puede realizarse a través de cualquier sistema legítimo de Derecho Público. Así pues, y no sólo en el terreno de la obra pública, nada impide que la fortificación militar de un paso fronterizo pueda ser ejecutada por una empresa particular, o que la Administra-

ción puede contratar la conducción del correo ²⁷ o que la enseñanza pueda impartirse por centros privados, previo control y homologación.

Nuestro estudio está planteado teniendo en cuenta toda la inercia del siglo XIX. La razón práctica de esta forma de ver las cosas se basa en el hecho de que apareció una proposición jurídica con la promulgación de la primera Ley de Expropiación Forzosa de 1836 con un concepto legal de obra pública, la existencia de normas como la Instrucción de Obras Públicas de 1845, las sucesivas Leyes de ferrocarriles desde 1850, y, sobre todo, la existencia de un núcleo legal compuesto por los textos articulados de la Ley de Bases para la legislación de obras públicas de 1876, todavía en gran parte vigente.

Pueda decirse que aquí se presenta un botón de muestra del desenvolvimiento de los rasgos fundamentales de nuestro Derecho administrativo actual.

2. EL NACIMIENTO DE LA LEY: LA LEY DE BASES PARA LA LEGISLACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS, DE 29 DE DICIEMBRE DE 1876, UN MODELO TEMPRANO DE DELEGACIÓN LEGISLATIVA

La Ley de Bases para la Legislación de obras públicas es una muestra pionera de la delegación legislativa. Además, ha de ser entendida como resultado de la concepción jacobina que informa nuestra evolución constitucional del siglo XIX, en virtud de la cual la legitimidad del Parlamento es excluyente y, por tanto, se produce una primacía universal de la ley ²⁸. Es decir, esta Ley de Bases no responde a la concepción técnica de la reserva legal al estilo alemán ²⁹, sino a la idea de que el poder

²⁷ Art. 518 del reglamento de los Servicios de Correos de 14 de mayo de 1964.

²⁸ Véase sobre este punto, GARRORENA MORALES, Angel, *El lugar de la Ley en la Constitución española*, Madrid 1980, pp. 37-38; también, GALLEGU ANABITARTE, *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, Madrid 1971, p. 37: «Las Constituciones españolas respondieron, pues, con toda fidelidad a lo que se ha llamado el Estado legislativo».

²⁹ Muy clara y sencillamente explicado en GARRORENA MORALES, ob. cit., pp. 26-32; y definitivo en GALLEGU ANABITARTE, «Ley y Reglamento», cit., p. 360, *Resultado II*, n. 8:

legislativo tiene una competencia total. Las materias reservadas a la Cortes en la Constitución de Cádiz lo abarcan todo ³⁰, y esta fue la pauta seguida en toda la evolución constitucional española hasta 1923 ³¹, y continuada, luego, por la Constitución Republicana de 1931.

Sentado lo anterior, nos encontramos ante un supuesto de traslación de la competencia del Parlamento en favor del Ejecutivo, para un caso concreto, que responde a un criterio técnico de colaboración entre ambos poderes. La imposibilidad de hacer frente con agilidad a una situación de urgencia y la dificultad del legislativo para cubrir determinados niveles de especialización técnica fue la razón fundamental de aquella delegación.

El Ministro de Fomento, al presentar el proyecto, diría:

Alemania ocupa una situación peculiar a mitad de camino entre el modelo anglosajón y el continental europeo. Aquí se da un campo limitado para la ley: "Reserva de ley" (libertad y propiedad), materias en las cuales concurren el Rey y el Parlamento. En el resto, el Rey es libre de regular. Esta situación da lugar a la serie de conceptos: primacía y reserva de ley, reglamentos dependientes e independientes...».

30 Como dice GALLEGU ANABITARTE, «Ley y...», cit., p. 35, añadiendo: «si faltan los Códigos civiles, etc., es bien explicable por la época: la codificación era todavía una idea recién nacida».

31 GARCÍA CANALES, *El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera*, Madrid 1980, en p. 85 dice: «Incidir en un largo tratamiento sobre este aspecto (reforzamiento institucional del principio de autoridad) de la política primorriverista no tendría justificación por cuanto aparece claramente como un atributo obligado en la naturaleza del régimen que naciera con el golpe de Estado de septiembre de 1923. Entre las pocas consignas de futuro y muchas negaciones del pasado figuraba desde el primer momento el poner remedio a la larga penuria o mortecina existente de tantos gobiernos sin gobernar, ejecutivos incapacitados para hacer y poderes que ostentaban tan sólo el título de tales... y cuando en 1926 quiere exponer el país sus propósitos... advierte que: el Gobierno y la U.P. tienen la concepción de un Estado de nueva estructura, fuerte, real, libre de enrevesadas filosofías y humillantes limitaciones». Por eso, y como señala GALLEGU ANABITARTE, «Ley y...», p. 39-40: «El Anteproyecto de Primo de Rivera, de 1929, ... establece también la reserva de Ley para determinadas materias, atribuyendo el Anteproyecto al Rey «como jefe supremo del poder ejecutivo»: —Poder de admitir Reglamentos e instrucciones para la ejecución de las Leyes—. Así como la facultad de emitir normas obligatorias en materias no reservadas por la Constitución a la exclusiva competencia legislativa».

«Y como la ley general de obras públicas, la de ferrocarriles, la de carreteras, la de aguas y la de puertos requerirían, no una, sino varias legislaturas para ser discutidas por las Cortes; como una vez aprobadas las bases que ahora se someten a su deliberación, el Ministro de Fomento, de acuerdo con el Consejo de Ministros, puede muy bien formular las leyes especiales con estricta sujeción a lo determinado por los Cuerpos Colegisladores, no debe ofrecer inconveniente *valerse de este medio en gracia de la urgencia de mejorar y unificar la legislación de obras públicas*, sin las dilaciones a que daría lugar la discusión de cada una de las leyes citadas»³².

Y el Conde de Tejada, miembro de la comisión dictaminatoria del proyecto, recalcará:

«El conjunto de esas leyes a que las bases se refieren, porque constituyen un extenso cuerpo Código administrativo; sólo la ley de aguas, que se reformará con arreglo a las bases que presentamos al Senado, contendrá unos centenares de artículos y no podrán menos de tener otros tantos el conjunto de las leyes de carreteras y ferrocarriles y demás ramos; en suma, es tal el número de disposiciones que ha de comprender la legislación de obras públicas, que *en realidad las Cámaras no tienen tiempo ni organización tal que las permita dedicarse a su estudio*»³³.

Por otro lado, como en la técnica actual de delegación, las bases constituyen una fijación enunciativa de principios y orientaciones a que debe sujetarse el Gobierno para redactar los textos articulados³⁴. Y así la Comisión subrayó, con mucha claridad, que las bases:

«no son elásticas, no son vagas hasta el punto de poder considerarse que se prestan a toda clase de soluciones, no, sino que contienen reglas fijas y definidas. Dejan reservada, es verdad, una gran parte, o mejor dicho el total de los detalles, a las leyes que han de formarse, porque si no la

32 *Diario de Sesiones de las Cortes*, Senado, Apéndice primero al n. 32, 22 de junio de 1876, p. 3.

33 *Diario de Sesiones de las Cortes*, Senado, n. 60, 22 de junio de 1876, p. 932.

34 Como señalan las sentencias de 31 de mayo de 1952 y 15 de octubre de 1954, ambas citadas en VILLAR PALASÍ, *Derecho Administrativo*, cit., p. 302; y en, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación Delegada. Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, 2.ª ed., Madrid 1981, pp. 134-135.

dejasen, dichas leyes serían completamente innecesarias; pero las encierra dentro de reglas determinadas... En suma, no hay problema grave que pueda ocurrir en materia de obras públicas que no tenga aquí una resolución definitiva»³⁵.

Otra característica importante de esta Ley de Bases es que, como ley de delegación, está dirigida al Gobierno. Sin embargo, en virtud de la Base 23 del art. 1.º, se hace susceptible de aplicación directa. En realidad, este supuesto fue posteriormente conocido, como en el caso de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, o determinadas Bases de la Ley de Bases de Régimen Local de 19 de noviembre de 1975, y no desvirtúa la verdadera función de la Ley, que es autorizar al Gobierno a la elaboración de un texto articulado sometido a los límites contenidos en las Bases³⁶.

Como en la técnica más actual de la delegación, la Ley de Bases de 1876 contiene una «autorización expresa»³⁷ para la elaboración de varios textos articulados. El art. 2.º dispone:

«Se autoriza al Ministerio de Fomento para que, oyendo al de Marina en lo relativo a aquella parte del ramo de puertos que afecta a los servicios dependientes de este departamento, y por sí solo en los demás, pero siempre con informe de la Junta consultiva de caminos, canales y puertos, y oído al Consejo de Estado en pleno, redacte y publique por Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros, con sujeción a estas Bases, la ley general

35 *Diario de Sesiones de las Cortes*, Senado, n. 60, 22 de junio de 1876, pp. 932-933.

36 Puede verse, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación Delegada...*, cit., p. 135.

37 Como dice VILLAR PALASÍ, *Derecho Administrativo. Introducción...*, cit., p. 303, «es necesario distinguir entre la pura cláusula de autorización, que se contiene normalmente en las Leyes que afectan a la Administración..., de la efectiva cláusula de delegación, cuya eficacia es totalmente distinta. Justamente, lo fundamental y definidor de la cláusula de delegación es que la norma producida en virtud del ejercicio de tal delegación tiene el carácter de Ley. Así la Ley delegante transfiere a la Ley delegada su propio carácter y su propio rango. Por el contrario, la cláusula de autorización no es excepcional como la de delegación, sino normal en toda disposición legal que se refiera a la Administración o cuyo desarrollo se confíe a ésta, no atribuye esta transferencia de rango».

de obras públicas y las especiales de ferrocarriles, carreteras, aguas y puentes»³⁸.

Esta fórmula de desarrollo por varios textos articulados no es desconocida entre nosotros, aunque la Ley aquí tratada fue el primer precedente. Pueden ser citadas, como supuestos idénticos, la Ley de 7 de noviembre de 1957, por la que se autoriza al Gobierno para aprobar un régimen especial orgánico y económico para Madrid, Barcelona y otras grandes ciudades, y la Ley de bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963.

Por último, y al tratarse de un sistema de producción de leyes, confiado a la Administración, dentro de una delegación «ex ante», la Ley de Bases de la legislación de obras públicas de 1876 establece fórmulas adicionales de control³⁹. La Comisión encargada de dictaminar el proyecto declaró que:

«Por último, la comisión, que comprende la importancia de la delegación que el Gobierno de S.M. pide al solicitar la autorización de las Cortes para formar la ley general y las especiales de obras públicas que han de desarrollar las presentes bases, no ha podido menos de procurar rodearla de las garantías convenientes de acierto; y por eso, y a pesar de la amplia confianza que le merece el Gobierno, cree conveniente establecer, de acuerdo con el mismo, como requisito previo a la publicación de dichas leyes, la consulta del Consejo de Estado y el acuerdo de Ministros»⁴⁰.

38 En nuestra doctrina científica es completamente desconocida esta Ley de Bases para la Legislación de Obras públicas, llegándose a exponer datos como el siguiente: «Mencionemos, entre las normas administrativas, la Ley de Bases de carreteras de 29 de diciembre de 1876 y texto articulado de 4 de mayo de 1877, las Bases de ferrocarriles y texto de 23 de noviembre de 1877, las Bases de Policía de ferrocarriles y texto de la misma fecha, las Bases de obras públicas y texto 13 de abril de 1877». (sic), GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid 1974, p. 255. dando claramente a entender que cada texto articulado lo fue de su propia Ley de Bases, cuando, en realidad, lo son de la única Ley de Bases: la de obras públicas.

39 Esta técnica se ha constitucionalizado entre nosotros en virtud del art. 82, punto 6.º, de la Constitución de 1978.

40 *Diario de Sesiones de las Cortes*, Senado, Apéndice Segundo al n. 57, 19 de junio de 1876, p. 2.

En cumplimiento de la Ley de Bases, el Gobierno formó y promulgó los siguientes textos articulados ⁴¹:

- 1.º La Ley General de Obras públicas de 13 de abril de 1877.
- 2.º La Ley de Carreteras de 4 de mayo de 1877.
- 3.º Las Leyes de Ferrocarriles (Ley general y Ley de Policia) de 23 de noviembre de 1877.
- 4.º La Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 ⁴².
- 5.º La Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880.

3. LA ENUMERACIÓN PARLAMENTARIA DE LAS CUESTIONES BÁSICAS QUE AFECTAN A LAS OBRAS PÚBLICAS

La técnica de la delegación legislativa tuvo una especial importancia en España desde la Restauración, mediante el empleo de Leyes de Bases ⁴³ y Autorizaciones legislativas para la refundición de textos ⁴⁴. La ingente labor legislativa acometida a partir de 1875 propició esta técnica

41 Todos ellos presididos por la siguiente fórmula: «DON ALFONSO XII, por la gracia de Dios Rey constitucional de España. A todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: que con arreglo á las bases aprobadas por las Córtes y promulgadas como ley en 29 de diciembre de 1876; usando de la autorización por la misma ley otorgada á mi Ministro de Fomento: oyendo al de Marina en los asuntos de su especial competencia; de acuerdo con el Consejo de Estado en pleno; oída la Junta consultiva de Caminos, Canales y Puertos, y de conformidad con mi Consejo de Ministros, vengo a decretar y sancionar la siguiente ley:».

42 Es técnicamente incorrecta la afirmación de FUENTE BOLEDÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 193, por la que se dice que esta Ley es un Texto refundido, aunque hay que reconocer que la Ley incorpora la regulación del Real Decreto de 14 de noviembre de 1868, sobre obras de defensa y desecación, y Ley de 20 de febrero de 1870, sobre riegos y canales, pero con las correcciones a que da lugar la Ley de Bases.

43 Además de la Ley de Bases para la legislación de obras públicas que vamos a estudiar, merecen ser citados los supuestos de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 para la elaboración del Código civil, la Ley de Bases de Enjuiciamiento civil de 21 de junio de 1880, Enjuiciamiento criminal de 11 de febrero de 1881.... etc.

44 Este fue el caso de la Ley Municipal de 20 de agosto de 1870 que fue reformada por la de 16 de diciembre de 1876, refundiéndose ambas en el texto de 2 de octubre de 1877, que estuvo vigente hasta la promulgación del Estatuto Municipal.

de la delegación como un sistema de colaboración entre las Cortes y el Gobierno ⁴⁵.

El 21 de abril de 1876, el Ministro de Fomento presenta ante el Senado el Proyecto de Ley de Bases para la legislación de obras públicas ⁴⁶. Las razones fundamentales de esta nueva iniciativa legislativa en materia de obras públicas responden a tres necesidades perfectamente delimitadas:

a) la de dar una respuesta, motivada por la nueva orientación de la Restauración de 1874, al exagerado radicalismo económico que informó el Decreto de Bases sobre Obras públicas de 14 de noviembre de 1868 ⁴⁷;

b) la de aclarar la compleja situación en que estaba sumida la legislación de obras públicas y de dominio público, puesto que respondían a una gran variedad de disposiciones y de criterios orientativos;

c) la de dotar al ordenamiento jurídico de un instrumento capaz de armonizar la participación de diferentes sujetos —Diputaciones, Ayuntamientos, particulares y Estado— en la construcción y explotación de las obras públicas.

El procedimiento parlamentario, y la propia discusión, de este proyecto de Bases puso de manifiesto la necesidad de revalidar los temas esenciales que habían impulsado la evolución del concepto de obra pública durante el siglo XIX. Estos temas pueden ser reconducidos a tres cuestiones bási-

45 Como dice BASSOLS COMA, ob. cit., p. 302: «La Restauración, a grandes rasgos, es esencialmente una obra de rectificación del período revolucionario y muy especialmente de su legado jurídico, y, además, un intento de asentar la vida española sobre unas bases conservadoras de concordancia y comprensión en torno al reconocimiento de una dinastía, al mantenimiento del orden público y el respeto a la propiedad. Desde el punto de vista jurídico, aunque sea una etapa que se caracteriza por la formación de los grandes códigos y leyes administrativas, que constituyen una vertebración del sistema administrativo, *las innovaciones y rectificaciones de fondo serán muy escasas*».

46 D.S.C., Senado, n. 32, Apéndice primero, 22 de abril de 1876.

47 Como ha señalado ALEJANDRO NIETO, la Revolución de 1868 es una de las mejores ocasiones para comprobar el funcionamiento real de un «Estado Liberal», al margen de las especulaciones forzosamente generalizadas de «el Estado Liberal», en «La Administración y el Derecho Administrativo durante el Gobierno Provisional de 1868-69», *Revista de Occidente*, n. 67 (1968), pp. 64 y 65.

cas: la idea de colaboración entre los diferentes sujetos, la idea de la tutela administrativa y, por último, el carácter vicarial de la Administración Pública.

3.a) LA IDEA DE COLABORACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS PARTICULARES

Esta idea de colaboración entre el Estado y los particulares se fundamenta en el reconocimiento del principio de libertad económica y su armonización con la acción del Estado titular de la obra pública. Merece la pena reproducir las palabras del Ministro de Fomento al presentar el Proyecto:

«En España, no hay tampoco conveniencia notoria en conceder tan ilimitada amplitud a la acción de los particulares restringiendo la del Estado, puesto que no por ellos, sino por él exclusivamente o con auxilio suyo es como han sido ejecutadas la mayor parte de las obras públicas. Y aún suponiendo que la industria privada pudiese allegar recursos para emprenderlas por sí sola, opina el Ministro que suscribe que no convendría exagerar el principio de libertad económica hasta el punto de que no fuese conciliable con el orden administrativo y la acción tutelar del Gobierno; por cuya razón se ha procurado conservar en el proyecto que han de discutir las Cortes el mencionado principio, aunque con las limitaciones necesarias para que sea simultáneamente posible y fecundo.

Efectivamente, una vez abierto el campo a la industria privada para que pueda tomar parte en las obras públicas, no habiendo de ser además la Administración solamente quien haya de ejecutarlas todas, sino que muchas de ellas habrán de hacerse con el concurso de los particulares y aun promoverse por su iniciativa, necesario es facilitar y estimular su cooperación no poniéndoles otras restricciones sino la del examen de los proyectos y la vigilancia en la construcción y explotación de las obras; facultades de que no debe desprenderse el Gobierno, sean cuales fueran la libertad y las franquicias que se otorguen a la industria privada particular»⁴⁸.

48 *D.S.C.*, Senado, n. 32, Apéndice primero, del día 22 de abril de 1876, p. 3.

La colaboración no significa únicamente un repartimiento de competencias entre la Administración y los particulares, sino que, bajo el criterio esencial del fomento de la riqueza nacional, supone una unión de fuerzas entre lo que hoy denominamos sector público y la actividad de los particulares. Por ello, los dos puntos claves para el entendimiento de esta idea de colaboración están recogidos en la regulación de la figura de la concesión administrativa que permite la obtención de un beneficio industrial a quien invierte su capital, figura, por otro lado, suficientemente conocida a estas alturas del siglo XIX; y, en segundo lugar, la aportación de auxilios o subvenciones públicas del Estado, o las otras Corporaciones Locales, a los particulares para la construcción de obras públicas.

En relación a la concesión el Ministro entendió que:

«Esta es la razón por que se establece que las obras públicas, así para proyectarlas como para construirlas y explotarlas pueden ser de cuenta del Estado, de las Diputaciones provinciales, de los Ayuntamientos o de las empresas particulares; consignándose que correrán a cargo de las compañías, mediante concesiones hechas con arreglo a la Ley general o a las Leyes especiales, las que sean susceptibles de especulación para su uso y aprovechamiento en virtud de los arbitrios que se les conceden, mas no aquellas que por ser una necesidad imprescindible para el comercio, deban quedar exentas de impuestos siempre que no lo exija el sistema tributario general establecido o que se establezca en el país»⁴⁹.

Entablada discusión sobre el proyecto, pronto apareció la polémica acerca de la duración de la concesión de obra pública, que fue resuelta de acuerdo con el criterio expuesto por el Conde de Tejada de Valdosera, miembro de la Comisión dictaminadora:

«En las concesiones de las obras públicas se establece un principio intermedio entre la absoluta concesión temporal y la perpetua. Fija como regla general la primera hasta el máximo de noventa y nueve años; pero para el caso en que la índole de la obra requiera otra cosa; esto es, en que se trate de obras de inmensa importancia en que se invierten grandes sumas

49 D.S.C., *ibid.*, 2.

o en que por otras razones no pueda brindar a los capitales atractivo suficiente aquella duración, deja abierta la puerta a la concesión perpetua por medio de Ley»⁵⁰.

Este tema de la fijación de un plazo en la concesión, aunque aparentemente enigmático, no aparece aquí como una cuestión nueva, sino, al contrario, es producto de una larguísima evolución proveniente del Antiguo Régimen⁵¹.

El otro gran pilar de la colaboración, siendo «incuestionable... la conveniencia del concurso de la industria particular para el fomento del ramo de que se trata»⁵², es la regulación de la subvención. Sobre este punto dirá el Ministro:

«Según ya queda indicado anteriormente, pocas o ningunas de las obras publicadas iniciadas por particulares en uso de la libertad que les otorgó

50 D.S.C., Senado, n. 60, 22 de junio de 1876, p. 932. Esta la idea que encierran los términos de la Base 11.ª: «Estas concesiones se otorgarán a lo más de noventa y nueve años, a no ser que la índole de la obra hiciese conveniente una especial por mayor tiempo, en cuyo caso será objeto de una Ley».

51 Este tema ha sido abordado por diferentes autores patrios, como ALBI CHOLBI, *Tratado de los modos de Gestión con las Corporaciones Locales*, Madrid 1960, en especial pp. 648 y ss., con ocasión del estudio de la accidentalidad de la reversión de las concesiones. Pero sobre el fundamento histórico del plazo de 99 años, es ya clásico GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Madrid 1955, pp. 63 y ss., donde se afirma que la cláusula de la reversión fue el resultado de la necesidad de garantizar la inalienabilidad de las antiguas concesiones otorgadas por el Rey frente al juego de la prescripción inmemorial. Esta posición fue discutida en mi tesis doctoral, *El concepto de obra pública en el Derecho Administrativo español del siglo XIX*, 1982, donde se mantiene que en los supuestos de cesiones o concesiones que otorgaba el Rey en materia de obras, éste siempre reservaba la jurisdicción y control del uso comunal (uso público) por tratarse de una regalía mayestática, irrenunciable e imprescindible, frente a la cesión del portazgo o regalía menor, económica y cedible. Pero parece resuelto el tema definitivamente en GALLEGO ANABITARTE, en la obra colectiva *El Derecho de Aguas en España*, Madrid 1986, pp. 158 a 223. También puede verse, ROSADO PACHECO, S., «La Concesión administrativa de aguas (su nueva regulación)», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Cáceres 1986, pp. 173 a 179.

52 D.S.C., Senado, 22 de abril de 1876, n. 32, Apéndice primero, p. 2.

aquél Decreto (en 1868), se han llegado a realizar sin que los iniciadores se hayan visto en la precisión de recurrir al Estado en demanda de algún auxilio. Sobre este fundamento, por consiguiente, es como conviene legislar... Procurar que la subvención no se otorgue sino a las obras que lleven consigo un gran interés general es lo más a que puede aspirarse; y a este fin se consigna en el proyecto que toda concesión de obras ha de hacerse en virtud de una Ley, y que por subvención se entiende todo auxilio directo o indirecto de fondos públicos, inclusa la franquicia de derechos de aduanas. Bajo la discreción de las Cortes, por consiguiente, queda suficientemente garantizado en este punto el interés general»⁵³.

Y la comisión dictaminadora:

«También ha tenido la comisión que estar de acuerdo con los términos en que se resuelve la grave materia de subvenciones a las obras públicas del Estado, que por angustias que sean las circunstancias actuales de nuestro Tesoro, no pueden rechazarse en absoluto de la legislación, ora se mire el carácter permanente de leyes que es de esperar alcancen mayor duración que el impuesto de aquellas circunstancias, por dicha transitorias, ora se considere que la obra puede ser de tal manera ventajosa, que el país se reintegre con usura, en riqueza y bienestar, del sacrificio que se impone⁵⁴. Esto sentado, innecesario es demostrar que solo la ley puede imponer un sacrificio que afecta a la generalidad del país, y así se resuelve en ambos proyectos»⁵⁵.

Sin embargo, este principio cautelar no basta para asegurar la correcta inversión de fondos públicos, ya que se «establece de una manera clara el principio de la licitación a subasta, siempre que el Estado preste a las Obras auxilio directo»⁵⁶.

53 *D.S.C.*, *ibid.*, 2.

54 Obsérvese cómo triunfó la idea mantenida por el sector de los liberales acerca de la consideración de que las obras públicas son un claro ejemplo de Gasto público productivo, y que, por tanto, aún en épocas de grave crisis, justifica la única causa de ampliación del Presupuesto.

55 *D.S.C.*, Apéndice segundo al n. 57, 19 de junio de 1876, p. 2.

56 *D.S.C.*, Senado, n. 60, 22 de junio de 1876, p. 932.

3.b) LA IDEA DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA

Reconocida la pluralidad de sujetos que pueden intervenir en la ejecución y explotación de las obras públicas, el Proyecto instrumenta un sistema de control administrativo a favor del Estado, porque:

«Los caminos, los canales, los ferrocarriles, los puertos, aunque sea la industria particular quien los ejecute, requieren cierta vigilancia por parte del Gobierno, el cual necesita libertad de acción para adoptar determinadas precauciones que dejen a salvo los intereses generales»⁵⁷.

De este modo se procede a la fijación de los principios que hacen posible el control facultativo o técnico con el objeto de evitar que se produzcan «catástrofes», al mismo tiempo que se diseñan las reglas para la declaración de utilidad pública, cuyo objeto no es otro que asegurar la intervención administrativa para la «remoción de las trabas y estorbos que se opongan relativamente a obras públicas»⁵⁸.

La aprobación facultativa de proyectos de obras de particulares e, incluso, la propia concesión son los cauces jurídicos a través de los cuales se realiza con más efectividad la tutela de Estado sobre los particulares, pero, junto a ello el hecho de que «siendo las Diputaciones provinciales y los Municipios parte muy principal de la organización política y administrativa de España, naturalmente han de entrar por mucho sus elementos en la promoción y ejecución de obras públicas»⁵⁹, impone que la legislación reserve «al Estado la inspección y vigilancia convenientes para que los intereses no sufran menoscabo... por cuanto considerando a las citadas Corporaciones como entidades administrativas se les confiere, por una parte, la atribución de formar sus planes respectivos de obras públicas, sujetando, por otra, esos mismos planes a la aprobación del Gobierno y exigiendo determinados requisitos para la ejecución de las obras»⁶⁰.

57 *D.S.C.*, Apéndice primero al n. 32, 22 de abril de 1876, p. 1.

58 *D.S.C.*, *ibid.*, 1.

59 *D.S.C.*, Apéndice primero al n. 32, 22 de abril de 1876, p. 2.

60 *D.S.C.*, *ibid.*, 2.

El motivo de la intervención tutelar de la Administración se reitera con frecuencia en el *iter* parlamentario del Proyecto de Ley. La constante referencia a los intereses generales que encierran las obras públicas es expresada de forma clara en frase del Conde de Tejada:

«La acción tutelar que debe tener el Estado en todo lo que se refiere a obras públicas, tanto porque por su medio de prestar los servicios públicos, cuanto por formar parte del capital y de la riqueza del país» ⁶¹.

No obstante, la idea de la Administración tutelar responde a un sistema definido, precisamente el que se basa en la idea de colaboración anteriormente comentada, y que en palabras del Marqués de Alhama es el siguiente:

«Este sistema, señores, yo me atrevo a sintetizarle en una sola frase: es la libertad dentro de la autoridad. Ni la centralización, ni la anarquía; ni las trabas y la centralización de la legislación antigua, ni la libertad absoluta e incondicional: desembarazar a las compañías y colectividades de un protectorado innecesario, ejerciendo sobre ellas una vigilancia liberal y provechosa, en materia cuya importancia, señores, no podemos todavía precisar. Pues bien: libertad a la provincia, libertad al municipio, libertad a las compañías, libertad a los particulares, para que puedan trazar y proponer sus planes, para que puedan construir, para que puedan explotar, sin que el Gobierno renuncie, porque no puede renunciar jamás, a esa alta inspección, a esa suprema vigilancia que los Poderes Públicos tienen el deber de ejercer sobre otras en las cuales están comprometidos, no sólo intereses materiales de gran cuantía, sino lo que vale más, lo que es más precioso y sagrado, la vida de centenares y miles de individuos... hemos procurado armonizar aquellos intereses y aquella libertad, sin privar al Estado de la autoridad de que es imposible privarle» ⁶².

61 D.S.C. - Senado, n. 60, 22 de junio de 1876, p. 931.

62 D.S.C., Senado, n. 60, 22 de junio de 1876, p. 939.

3.c) EL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA PLANIFICACIÓN

Este Proyecto de Ley introduce definitivamente la necesidad del «plan» para la ejecución de las obras públicas. Además, el Plan ha de ser aprobado por Ley (para el caso de las obras a cargo del Estado), lo que, en definitiva, supone el traspaso del epicentro de las decisiones de política general de obras públicas al Parlamento, quedando el Gobierno en una situación de mero ejecutor o gestor de lo que por decisión política constituye el contenido del Plan de obras públicas. En este sentido, el Plan también juega un papel decisivo como medida precautoria de la acción administrativa a los efectos de salvaguardar la correcta inversión de los caudales públicos. Por ello, el Ministro de Fomento al presentar el Proyecto de Ley dijo:

«En las obras que haya de ejecutar el Estado, y con el fin de evitar que se empleen los caudales públicos en construcciones emprendidas sin un plan bien determinado, conviene establecer que el Gobierno no pueda ejecutar obra pública alguna, salvo las de reparación y conservación o de gran urgencia, sin hallarse autorizado por una Ley. De esta suerte, las Cortes examinarán, discutirán y resolverán lo que sea más conveniente a los intereses generales, evitándose al propio tiempo que se antepongan a ellos influencias no siempre legítimas»⁶³.

He aquí el carácter vicarial⁶⁴ o subordinado de la Administración Pública. Efectivamente, no sólo es labor del Parlamento la emanación de leyes generales, sino también de actos dirigidos a la soberanía o a la disposición del poder, lo que justifica que le fuese posible a nuestras Cortes, desde la Constitución de 1812 —en concreto su art. 131—, dictar las leyes de presupuestos o las autorizaciones para el otorgamiento de concesio-

⁶³ D.S.C., Senado, Apéndice primero al n. 32, 22 de abril de 1876, p. 2.

⁶⁴ Término utilizado entre nosotros por VILLAR PALASÍ, *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de normas*, Madrid 1968, p. 78.

nes o subvenciones ⁶⁵. Es decir, en palabras de Villar Palasí, «El Parlamento no es sólo el titular exclusivo de la emanación de leyes, sino también el titular exclusivo de la propiedad del Poder» ⁶⁶.

4. EL BINOMIO DOMINIO PÚBLICO OBRA PÚBLICA

4.a) LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE DOMINIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO CIVIL

Uno de los elementos que más ha coadyuvado al abandono del concepto de obra pública, y su subsiguiente olvido, entre nuestra doctrina científica, ha sido el hecho, casi irremediable, de haber construido la teoría del dominio público a partir de la regulación que del mismo se contiene en el Código civil de 26 de mayo de 1889.

Los artículos 338 y 339 del mencionado Código, han significado la piedra angular de casi todas las elaboraciones doctrinales sobre el tema ⁶⁷, independientemente de que, a la vez, informaron de forma decisiva la redacción de otras normas, como, por ejemplo, el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (arts. 2, 1 y 2; 3, y 4) de 27 de

⁶⁵ Ibid., p. 80, en el mismo sentido.

⁶⁶ Ibid., p. 80.

⁶⁷ Pueden consultarse, como aportaciones doctrinales tempranas, los trabajos de FERNÁNDEZ DE VELASCO, *La incorporación*, cit., pp. 113 y ss., y «Naturaleza jurídica del dominio público, según Hauriou. Aplicación de la doctrina a la legislación española», *Revista de Derecho Privado*, enero-diciembre 1921, pp. 230 y ss. Y, para evitar una anotación farragosa en un tema suficiente conocido, baste citar a: ÁLVAREZ, S., *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Barcelona 1956, pp. 45 y ss., y FUENTES BODELÓN, *Derecho Administrativo de los bienes*, cit., en general; GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II (5.ª ed., 1974), Madrid 1980, p. 468, donde textualmente se dice: «Los preceptos del Código civil constituyen, pues, la base de partida para el estudio de la problemática del dominio público. Hasta la fecha no se ha dictado una Ley general específica sobre el dominio público...».

mayo de 1955, o la Ley de Patrimonio del Estado (art. 1,1) de 15 de abril de 1964.

La regulación del Código civil, por su posterioridad (1889) con respecto a la Ley de Obras Públicas (1877), vino a significar una aparente ampliación del concepto de dominio público a través de la incorporación de los criterios de servicio público y fomento de la riqueza nacional ⁶⁸, que desbordó el propio concepto de obra pública, ya que ésta parece responder a una potestad tecnicada en manos de la Administración pública para justificar su intervención, al menos en parte, en nuestros tradicionales bienes de «uso y aprovechamiento común», que el mismo Código civil sigue respecto de los bienes de las Provincias y de los pueblos en el art. 343 ⁶⁹, teniendo que ser rectificada esta orientación, para adecuarla a la del art. 339, por el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1955 ⁷⁰.

Como resultado de este planteamiento ha sido admitido, casi generalmente, un concepto de dominio público que acude a la institución jurídico-privada de la propiedad para definirlo ⁷¹. Propiedad, en favor de la Administración pública, de las cosas destinadas a una finalidad pública de diversa justificación (uso público, servicio público, fomento de la riqueza nacional, defensa nacional), sometida en un régimen jurídico especial ⁷².

68 Criterios desconocidos en el proyecto de Código civil realizado en 1851 por García Goyena, así como en la doctrina científica española del siglo XIX.

69 «Los bienes de las provincias y de los pueblos se dividen en bienes de uso público y bienes patrimoniales». FUENTES BODELÓN, ob. cit., p. 68, también señala este extremo.

70 Arts. 2, 3 y 4.

71 Entre nosotros, FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Naturaleza jurídica...*, cit., p. 231, hace notar que «el dominio público no corresponde a la definición que da de la propiedad el art. 348 del Código civil, ni se acomoda el concepto romano de la propiedad. El Estado no tiene derecho de gozar y disponer del dominio público de la manera más absoluta, que es, según el Código civil, la esencia de la propiedad. El “abusus” queda excluido por la inalienabilidad; el “fructus” casi desaparece en razón a la afectación de la cosa; el “usus” pertenece al público más bien que al Estado».

72 Por todos, FUENTES BODELÓN, ob. cit., pp. 50-51

4.b) LA IDENTIDAD TÉCNICA ENTRE DOMINIO PÚBLICO Y OBRA PÚBLICA

Sólo un autor de nuestra doctrina científica ⁷³ reconoce la existencia de una verdadera concordancia entre «la definición ciertamente confusa» ⁷⁴ de las obras públicas, contenida en el art. 1 de la Ley de 13 de abril de 1877, y lo dispuesto en el artículo 339 del Código civil, respecto a los bienes de dominio público, explicándola en razón a la existencia de una triple calificación, que puede ser predicada de un mismo objeto desde los conceptos de dominio público, obra pública y servicio público.

Sin embargo, una lectura más apurada del Capítulo III del libro Segundo del Código civil, nos revela un importantísimo dato en relación a la concordancia referida: la identidad metodológica existente en la regulación de objeto (bienes), por parte de este Capítulo del Código, y la legislación de obras públicas. El artículo 338 del Código establece que «los bienes son de dominio público o de propiedad privada» ⁷⁵, exactamente igual que la Ley de Bases de 29 de diciembre de 1877, que dispone en su Base 1.ª: «para los efectos de la Ley se entenderá por obras públicas las que sean de general uso o aprovechamiento...» y en su Base 10.ª: «los particulares o compañías podrán ejecutar sin otras restricciones que las que impongan los reglamentos de policía, seguridad y salubridad pública, cualquier obra de interés privado que no ocupe ni afecte el dominio público o del Estado, ni exija la expropiación forzosa», siendo los artículos 1 y 25 de la Ley General de Obras públicas un puro trasunto de estas Bases. Además, los diferentes textos articulados de éstas siguen fielmente la técnica. La Ley de Ferrocarriles de 1877, dispone en su art. 2 que «los ferrocarriles se dividen en líneas de servicio general y servicio particular»; la Ley de Aguas de 1879, en su artículo primero, dedicado al dominio de las aguas, distingue entre las de dominio público y privado; su título segundo, que regula el dominio de los álveos o cauces, riberas,

73 VILLAR EZCURRA, J. L., *Servicio público...*, cit., pp. 53-54.

74 *Ibidem*.

75 Definiendo el art. 339 los bienes de dominio público, y el art. 345, los de propiedad privada.

márgenes, distingue también entre los de dominio público y privado, así como entre obras de defensa contra las aguas y desecación de lagunas de interés privado (arts. 52, 53, 54, 55, 56, 61 y 62) y de interés general o público (arts. 57, 58 y 62 si la laguna se encuentra en terrenos de dominio público); lo mismo hace la Ley de Puertos de 1880, que clasifica los bienes de dominio público en los arts. 1 y 2 y los patrimoniales en el 3 y 5.

La única Ley que no obedece a esta sistemática es la de Carreteras de 1877, por la ausencia de una mención expresa a la existencia de carreteras privadas, pero de una gran lógica, puesto que es físicamente imposible que se dé una vía particular (en terreno particular) que reúna los requisitos técnicos, exigidos por la Ley del sector, para configurarse como tal carretera, y que además no esté entregada al uso general ⁷⁶.

En realidad, la metodología del Código civil en este Capítulo parece estar tomada en préstamo de las grandes Leyes administrativas españolas del siglo XIX ⁷⁷, que siempre han utilizado títulos de intervención pública, sobre todo a través de la «policía administrativa» o de la imposición de «limitaciones públicas» a la propiedad privada ⁷⁸.

Por otro lado, y en relación a la definición de dominio público que contiene el Código civil, cabe señalar que el punto 1 del art. 339 recoge, como primer criterio, nuestra tradicional caracterización de los bienes que hoy llamamos de dominio público: «los destinados al uso público», coincidiendo íntegramente con el concepto de obra pública enunciado en el art. 1 de la Ley de 13 de abril de 1877: «general uso y aprovechamiento».

Es el punto 2.º del mencionado artículo del Código el que presenta una ampliación material del concepto de dominio público, a través de la

76 Véase «supra» lo que se dice sobre este concreto extremo.

77 No se olvide que también otras Leyes responden a este criterio, como, por ejemplo, la Ley de Montes de 24 de mayo de 1863, o la vigente, con aspiración de Código Forestal, de 8 de junio de 1957.

78 Este puede ser un contrapunto, salvando las lógicas distancias, a la tradicional utilización instrumental de técnicas privadas dentro del Derecho administrativo. En relación a este aspecto puede verse, MARTÍN RETORTILLO, S., *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Sevilla 1960, en especial pp. 91 a 96. Y revista *Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 9 (1959), Roma-Milano.

consignación de dos criterios jurídicos de nuevo cuño: «servicio público» y «fomento de la riqueza nacional».

No obstante, y aunque el criterio del «servicio público» que aparece en dicho Código haya sido uno de los textos de Derecho positivo que pudo justificar la admisión de la teoría del servicio público, es imprescindible hacer las siguientes observaciones ⁷⁹.

a) La teoría del Servicio público, tal y como se entiende actualmente, fue inicialmente elaborada por la doctrina francesa sobre las decisiones del Consejo de Estado ⁸⁰.

b) La primera manifestación doctrinal española, que demuestra la recepción de la teoría, se encuentra, en el *Tratado de Derecho Administrativo* que Adolfo Posada publica en 1897, ocho años después de la promulgación de nuestro Código civil ⁸¹.

c) El criterio mantenido por el Tribunal Supremo sobre el Servicio público, en sus sentencias de 28 de septiembre de 1896, 1 de mayo de 1891, 12 de junio de 1894, decisión de competencia de 12 de diciembre de 1890, se basa en la dicotomía de nuestro Derecho decimonónico, encerrada en la expresión «obras y servicios públicos de toda especie», contenida en el art. 5 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 22 de junio de 1894 ⁸², cuyo precedente está ya en la proposición de Ley presentada a las Cortes el 12 de noviembre de 1838, y que luego pasó a la Ley de 2 de abril de 1845 ⁸³.

⁷⁹ Hay autores para los que el Código civil supuso lisa y llanamente la recepción de la teoría del Servicio público. Puede verse en SALA ARQUER, J. M., *El principio de continuidad de los servicios públicos*, Madrid 1977, p. 15: «Podemos afirmar que en 1889 existe ya una noción jurídica de servicio público, puesto que el Código civil de ese año, en su art. 339, establece un régimen jurídico peculiar».

⁸⁰ Véase, por todos, ALBI, *Tratado...*, cit., p. 5.

⁸¹ POSADA, Adolfo, *Tratamiento de Derecho Administrativo*, Madrid 1897-1898, vol. II, p. 3: «La noción del servicio público preocupa a los autores modernos como constituyendo el objeto esencial, el contenido propio del Derecho administrativo».

⁸² También en ALBI, *Tratado...*, cit., p. 11.

⁸³ Donde ha creído ver el nacimiento de una evolución española de la teoría del Servicio público VILLAR PALASÍ, *Derecho Administrativo: Introducción...*, cit., 154; y, también, en *La intervención...*, cit., pp. 160-161.

Sentadas estas observaciones, puede sacarse una primera conclusión: que la expresión «servicio público» contenida en el punto 2.ª del art. 339 no se corresponde con el concepto de la teoría clásica del servicio público⁸⁴.

La redacción de este punto, «Son bienes de dominio público... los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público... como las murallas fortalezas y demás obras de defensa del territorio», parece indicar la existencia de otra identidad con la Ley de Obras públicas. La mención específica, por vía de ejemplo, a murallas y obras de defensa, hace relación al tema de los edificios cuya titularidad es del Estado, y cuyo objeto es el ejercicio de la función pública del mismo (defensa del territorio como fin primordial del Estado *versus* murallas y fortaleza)⁸⁵. El artículo 1 de la Ley Gene-

84 Entendido como «actividad de la Administración sometida a un régimen jurídico excepcional al privado, que responde a los principios de mutabilidad, continuidad, igualdad de usuarios, estando comprendidas las cuestiones litigiosas que se susciten en una jurisdicción especial, diferentes de la ordinaria», véase ALBI, *Tratado...*, cit., pp. 8-10

85 La doctrina española ha hecho especial referencia a la subsunción de los edificios del Estado en el n. 2.º del art. 339 del Código civil. Véase FERNÁNDEZ VELASCO, *Naturaleza jurídica...*, cit., p. 235; ROYO-VILLANOVA, *Curso de Derecho Administrativo*, 1914, p. 598; ÁLVAREZ-GENDÍN, *El dominio...*, cit., p. 115. También GARCÍA TREVIJANO, «Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español», *Rev. Ad. Púb.*, n. 29 (1959), p. 17 (nota 14), señala esta correlación entre ambas legislaciones en relación a los edificios públicos. Nuestra legislación del siglo XIX identifica «servicio público» con «función pública», apareciendo con este sentido y de forma inequívoca: en el Decreto de 29 de enero de 1875, por el que se devuelve al Consejo de Estado las atribuciones en los asuntos contencioso-administrativos, el párrafo primero de su preámbulo consignaba que «sus decisiones cada día cobraban mayor autoridad y ejercían más influjo en la interpretación y aplicación de las leyes que regulan los diversos ramos del servicio público»; en el Decreto de 22 de junio de 1894 (reformando la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1888), donde la Comisión, cuyo dictamen se incorporó al preámbulo, consignó que: «Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen pertenezcan al orden público o de gobierno o afectan a la organización del Ejército o a la de los servicios generales del Estado y las disposiciones de carácter general relativas a la salud...» quedan excluidas por razón de la discrecionalidad; este Decreto fue consecuencia del mandato de la Ley de Presupuestos de 1892-93, por la que se disponía en su art. 30: «la reorganización desde luego de todos los Servicios públicos y a la simplificación de los procedimientos administrativos».

ral de Obras públicas también regula este supuesto, calificándolo como obra pública: «Se entiende por obras públicas... las construcciones destinadas a servicios que se hallan a cargo del Estado, de las Provincias y de los Pueblos» perteneciendo a este grupo «los edificios públicos destinados a servicios que dependen del Ministerio de Fomento»⁸⁶. Tanto la específica consideración de los edificios públicos (de titularidad pública) como obra pública del art. 1 de la Ley de 1877, como la expresión «que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común», enunciada en el n. 2 del art. 339 del Código civil, responden a una necesidad correctora de la concepción tradicional de nuestro dominio público («uso y aprovechamiento general») apoyada en la orientación de nuestra legislación desamortizadora, por la cual se excepcionaban estos edificios destinados al servicio público (función pública), de la venta⁸⁷.

En un primer momento, la expresión del Código civil «bienes que pertenecen privativamente al Estado y están destinados a algún servicio público» quiere significar, a expensas de interpretaciones posteriores, edificios de titularidad pública a través de los cuales se desarrollan las funcio-

Además, ya desde OLIVÁN, Alejandro, *De la Administración pública con relación a España*, 1842 (Ed. I.E.P., Madrid 1954), p. 12, se ha definido la actividad de administrar como «llevar con regularidad el conjunto de los servicios públicos», es decir, servicio público igual a función pública.

86 Esta aparente reducción, sólo Ministerio de Fomento, se amplía con el tenor del art. 9 de la misma Ley: «Corresponderá a los demás Ministros todo lo concerniente a los edificios públicos destinados a servicios que dependan respectivamente de cada Ministerio», y arts. 10.4 y 11.5 para Provincias y Municipios.

87 Art. 2 del Real Decreto de 19 de febrero de 1836 y art. 2.1 de la Ley de 1 de mayo de 1855; también, GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., vol. II, pp. 467-468 y nota 13. Hay que recordar que la delimitación de los bienes de uso puede hacerse, en relación a la legislación desamortizadora, de la siguiente forma: son bienes de uso público (hoy dominio público) todos aquellos que no fueran contemplados en las Leyes de desamortización y que sean de titularidad del Estado. Sin duda, el hecho de que los edificios de titularidad pública fueran contemplados, como excepción de venta, en aquellas leyes, pone de manifiesto su desconexión con nuestro concepto tradicional del dominio público, consagrando la necesidad de referencias legales expresas a su condición de obra pública y de bien de dominio público (hoy resuelto en la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, art. 2.1).

nes públicas⁸⁸. Así, pues, estamos en presencia de otra similitud entre ambas regulaciones, la del Código civil y la de la Legislación de Obras públicas, que justifica en parte la intercambiabilidad de los conceptos de obra y dominio público, pero no la identidad de los mismos.

4.c) LA DISPARIDAD CONCEPTUAL ENTRE DOMINIO PÚBLICO Y OBRA PÚBLICA

A pesar de ello, el Código civil sí supone una renovación del concepto de dominio público, en virtud de dos criterios: la alusión al fomento de la riqueza nacional y la configuración del titular como propietario. El primero responde a la necesidad de dar una definitiva calificación a una parcela de bienes que estuvieron a caballo entre el uso general y la propiedad privada: los montes y las minas. Ambos tipos de bienes fueron objeto de la legislación desamortizadora⁸⁹ y, en el caso de las minas, había sido planteado un sistema equívoco por la orientación de coste patrimonial que supuso el Decreto Ley de 29 de diciembre de 1868 y su Reglamento de 16 de junio de 1905, los cuales constituían la legislación vigente al promulgarse el Código civil⁹⁰; mientras que, en el supuesto de los montes, su consideración, incluso en nuestros días, es la de bienes «cuasi demaniales»⁹¹.

88 En realidad, el término «servicios públicos», a excepción de la Ley de Organización y Atribuciones de los Consejos Provinciales de 2 de abril de 1845 (art. 8, punto 3) y el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, donde aparece en relación a los Contratos, ha estado unido a los edificios públicos para adjetivar su cometido, como demuestra el Real Decreto de 19 de febrero de 1836 (art. 2.º); la Ley de 1 de mayo de 1855 (art. 2.1); la Exposición de Motivos del Real Decreto de 30 de septiembre de 1857 (inventario del Ministerio de Hacienda); la Ley de 9 de junio de 1869 (art. 2).

89 Se exceptúa de la declaración de venta: art. 2,6.º: «los montes y bosques cuya venta no crea oportuna el Gobierno»; art. 2,7.º «Las minas de Almadén».

90 «La Legislación de la segunda mitad del XIX «cuya vigencia se prolonga hasta bien entrado el XX—, que marca el apoyo de la legislación liberal en la materia (concesiones perpetuas sólo caducables, y con cierta restricción, por falta de pago)...», GUAITA MARTORELL, *Derecho Administrativo*, vol. V, p. 383.

91 FUENTES BODELÓN, *Derecho Administrativo...*, cit., pp. 469-470. Y como dice, GUAITA MARTORELL, *Derecho Administrativo especial...*, cit., vol. V, pp. 205-206, «la conso-

La verdadera innovación del Código civil y, por tanto, la verdadera diferencia con la Ley de Obras Públicas fue la configuración del titular del dominio público como propietario⁹². El Capítulo III, del Título I, del libro II, se titula «De los bienes según las personas a que pertenecen» y, como dice Fernández de Velasco⁹³, es el resultado de la solución francesa, que inspiró el proyecto de García Goyena de 1851⁹⁴, el cual, a su vez, fue el modelo en la redacción del vigente Código civil.

La Ley de Obras públicas, fial a la tradición de nuestro Derecho, configura la obra en relación a un elemento objetivo, de destino o fin, atribuyendo a la Administración una competencia tutelar, aunque también de iniciativa por redundar en beneficio de la utilidad pública, lo que permite la eficacia del principio de libertad económica (a través del concesionario interpuesto), y del principio de colaboración (reunión de caudales privados y públicos en el mismo objetivo), y exige el sometimiento del Gobierno-Administración al Parlamento (Plan-Presupuesto); mientras que el Código civil superpone el elemento subjetivo al estrictamente finalista, que redundaba en un mayor margen de actuación de las Entidades públicas, lográndose la inserción del concepto de potestad en el de propiedad⁹⁵.

Esta distinción entre «titularidad pública» y «propiedad pública» tiene unos efectos jurídicos de fácil apreciación:

lidación del Estado liberal, se da comienzo a una tercera etapa en la que cabe anotar: ... c) por último, esta etapa fue de proliferación legislativa nada común, de modo que a la legislación básica o fundamental vino a agregarse una casi interminable serie de Leyes y Reglamentos que hicieron del Derecho forestal Ordenamiento positivo.

92 Prácticamente admitido por toda la doctrina científica española. Véase FUENTES BODELÓN, ob. cit., p. 50. Posiblemente, los únicos autores que divergían de esta orientación eran, Manresa (véase en FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Sobre la Incorporación...*, cit., pp. 116-117), y GARCÍA TREVIJANO FOS, «Titular y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español», *Revista de la Administración Pública* n. 29 (1959) pp. 14 y 15.

93 FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Sobre la incorporación...*, cit., p. 120.

94 Art. 384 del Proyecto: «Los bienes son de propiedad pública o privada».

95 FUENTES BODELÓN, ob. cit., p. 43; también, PAREJO GAMIR-RODRÍGUEZ OLIVER, *Lecciones de Dominio Público*, Madrid 1976, p. 8.

a) Para que una obra pueda ser considerada pública, necesita estar respaldada por una declaración de utilidad pública. Esta declaración, en la mayoría de los casos está de acuerdo con la Ley de Obras públicas, en manos del Parlamento. Los planes generales llevan implícita la declaración de utilidad pública y se aprueban por Ley. Toda obra cuya ejecución hubiese sido autorizada por Ley especial también lleva implícita la utilidad pública; la declaración de obras de gran importancia siempre ha de hacerse por el poder legislativo ⁹⁶.

b) La Administración puede constituir un bien como dominio público a través de la afectación singular por resolución administrativa. Es el supuesto del art. 113 de la Ley de Patrimonio de 15 de abril de 1964 ⁹⁷. También la Administración puede afectar implícitamente, como consecuencia de la adquisición de un bien, mediante contrato privado; tal posibilidad viene admitida en el art. 92 de la citada Ley ⁹⁸. Y, por último, la posibilidad de la afectación presunta ⁹⁹.

La identidad entre obra pública y dominio público, hechas las lógicas precisiones sobre la diferencia de orientación, aclara uno de los aspectos más interesantes de nuestro Derecho Administrativo de bienes. Se trata de una afirmación corriente en nuestra doctrina acerca de la inexistencia de un Código del dominio público ¹⁰⁰. Se puede afirmar, sin ningún

⁹⁶ Véanse los arts. 114 y ss. de la Ley General de Obras Públicas de 1877.

⁹⁷ «Compete el Ministerio de Hacienda la afectación de los bienes integrantes del Patrimonio del Estado al uso general o a los servicios públicos». El art. 116 dispone que la afectación se hará por orden expresa. En el ámbito local, el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (art. 8), exige para el cambio de afectación que el expediente sea resuelto mediante acuerdo con el «quorum» del art. 303 de la Ley de Régimen Local.

⁹⁸ «La adquisición que se verifica por el Departamento que haga de utilizar los bienes de que se trate llevará implícita, en su caso, la afectación de los mismos al servicio correspondiente».

⁹⁹ Supuesto contemplado expresamente en el art. 13 del Reglamento de Bienes, en virtud del cual se entiende producida la afectación sin acto formal cuando se gana por usucapión civil el dominio de un bien destinado a usos o servicios públicos y cuandobienes patrimoniales se destinan durante 25 años al uso o servicio público o comunal.

¹⁰⁰ GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., vol. II, p. 468; FUENTES BODELÓN, ob. cit., p. 74, citando el trabajo de PAREJO GAMIR, *Protección registral y dominio público*.

embargo, que el Código administrativo del dominio público existe, y fue el conjunto formado por la Ley General de Obras públicas y las especiales de Carreteras (y hoy también Autopistas —Ley de 10 de mayo de 1972—), Ferrocarriles, Aguas, Puertos (y la Ley de Costas de 1969), habiendo sido ampliado, en virtud del criterio del «fomento de la riqueza nacional», por la Ley de Montes y las de Minas ¹⁰¹.

Por ello, no cabe la afirmación acerca de que la Ley de 1877 esté definiendo un amplísimo concepto de obra pública ¹⁰²: caminos, ferrocarriles, pantanos, canales de riego y navegación, obras de encauzamiento y de desecación, puertos, edificios, etc. (arts. 1, 4, 5 y 6), sino que se trata de concepto administrativo de dominio público ¹⁰³.

101 Hay que anotar que la Ley de Puertos de 1880 fue derogada por el Real Decreto Ley de 19 de enero de 1928, que constituye la vigente Ley de Puertos. Y la Ley de Carreteras de 1877 quedó derogada por la de 19 de diciembre de 1974.

102 Como lo hace MARTÍN RETORCILLO, *Concepto de Plan y referencia...*, ob. cit., p. 45.

103 Por eso, y en relación a la regulación del Código civil, pudo decir GARCÍA TREVIJANO FOS, *Titularidad...*, cit., pp. 15 y 16: «La depuración del concepto de dominio público exige dar un paso más a través de las siguientes notas: 1.^a La doctrina del siglo XIX, a quien se debe el primer esfuerzo para conseguir una concepción unitaria del dominio público, se vio influida por dos corrientes distintas: la tradición histórica y las conquistas obtenidas por el constitucionalismo en el orden político. La historia les hizo concebir que tan sólo eran bienes de dominio público aquellos destinados por naturaleza a un uso común. La política les hizo concebir asimismo, que el titular de tales bienes era la Nación, de tal forma que el Estado era un simple depositario y vigilante de ellos... 2.^a La superación de esta primitiva idea se debe a la introducción del concepto de «afectación o destino». Se sostiene que el Estado tiene una verdadera propiedad sobre el dominio público, ya que conserva los atributos de la misma, a saber: el uso, puesto que una forma específica de utilizar los bienes es el uso por parte del público; el frutus y la propia idea de inalienabilidad, presupone la de propiedad. 3.^a Frente al concepto de bienes de dominio público por naturaleza, surge, como queda dicho, el de bienes de dominio público por afectación o destino, con lo cual se amplía considerablemente su número, pudiendo decirse que el dominio privado de los entes públicos queda reducido a pequeñas parcelas carentes de importancia, ya que la idea de destino a un fin público (pues no otra cosa significa la idea de funciones, servicios públicos o fomento y defensa nacional) puede predicarse de la mayor parte de bienes en manos de la Administración...».

5. LA OBRA PÚBLICA COMO TÉCNICA AGLUTINANTE DE UN RÉGIMEN JURÍDICO EXORBITANTE

La idea de obra pública aparece por primera vez y, en sentido moderno, como fundamento de la potestad de la Expropiación forzosa en la Ley de 17 de julio de 1836. En esta Ley la obra pública justifica las facultades privilegiadas, exorbitantes al Derecho privado, para hacer operativa la vieja cláusula de la utilidad general, es decir, la obra pública se concibió como el instrumento técnico de la idea española del «uso común»¹⁰⁴, que, durante el Antiguo Régimen, supuso el contenido esencial o de «función pública» de las Regalías, haciéndose por ese motivo intransferible e irrenunciable¹⁰⁵. Pero, además, la obra pública, en tanto que medio técnico, sirvió para conciliar el principio de libertad económica, que informó todo el Estado Constitucional —y que, en definitiva, tuvo la misma eficacia que la técnica alemana de la reserva legal, al impedir la total exclusión de los particulares del campo de las obras públicas a través de sistemas administrativos de «publicatio» y monopolización—, con la idea ilustrada del Estado como creador y elevador de la riqueza nacional —art. 131 de la Constitución de Cádiz—¹⁰⁶. Este enfoque se recoge de forma clara en el art. 3 de la Ley de 1877:

104 «Se entiende por obras públicas las que tienen por objeto directo... cualesquiera usos o disfrutes de beneficio común», artículo 2.º de la Ley de 1836, y «las que sean de general uso y aprovechamiento», artículo 1 de la Ley General de Obras Públicas de 1877.

105 Y ésta es la razón clave para entender por qué la jurisprudencia del XIX utiliza, de forma ambivalente, los términos «servicio público» e «interés general o público» para afirmar la competencia contencioso-administrativa. A este criterio corresponde el Real Decreto Sentencia de 12 de abril de 1865, cuando dice: «Considerando que si bien el contrato a cuyo cumplimiento se dirige la demanda no tuvo por objeto inmediato y directo la realización de obras municipales, y en este concepto, no puede estimarse como hecho para un servicio público (función pública), es indudable que tuvo por fin directo un aprovechamiento común forestal, etc. (sigue en p. 166 de la *Intervención...*, cit. de VILLAR PALASÍ.

106 Ortiz de Zúñiga, refiriéndose al Informe sobre la Ley Agraria dirá: «Las luces que habrá derramado sobre la nación este inmortal escrito no fueron del todo perdidas, porque ellas iluminaron a la pasada generación e iluminan todavía a la presente», citado en GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración española*, Madrid 1972, p. 31.

«Las obras públicas, así en lo relativo a sus proyectos como a su construcción, explotación y conservación, pueden correr a cargo del Estado, de las Provincias, de los Municipios y de los particulares o Compañías».

A pesar de esta declaración, la titularidad administrativa sigue manteniéndose en pie, puesto que, para la realización de obras públicas por parte de los particulares o compañías, es necesario el previo otorgamiento de concesiones. El art. 53 de la Ley dispone que:

«Los particulares y Compañías podrán también construir y explotar obras públicas destinadas al uso general y las demás que se enumeren en el artículo 7.º de esta Ley, mediante concesiones que al efecto se les otorguen».

El sentido tradicional de nuestro bienes de «uso público», el principio de libertad económica y el fomento de la riqueza y bienestar nacional, configuran una titularidad que hace de las facultades que la Administración tiene sobre la obra pública un conjunto de competencias al servicio del cumplimiento de unos fines superpuestos sobre aquélla, en virtud de una supremacía del legislativo, y que permiten un intenso control de los administrados.

Estas facultades al servicio del «uso común» pueden, en puridad, predicarse en relación a la propia Administración, en cuyo caso estamos en presencia de la potestad genérica de control, y así ordena el artículo 2.º de la Ley de 1877 que:

«para el examen y aprobación de lo proyectos, vigilancias de la construcción y conservación de las obras públicas, su política y uso, dependerán aquellas siempre de la Administración en cualquiera de sus esferas, central, provincial o municipal».

La Administración pública está investida de un amplio poder policial que responde, por un lado, a un principio de seguridad técnica ¹⁰⁷, y, por otro, al principio respecto del cual la Administración es un simple

107 También así lo entiende CARRETERO PÉREZ, A., *Configuración...*, cit., p. 408.

gestor de bienes que pertenecen a la Comunidad ¹⁰⁸. En relación al primer criterio se pueden ordenar las siguientes facultades:

1. No puede autorizarse una Obra pública sin la aprobación técnica del proyecto ¹⁰⁹;

2. El Estudio de los proyectos, la dirección o vigilancia de las obras competen al Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos ¹¹⁰.

En relación al segundo criterio, a la Administración le corresponde:

1. Lo concerniente al modo y forma de constitución de las Sociedades y compañías ¹¹¹.

2. La policía de las carreteras, ferrocarriles, navegación, aguas públicas, puertos ¹¹².

3. La inspección de las Obras públicas que corren a cargo de las Provincias o Municipios ¹¹³.

Estos dos bloques de competencias se sustentan a través del privilegio de decisión unilateral, imponiendo, por ejemplo, una multa ¹¹⁴, y estableciendo la cuantía de la misma; una vez declarada, si no se hace afectiva, se procede de acuerdo con otro privilegio, la decisión ejecutiva, o posibilidad de ejecutar el título administrativo por sus propios medios sin necesidad de acudir a los Tribunales de Justicia ¹¹⁵.

La Administración pública también ejerce la facultad de expropiar forzosamente la propiedad privada, por causa de utilidad pública. La Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879 se sigue concibiendo en torno al concepto de obra pública:

108 GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., «Titularidad y afectación...», cit., *Revista de la Administración Pública* n. 29 (1959), p. 13.

109 Artículos 14, 16, 17, de la Ley General de Obras Públicas y Dictamen del Consejo de Estado de 5 de febrero de 1948, n. 3.195.

110 Artículo 30 de la Ley General de Obras Públicas.

111 Artículo 8, punto 2, de la Ley General de Obras Públicas.

112 Artículo 8 de la Ley General de Obras Públicas.

113 Artículo 8, punto 9, de la Ley General de Obras Públicas.

114 En el supuesto del art. 12 de la Ley de Policía de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877.

115 Supuesto del art. 25 de la precitada Ley.

«Serán obras de utilidad pública las que tengan por objeto directo proporcionar al Estado, o a una o más provincias, o a uno o más Pueblos, cualesquiera usos o mejoras que cedan en bien general, ya sean ejecutadas por cuenta del Estado, de las provincias o de los pueblos, ya por Compañías o Empresas particulares debidamente autorizadas» (art. 2.º).

De la redacción de este artículo llama la atención que la facultad ejercida por la Administración ¹¹⁶ se predica de la misma obra y no del poder público, lo que, en definitiva, permite que haya otros beneficiarios diferentes a las Administraciones públicas, aunque ocupando la misma situación jurídica:

«los concesionarios y contratistas de obras públicas a quienes se autorice competentemente para obtener la enajenación, ocupación temporal o aprovechamiento de materiales, en los términos que esta ley autoriza, se subrogarán en todas las obligaciones y derechos de la Administración para los efectos de la presente ley» (art. 9).

El proceso que abrió la Ley de Expropiación de 1836, sobre una titularidad abstracta y general de la Obra pública, referido al Estado, y que se repite en la Ley de 1879, no se rompe por el ortorgamiento del privilegio de las expropiaciones a particulares, puesto que, en las definiciones enunciadas en estos textos, siempre queda a salvo la independencia entre titularidad y ejecución.

Por último, la Administración detenta otro importante privilegio que, como el anterior, está íntimamente unido a la naturaleza de la obra: se

116 Salvo el paso de la declaración de utilidad pública, que en la mayoría de los casos corresponde a las Cortes (arts. 10 y 11 de la Ley), las demás etapas de la expropiación se resuelven por acto administrativo (art. 19: de la resolución del Gobernador Civil declarando la necesidad de ocupación únicamente cabe recurrir en alzada entre el Ministro; art. 35, contra la Real Orden que fija el justiprecio sólo cabe recurso contencioso).

117 SALA ARQUER, J. M., *El principio...*, cit., p. 79: «La evolución del principio de continuidad en el siglo XIX pone de relieve que la intervención de la Administración aparece enseguida desligada del dominio público y apoyada en consideraciones prácticas insoslayables, relativas a la continuidad del servicio... por esta razón, lo esencial en la noción de servicio público no es su titularidad estatal... sino la idea de continuidad».

trata del conocido principio de continuidad, cuyo objeto no es otro que el de preservar la cláusula de «uso común o general».

Nuestra doctrina ha creído ver que el nacimiento y evolución de este privilegio ha ido unido al surgimiento de una teoría del servicio público ¹¹⁷. La obsesión por encontrar explicaciones de las técnicas actuales en las grandes leyes del siglo XIX ¹¹⁸, quizá ha privado la comprensión del principio de continuidad recogido en un Derecho más pedestre. Parece evidente que también es la Obra pública el título general y abstracto que justifica el principio de continuidad. Lo que ocurre, como suele ser usual, es que aparece con otra denominación. La Administración pública, en función de la obra pública, goza de un beneficio interdictal, entendido como imposibilidad de admitir interdictos contra las providencias que dicta dentro del círculo de sus atribuciones ¹¹⁹. Este beneficio se recogió por primera vez en las Reales Órdenes de 8 de mayo de 1839, 19 de septiembre de 1845, 2 de diciembre de 1853, enunciándose en los siguientes términos:

«Que ningún camino ni obra pública en curso de ejecución se detenga ni paralice por las oposiciones que bajo cualquier forma puedan intentarse con motivo de los daños y perjuicios que al ejecutar las mismas obras se ocasionan por la ocupación de terrenos, excavaciones hechas en los mismos, extracción, acarreo y depósito de materiales y otras servidumbres a que están necesariamente sujetas, bajo la debida indemnización, las propiedades contiguas a las obras públicas»,

disponiéndose que la vía de protección de los interesados particulares había de seguirse a través del sistema gubernativo y por fin contencioso-administrativo.

118 VILLAR PALASÍ, *La Intervención...*, cit., p. 160, afirma que el nacimiento del principio de continuidad se encuentra en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley presentada al Congreso el día 12 de noviembre de 1838: «La Administración no es por ello tiránica; no abusa de su posición, sucumbe ella misma al imperio de una fuerza mayor. Si así no lo hiciese, si no ligase a ella tan fuertemente a los que con ella contrastan, se expondría a ver desatendidos servicios que, por ser públicos, no pueden serlo ni un instante siquiera».

119 Así expresado en el art. 252 de la Ley de Aguas: «Contra las Providencias dictadas por la Administración dentro del círculo de sus atribuciones en materia de aguas, no se admitirán interdictos por los tribunales de Justicia...».

La explicación de este privilegio, de esta regla jurídica exorbitante, sólo puede ser una: el uso común o general de las obras públicas. Como en todas las restantes quiebras de la igualdad formal, a causa de privilegios administrativos, ésta se engarza al concepto de obra pública. Pero aún hay más, en el fondo de esta facultad gravita un criterio de marcado matiz económico y, en su caso, un refuerzo jurídico para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales del particular frente a la Administración. En estos términos se expresa la Real Orden de 16 de abril de 1859, que ordena la continuación de las obras de la carretera de Sevilla a Huelva, paralizadas por auto restitutorio y prohibición de extracción de materiales por el Juez de Primera Instancia en Sanlúcar:

«Considerando que la paralización de las obras por causa de estas extralimitaciones de facultades perjudica gravemente el Erario, a los contratistas de buena fe y al público en general, dando lugar a reclamaciones de daños y perjuicios y aumentos de precios que por más fundadas y justas que aparezcan son siempre gravosas para el Estado».

Ciertamente, este beneficio interdictal nace referido ¹²⁰ a la fase de ejecución de la obra, al aspecto material de su realización, al aseguramiento del resultado. Pero por un proceso de objetivación, el privilegio llega a desplazarse hasta la misma explotación de la Obra pública. La Ley de 12 de diciembre de 1869, dispone, en su artículo 3.º:

«por ninguna acción judicial ni administrativa se podrá interrumpir el servicio de explotación de las vías férreas»,

el privilegio, mostrando su naturaleza funcional y expansiva, irá más lejos, fundamentando la inembargabilidad de los bienes afectados a las obras públicas:

«En consecuencia, no podrá despacharse ni trabarse ejecución en vías férreas abiertas al servicio público ni en sus estaciones, almacenes, talle-

120 Como demuestran las Sentencias de 20 de enero de 1862, de 10 de junio de 1863, de 22 de marzo de 1866 y de 7 de abril de 1869.

res, terrenos, obras y edificios que a ellas corresponden, o que sean necesarias para su uso...»

No obstante, como toda regla general, el beneficio interdictal tiene su excepción. La quiebra del privilegio se produce, concretamente, a causa de la propiedad, y debido en gran medida a que la propiedad en el siglo XIX es el pilar central del ordenamiento jurídico. Ahora bien, la excepción tiene virtualidad en cuanto se refiere a un problema de titularidad, no en cuanto a la acción administrativa de la ejecución o de la gestión, conservándose de esta forma el fundamento objetivo o finalista del privilegio. La Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866 explica que:

«Finalmente, el respeto debido a la propiedad, que debe estar siempre bajo la salvaguarda de los Tribunales de justicias, exige que se establezca una excepción al principio general de que contra las providencias dictadas por la Administración, dentro del círculo de sus atribuciones, no deben admitirse interdictos para aquellos casos en que, debiendo proceder expropiación con arreglo a la Ley, fuere ocupada la propiedad privada sin que aquella proceda, si jamás se extienden a ésto las atribuciones de la Administración, que solo alcanza a expropiar con arreglo a la Ley, pero no ocupar arbitrariamente la propiedad privada...».

Esta manifestación del principio de continuidad, independientemente del sistema jurídico a través del que se gestiona, va unida directamente a la propia obra pública, esté en estado de ejecución o de explotación. Sin embargo, el mencionado principio también surge con ocasión de la relación jurídica que vincula a los particulares concesionarios con la Administración pública. Efectivamente, la institución de la caducidad es el resultado del aseguramiento del interés jurídico que está en juego con la obra pública: el uso común o general. El artículo 60 de la Ley de Obras públicas dispone que:

«Se fijará por regla general entre las cláusulas de toda concesión: ...4.º) los casos de caducidad y las consecuencias de esta caducidad».

El artículo 36 de la Ley de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877 especifica más esta disposición al regular tres supuestos básicos:

«Las concesiones de ferrocarriles comprendidas en este capítulo caducarán en cualquiera de los casos siguientes:

- 1.º Si no se diera principio a las obras o no se terminaran dentro de los plazos señalados.
- 2.º Si se interrumpiese total o parcialmente el servicio público...
- 3.º Cuando la compañía concesionario fuese disuelta...

No obstante lo anterior, tanto la Ley General como la especial de ferrocarriles, contemplan un supuesto que suaviza los efectos fulminantes de la caducidad. Como ha dicho Albi ¹²¹, «nuestra Administración, en materia de sanciones, se ha visto siempre constreñida por un método rígido, en el que no podían marcarse los matices de la diversa importancia de las infracciones cometidas por el concesionario»; por ello, el artículo 87 regula lo que conocemos como «secuestro» de la concesión ¹²²:

«Cuando por culpa de la empresa se interrumpiese el servicio público de una obra subvencionada, el Ministro de Fomento, la Diputación o Ayuntamiento, según los casos, adoptará desde luego las disposiciones necesarias para asegurarse provisionalmente por cuenta del concesionario.

En el término de seis meses deberá justificar la empresa que cuenta con los recursos suficientes para continuar la explotación, pudiendo ceder ésta a otra empresa o tercera persona, previa autorización especial del Gobierno o corporación a que corresponda. Si aún por este medio no continuara el servicio, se tendrá por caduca la concesión» ¹²³.

He aquí las facultades y manifestaciones del principio de continuidad, siempre a causa del título sustantivo que las justifica: la obra pública,

121 ALBI, *Tratado...*, cit., p. 589.

122 Hoy el «secuestro» se regula más detalladamente, como consecuencia de algunos problemas prácticos que planteó la regulación de la Ley General de Obras Públicas, para el nivel local en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. El secuestro, o depósito judicial de bienes litigiosos, que se regula en los arts. 1.785 y ss. del Código civil, no tiene carácter sancionador, y no tiene nada que ver con el secuestro administrativo.

123 Prácticamente un trasunto de este artículo es el art. 53 de la Ley de Ferrocarriles de 1877.

cuya característica esencial radica en dotar al Derecho Administrativo de un carácter especial frente al Derecho Común.

6. LA LEY PLAN: EL SOMETIMIENTO ESPECÍFICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LAS CORTES

La primera regulación importante de la figura de «Plan» está contenida en nuestra legislación de obras públicas. El sector de las obras públicas venía siendo considerado como un importante motor de la economía nacional, habiéndose contemplado dentro de las más características reglas de la economía de mercado (Decreto de 1868, oferta y demanda), y su ejecución solía (y suele) responder a un sistema mixto de financiación: la pública y la privada. Esta dimensión de las obras públicas no significa más que la justificación de lo que podríamos llamar «nuestra primera Administración económica», a la que tradicionalmente liga la doctrina científica la figura jurídica del «Plan»¹²⁴.

La verdad es que, a pesar de la importancia y problemas que ha planteado esta institución, la legislación de obras públicas la contempla con parquedad de detalles. No obstante, esa regulación proporciona una base suficiente para extraer importantes conclusiones.

El solo hecho de que la Ley de 1877 disponga que la elaboración y ejecución del Plan corresponden a la Administración, mientras que su aprobación lo es de las Cortes (art. 20), nos indica que este tema se sitúa en la conocida relación dialéctica entre el Parlamento y Gobierno-Administración¹²⁵. Y, como dice Martín Rotortillo¹²⁶, «estudiar las formas y procedimientos concretos a través de los que las Asambleas parlamentarias intervienen en el proceso planificador, constituye un tema eminentemente polémico... las fórmulas concretas que en tal sentido se adoptan

124 Véase, por todos, MARTÍN RETORTILLO, S., «Parlamento y Gobierno en la planificación económica», *Revista de la Administración Pública*, n. 55 (1968), pp. 27 (y nota 1.ª) a 29, y Bibliografía allí citada.

125 También, MARTÍN RETORTILLO, S., «Parlamento y...», cit., p. 28.

126 *Ibid.*, p. 44.

no serán sino consecuencia de la posición que se sustente sobre problema tan fundamental como es el de las relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento». Pues bien, y como se ha señalado ya, la promulgación de la legislación de obras públicas se lleva a cabo dentro de un período constitucional (1812-1923), en el que la preponderancia del Parlamento sobre el Gobierno, por la «cerrada defensa de la legitimidad excluyente del Parlamento y de la primacía universal de la Ley»¹²⁷, es de tal magnitud que únicamente cabe una idea de la Administración de carácter instrumental¹²⁸.

Por otro lado, la misma estructura del poder legislativo para elaborar actos de contenido normativo, unida a su incapacidad técnica para elaborar el Plan¹²⁹, motivan que la intervención del mismo haya de contemplarse como acto (Ley), a través del cual se ejerce una fiscalización del Poder Ejecutivo¹³⁰; es decir, el papel que juega la Ley-Plan es el de una autorización parlamentaria¹³¹. El artículo 22 de la Ley de 1877 apoya esta orientación al decir que:

«No podrá incluirse en los presupuestos generales del Estado partida alguna para obras públicas que no se halle comprendida en los planes... *a menos que no haya sido autorizado el Gobierno al efecto por una ley especial*».

127 GARRORENA MORALES, ob. cit., p. 37; también VILLAR PALASÍ, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 80 y GALLEGU ANABITARTE, *Ley y...*, cit., p. 37.

128 Sin embargo, es necesario hacer la conveniente matización, ya que los Decretos de noviembre de 1845 (Instrucción de Obras Públicas) y 27 de febrero de 1852 (contratos), como Reglamentos Autónomos, responden a la versión española de la concepción jacobina de la Ley, en el sentido de atenuarla, y que Segismundo Moret expresó de la siguiente forma: «la misión del Poder ejecutivo es aplicar las suficiencias y suplir las deficiencias de la Ley», es decir, sólo era posible la utilización del Reglamento Autónomo en defecto de Ley; véase muy bien explicado, en GARRORENA MORALES, ob. cit., pp. 38-41.

129 MARTÍN RETORTILLO, S., «Parlamento...», cit., pp. 29 y 49.

130 MARTÍN RETORTILLO, S., *Concepto de Plan y referencia a la legislación de Fomento del siglo XIX*, cit., p. 46, y, VILLAR PALASÍ, *La intervención...*, cit., p. 53.

131 Por ello, no es de extrañar la técnica en virtud de la cual se dicta una Ley aprobando un plan que no aparece inserto en ella, sino que, como dice VILLAR PALASÍ, *La intervención...*, cit., p. 51, «tiene una plasmación concreta alíbi».

Sin embargo, esta dialéctica Gobierno-Cortes de nuestro Constitucionalismo del siglo XIX no es la única razón que impone la necesidad de que el plan haya de ser aprobado por Ley votada en Cortes.

Aparte de que el plan vaya dirigido al conocimiento de una realidad como presupuesto de la actuación Administrativa ¹³², y sirva como indicativo de esa misma acción ¹³³, que a la postre son temas que afectan al propio contenido del plan, éste significa una auténtica técnica de configuración de situaciones jurídicas de los particulares administrados. Por ejemplo, el artículo 114,2 de la Ley de 1877, en relación a la Base 7.ª de la Ley de 1876, dispone que se exceptúan de la declaración de utilidad pública:

«Las obras comprendidas en los planes generales...»

es decir, la Ley-Plan actúa en el procedimiento de expropiación forzosa incidiendo de forma decisiva en la situación jurídica de los administrados ¹³⁴. He aquí la concepción del Plan como «esquema de limitaciones administrativas, o como base de una serie de cargas que el administrado debe soportar necesariamente» ¹³⁵. Pero, además el Plan despliega su vinculación sobre los poderes públicos. Por un lado, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley, el Gobierno no puede ejecutar obras que no estén contempladas en las Leyes-Planes; por otro, el Parlamento queda también vinculado, en virtud de lo dispuesto en el art. 22 de la Ley ¹³⁶, para la aprobación de la Ley de presupuestos ¹³⁷. Esta vinculación del Parla-

132 Como se demuestra en la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866: «Establecemos como preliminar esta medida para que pueda conocer el Gobierno la riqueza de que es poseedor y para disponer de la manera más fácil y preciosa su aprovechamiento...».

133 Artículo 20 de la Ley de 1877: «Los respectivos proyectos de Ley (Planes) en que aquéllas se determinen y clasifiquen por su orden de preferencia».

134 Este supuesto, además del contenido en el art. 54, está señalado en MARTÍN RETORTILLO, S., *Antecedentes del concepto...*, cit., p. 47.

135 MARTÍN RETORTILLO, S., «Parlamento y...», cit., p. 33.

136 «No podrá incluirse en los presupuestos generales del Estado partida alguna para obras públicas que no se hallen comprendidas en los Planes...».

137 Hoy ya no hay duda acerca de que las Cortes quedan vinculadas por la Ley-Plan, de acuerdo con el artículo 9,1 de la Constitución de 1978. Sobre este punto puede consultarse

mento por el Plan, pone sobre el tapete la cuestión del binomio Plan-Presupuesto. Pero no sólo desde el punto de vista de la relación formal entre ambas figuras, sino que, además, hace referencia a uno de los contenidos del Plan, esto es, el significado del Presupuesto es el de los medios instrumentales con que cuenta la Administración pública para alcanzar los objetivos determinados en el Plan. El binomio Plan-Presupuesto trata sobre la forma de actividad de la Administración, o lo que es igual, el Presupuesto dice cuánto va a gastar y el Plan dice cómo va a gastarlo ¹³⁸.

La Administración pública, por el juego de los artículos 20, 21 (y 12) y 22 de la Ley de 1877, se encuentra sometida, a la hora de ejecutar obras públicas, a dos instrumentos jurídicos con forma de Ley: el Plan y el Presupuesto. Pero es que, además, la Ley de 1877 dispone un control administrativo, como requisito previo a la inclusión de las obras en aquellas leyes; se trata del proyecto singular de cada obra, que ha de ser aprobado por resolución administrativa. El artículo 14 dispone esta medida como condición «sine qua non» a la ejecución de la obra ¹³⁹, siendo reforzado por el art. 22 como requisito previo a la inserción de la obra en el presupuesto ¹⁴⁰.

Resta por abordar el problema que se presenta, para la conjugación de la eficacia en el tiempo, entre la Ley Plan y la Ley presupuestaria. Tanto el art. 13 de la Ley de Obras Públicas ¹⁴¹ como las Constituciones españolas ¹⁴² responden al principio de anualidad presupuestaria,

GALLEGO ANABITARTE, *Plan y Presupuesto como problema jurídico en España*, edición española de la obra alemana *Planung*, Madrid 1974, vol. I, pp. 125 y 153 (y nota 74).

138 En el mismo sentido, véase, KAISER, J. H., *Planificación* (versión española de *Planung*), Introducción, ob. cit., p. XXXIV.

139 «No podrá invertirse cantidad alguna en obras públicas del Estado, correspondientes al Ministerio de Fomento, sino con arreglo a un proyecto debidamente aprobado según las prescripciones de la presente ley».

140 «... En todo caso, para incluir el importe de una obra en los presupuestos generales se requiere que se halla estudiado previamente, y que sobre el proyecto haya recaído la correspondiente aprobación».

141 «En todos los presupuestos *anuales*...».

142 Salvo la de Bayona de 1808 (art. 82) y el Estado Real de 1834 (arts. 35 y 26).

mientras que la Ley Plan posee una vocación plurianual ¹⁴³ que va más allá del ejercicio presupuestario ¹⁴⁴.

El problema planteado puede ser expuesto en esto términos: por un lado, la Administración se encuentra sometida por la Ley anual de Presupuestos, y por otro, se ve obligada a desarrollar su gestión en períodos más extensos al año.

Los gastos para obras públicas se instrumentan a través de los créditos presupuestarios que, normalmente, tienen su fuente jurídica en un doble reconocimiento legislativo: de una parte la Ley de Creación del gasto y, de otra, la Ley de Presupuestos de cada ejercicio ¹⁴⁵. Es en este punto donde se plantea el problema de la plurianualidad de los gastos para la realización de obras públicas. Veamos cómo se encajan estos dos principios.

El párrafo 3.º del artículo 67 de la Ley de 1911 (cuyos antecedentes se encuentran en el párrafo 3.º del art. 2 del Real Decreto de 1 de mayo de 1833, y en el art. 28, letra B, punto 1.º de la Ley de Presupuestos de 1890), reza de la siguiente forma:

«Cuando la índole de los servicios por *virtud de la Ley* o disposiciones adoptadas para cumplirla exija que su ejecución dure más tiempo del que

143 Por citar dos ejemplos, el Plan adicional de Caminos locales de 1946 tuvo una vigencia de 10 años, y el Plan General de Carreteras de 1961 fue aprobado para un período de 16 años.

144 También, GONZÁLEZ GARCÍA, E., *Introducción al Derecho Presupuestario*, Madrid 1973, p. 877.

145 Ya ha sido tratado anteriormente el tema de la vinculación de la Ley-Plan. Sin embargo, no está de más señalar que existen tres posiciones diferentes: 1.º) la francesa, consistente en dar al Plan un valor de mera obligación moral, pero no jurídica, del Parlamento y del Gobierno (puede verse, GAUDEMET, P. M., *La influencia de la política de planificación económica en el Derecho público francés*, Alcalá de Henares 1968); 2.º) la sostenida por RODRÍGUEZ BEREIJO, *El presupuesto del Estado*, Madrid 1970, p. 267, en que ambos conceptos, al ser leyes ordinarias del mismo rango pueden estar en contradicción; y 3.º) la mantenida por GALLEGRO ANABITARTE, *Plan...*, cit., pp. 121 y ss., y MEILÁN GIL, «Influencia de la Planificación del Desarrollo en la Administración Pública», «Documentación del Desarrollo en la Administración Pública, *Documentación Administrativa*, n. 100, pp. 345 y ss., en virtud de la cual el Parlamento está sometido al Plan a la hora de aprobar el Presupuesto, idea que, sin duda, es la correcta.

comprende el período del presupuesto, el gasto se autorizará por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, oyendo al de Estado en pleno...».

7. LOS ACTOS JURÍDICOS EN LA GESTIÓN DE LAS OBRAS SEGÚN LA LEY GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS DE 1877

Dos importantes características configuran el grupo normativo compuesto por la Ley de Bases de 1876 y sus textos articulados: 1) es la regulación de gran parte del dominio público, lo que va a tener importantes consecuencias, ya que en la Ley de Obras públicas se establece el núcleo fundamental del régimen general para el aprovechamiento del mismo (Capítulo VIII); 2) es el estatuto jurídico de la ejecución de todo tipo de obras, como se desprende de la Base 3.^a y de la Base 10.^a ¹⁴⁶ de la Ley de 1876 y preceptos articulados.

La conjunción de estas dos características hace que la estructura normativa de las disposiciones que estudiamos sea muy compleja, presentando a veces enunciados de difícil catalogación. Los elementos que constituyen el dominio público son, a veces, muy diversos, admitiendo la mayoría de ellos la ejecución de obras, o, como el caso explícito de los ferrocarriles ¹⁴⁷, convirtiéndose en tales. No obstante esta diversidad, la legislación de obras públicas instrumenta un sabio sistema en su regulación. Un estudio de conjunto pone de manifiesto que la estructura normativa de estas leyes responde a tres niveles jurídicos diferentes, cuyo objeto consiste en abarcar toda la gama de supuestos que puedan producirse.

146 Base 3.^a: «Podrán construir y explotar obras públicas el Estado, las Provincias y los Municipios... También podrán hacerlo los particulares y compañías...»; Base 10.^a: «Los particulares o compañías podrán ejecutar, sin otras restricciones que las que impongan los reglamentos de policía, seguridad y salubridad pública, cualquier obra de interés privado que no ocupe ni afecte al dominio público o del Estado, ni exija la expropiación forzosa».

147 Artículo 7 de la Ley de ferrocarriles de 1877: «Todas las líneas de ferrocarriles de servicio general son de dominio público...».

El primer nivel jurídico está compuesto por las normas que regulan la realización de obras privadas. Su fundamento se encuentra en la Base 10.^a de la Ley de 1876. El artículo 52 de la Ley General dispone que:

«Los particulares o Compañías podrán ejecutar, sin más restricciones que las que impongan los reglamentos de policía, seguridad y salubridad públicas, cualquiera obra de interés privado que no ocupe ni afecte al dominio público o del Estado, ni exija expropiación forzosa de dominio privado».

Este precepto establece los tres componentes que, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, constituían la obra privada. En primer lugar, la obra ha de responder a un interés privado, alejándose así de toda idea de uso común o general, en segundo lugar, la obra ha de encontrarse físicamente situada en una propiedad privada, que, a partir del Código civil, es la perteneciente a particulares, así como los bienes patrimoniales de las Entidades públicas ¹⁴⁸; por último, la única normativa de Derecho Administrativo que podía serle aplicada eran los clásicos Reglamentos de policía, los cuales no suponían más que limitaciones de carácter administrativo al contenido del Derecho de propiedad, posibilidad que luego recogería el art. 348 del Código civil ¹⁴⁹.

La disposición de la Ley General fue también recogida en las Leyes especiales. La Ley de Ferrocarriles enunciada en su art. 1 que:

«Son objeto de esta ley todos los ferrocarriles, cualquiera que sea el sistema de tracción empleado»,

definiendo en su artículo 3.º lo que se entiende por ferrocarril privado:

«Son ferrocarriles... de servicio particular los que se destinan a la exclusiva explotación de una industria determinada o al uso privado»

148 Criterio desafortunado, ya que estos bienes de las Administraciones públicas habían sido también contemplados en la Ley de Obras Públicas (arts. 111 y 112), requiriéndose concesión para su aprovechamiento. Después del Código civil, los bienes patrimoniales quedaron desenfocados del régimen administrativo de los actos y títulos para su aprovechamiento.

149 «Sin más limitaciones que las establecidas en las leyes».

siendo su régimen jurídico-administrativo el contenido en artículo 62:

«Los ferrocarriles destinados a la explotación de una industria o a uso particular, podrán ejecutarse sin más restricciones que aquellas que impongan los reglamentos de seguridad y salubridad pública, siempre que con las obras no se ocupe ni afecte el dominio público, ni para su construcción se exija la expropiación forzosa».

La Ley de carreteras parece el único texto que no es fiel a esta orientación. Sin embargo, su art. 49 reenvía a la regulación del Capítulo VI de la Ley de Obras públicas, donde se encuentra el art. 52, que contempla la ejecución de la obra privada. Además, esta laguna parece haber sido un «lapsus» del legislador, ya que en la Ley de 22 de julio de 1857, sobre bases que han de regir las carreteras, se recogía expresamente el supuesto de carreteras privadas:

«Se considerarán como carreteras de servicio particular las que sirviendo para la explotación de minas, canteras y montes, para la comunicación de establecimientos industriales o de obra clase cualquiera, o para el servicio de edificios, haciendas o propiedades particulares, pasan por terrenos que no sean propiedad del que constituye el camino». (art. 25) ¹⁵⁰.

Donde mayor impacto tiene esta orientación es en la Ley de Aguas. Su art. 1 dispone que:

«Pertencen al dueño de un predio de aguas pluviales que caen en el mismo mientras discurran por él. Podrá en consecuencia construir dentro de su propiedad estanques, pantanos, cisternas o aljibes donde conservarlas al efecto, o emplear cualquier otro medio adecuado, siempre que con ello no cause perjuicio al público ni a tercero» ¹⁵¹.

¹⁵⁰ En realidad, parece que la supresión de esta disposición respondió a una política de influencias para construir, a cargo del Estado, carreteras que «recorren desiertos» para el servicio de propiedades de ciertos políticos. Puede verse en la Exposición de Motivos del Real Decreto de 16 de septiembre de 1866, que firmó Montero Ríos, por el que se mandaba la redacción del plan de carreteras generales.

¹⁵¹ Para no recargar el texto con un exceso de citas de Derecho positivo se traen aquí, a modo ejemplar, otros supuestos: el art. 6 dice: «Todo aprovechamiento eventual de las aguas

Pero lo que más llama la atención en esta Ley es la existencia de preceptos que regulan contenidos del derecho de propiedad privada, aunque sea de forma enunciativa:

«... Se entiende que en propiedad privada nadie puede penetrar para buscar o usar el agua, a no mediar licencia del dueño» (art. 127 «in fine»)

o en el artículo 133:

«En las aguas de dominio privado... solamente podrán pescar los dueños... o los que de ellos obtuviesen permiso, sin más restricciones que las relativas a la salubridad pública»

que es el mismo tenor que el art. 11 de la Ley de Puertos de 1880 ¹⁵².

Este es el primer nivel normativo, sobre todo en referencia a las relaciones y a los actos jurídicos, que nos ofrece nuestra legislación de obras públicas.

El segundo nivel de la estructura normativa que estamos analizando, viene constituido por las reglas de ámbito estricto de la definición de obras públicas que contiene el art. 1 de la Ley de 1877.

Este nivel aborda dos órdenes diferentes de supuestos. En primer lugar, están las normas que regulan la competencia y los actos jurídicos de gestión de las obras públicas. El art. 3.º de la Ley dispone:

de manantiales y arroyos en cauces naturales, pueden libremente ponerlo por obra los dueños de los predios inferiormente situados...»; art. 17: «Son de propiedad... los lagos, lagunas y charcos formados en terrenos de su respectivo dominio», en relación al 60: «Los dueños de lagunas o terrenos pantanosos o encharcadizos que quieran desecarlos o sanearlos, podrán extraer de los terrenos públicos, previa la correspondiente autorización, la tierra, etc.»; de igual forma para las aguas subterráneas arts. 18, 19 y 20; el art. 52 para las obras de defensa: «Los dueños de predios lindantes con cauces públicos tienen libertad de poner defensas contra las aguas en sus respectivas márgenes...».

152 «La mentalidad que preside la Ley de Aguas en esta materia es de una polaridad radical y consiste en contraponer las obras que originan fundamentalmente beneficios particulares, que han de ser promovidas por ellos, y las obras de las que se benefician primordialmente intereses generales, que han de ser acordadas y financiadas por la Administración», CLAVERO ARÉVALO, M., «Régimen administrativo de las Obras de Defensa contra las Aguas Públicas», *Estudios Homenaje a Jornada de Pozas*, III, p. 516.

«Las obras públicas, así en lo relativo a sus proyectos como a su construcción, explotación y conservación, pueden correr a cargo del Estado, de las Provincias, de los Municipios y de los particulares y Compañías» ¹⁵³

y el art. 25 regula los sistemas que pueden utilizar las Administraciones:

«El Gobierno podrá ejecutar las obras de cargo del Estado por Administración o por contrata. El primer método se aplicará únicamente a aquellos trabajos que no se presten a contratación por sus condiciones especiales, o porque no puedan fácilmente sujetarse a presupuestos por predominar en ellos la parte aleatoria, o por cualquiera otra circunstancia».

En segundo lugar, las normas regulan la gestión de las obras públicas por particulares, gestión que se lleva a cabo a través de la concesión administrativa, título jurídico administrativo que habilita a los particulares para hacer posible el principio de libertad económica y colaboración en materia de obras públicas. El artículo 53 de la Ley General, dispone:

«Los particulares y Compañías podrán también construir y explotar obras públicas destinadas al uso general y las demás que se enumeran en el art. 7.º de esta Ley, mediante concesiones que al efecto se les otorguen» ¹⁵⁴.

Desde este artículo 53 al 93 se recoge una variada y, a veces, confusa regulación de la concesión, o concesiones, de obra pública. De su análisis se desprende la configuración de un tipo puro de concesión, que es aquella obra pública para la que no se pide subvención ni ocupación cons-

¹⁵³ Disponiendo los arts. 4, 5, 6 y 7 qué obras corresponden a cada Entidad.

¹⁵⁴ Por eso ha podido observar, GARCÍA TREVIJANO FOS, «Aspectos de la Administración económica», *Revista de Administración Pública*, n. 12 (1953), p. 52: «a) La Administración concede la construcción de la obra y la formación de la empresa, así como su ejercicio. b) La Administración contrata la construcción de la obra, reservándose el desarrollo del servicio. c) La Administración construye la obra o empresa y explota el servicio. d) La Administración crea la empresa o construye la obra y concede el ejercicio. El primer caso es una concesión pura de obras y servicios o de servicios solamente. El segundo, es un simple contrato de obra pública. El tercero, es una gestión directa en la construcción y explotación, y el último es la concesión de ejercicios».

tante del dominio público, encontrándose contemplada en los planes de obras ¹⁵⁵, y cuyo término es, salvo que la índole de la obra reclamase un mayor plazo, de 99 años.

Para el otorgamiento de este tipo puro de concesión, ha de seguirse un expediente administrativo clásico: solicitud con aportación del proyecto técnico de la obra, publicación en el *B.O.E.*, dictamen de la Junta consultiva, presentación de garantía, imposición de cláusulas y otorgamiento por Resolución administrativa (Orden Ministerial, art. 54 de la Ley General de Obras Públicas).

Este tipo puro tiene, a su vez, dos variantes. La primera consiste en que la obra proyectada destruya los planes de Obras públicas, en cuyo caso habrá de ser otorgada previa Ley que autorice (art. 54, o Reales Decretos para el caso de Planes Provinciales o Municipales). Esta solución es irreprochable desde el punto de vista jurídico formal, Ley posterior deroga Ley anterior. La segunda variante, contemplada en el art. 73 de la Ley de Obras Públicas, es el supuesto en que la obra proyectada haya de ocupar otra pública del Estado, Provincia o Municipio, en cuyo caso será necesaria previa licitación. A este supuesto se asimila el caso en el cual exista una igualdad de proposiciones para la ejecución de la obra (art. 63 de la Ley General de Obras Públicas). La especialidad en ambos tipos de obras consiste en la necesidad de que el otorgamiento vaya precedido de remate solemne y público, y, por consiguiente, el acto jurídico del otorgamiento no es una resolución unilateral de la Administración, sino un acto de naturaleza contractual ¹⁵⁶. El propio Reglamento

155 Art. 54 de la Ley de Obras públicas en relación al 17 de su Reglamento.

156 Conviene destacar en este punto la orientación de algunos autores de la doctrina científica, como GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., vol. II, p. 394: «En lo que interesa insistir, por tanto, es en que nuestro Derecho positivo *suele emplear* tradicionalmente para la concesión de los servicios públicos el mecanismo del contrato»; y, GUAITA MARTORELL, A., *Derecho Administrativo especial*, cit., vol. IV, p. 344; «el carácter unilateral no es tampoco ningún argumento en contra de lo que se postula (otorgamiento ex novo de un derecho), pues la concesión, como figura que se define por su contenido puede otorgarse —depende de la Ley aplicable en cada caso— mediante la forma contractual o la unilateral pues cualquiera de ambas formas es idónea para aportar aquel contenido o concesión». Esta postura ya había sido señalada por CAETANO, *Manual de Direito administrativo*, Coimbra 1951 (3.ª ed.), p. 539.

de la Ley de Obras Públicas remitía al Real Decreto de 27 de febrero de 1852 (contratos administrativos), para los casos de pública licitación, y su art. 1.º dispone que:

«Los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas se celebrarán por remate solemne y público, previa la correspondiente subasta».

En realidad, estos supuestos se subsumen en los dispuesto por el art. 26,2 de la Ley General de Obras Públicas ¹⁵⁷:

«El Gobierno podrá contratar las obras públicas que sean de su cargo:
2.º Otorgando a los contratistas el derecho a disfrutar por tiempo determinado del producto de los arbitrios que se establezcan para el aprovechamiento de las obras, según lo dispuesto en el art. 24 de la presente Ley» ¹⁵⁸.

157 La concesión, más que aparecer como un privilegio jurídico, se aproxima a una idea jurídica con diversas manifestaciones y regímenes jurídicos según el interés general en juego. A este respecto resulta muy sustancioso el considerando final de la Sentencia, de 31 de enero de 1935, de nuestro Tribunal Supremo: «No hay que echar en olvido que la concesión de que se trata, ni es una simple «locatio conductio operis faciendi», ni mucho menos cabe asimilarla, como pretendió la defensa de la Compañía actora en el acto de la vista, a un contrato de préstamo, es por el contrario una convención específica de Derecho Público, un negocio administrativo complejo, con dos tratos sucesivos y bien diferenciados en orden a su cumplimiento; el primero de ejecución de obras, dentro del cual el concesionario ejecuta a su costa todas las necesarias, y el segundo de explotación de servicios, en el cual los hace funcionar el concesionario, percibiendo por ellos las cantidades previstas en las tarifas de la concesión para lo cual es inexcusable que el período de la prestación de los servicios haya comenzado, teniendo plena realidad y efectividad los repetidos servicios como base de todo beneficio dimanante de la concesión». Sin embargo, ahí están las sentencias de 17 de junio de 1950 y de 19 de noviembre de 1956, 24 de noviembre de 1961 y 9 de abril de 1959, en las que se declara que «el otorgamiento de la concesión es una resolución de la Administración de carácter unilateral y discrecional».

158 Art. 24: «El Gobierno podrá establecer impuestos o arbitrios por el aprovechamiento de las obras que hubiere ejecutado o ejecute con fondos generales, salvo los derechos adquiridos, y dando cuenta a las Cortes». Este artículo ha sido derogado en virtud del Decreto 4.132/1964, de 23 de diciembre, que contiene la tabla de preceptos legales derogados o modificados por la Ley 41/1964, de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario.

Dentro del segundo nivel se da otro tipo de concesión, el regulado en el Capítulo VII de la Ley de Obras Públicas. Esta concesión es la subvencionada (art. 74), que si es otorgada por el Estado requerirá siempre una Ley que autorice su otorgamiento, siendo además siempre temporal, es decir, no admite la excepción a la regla de los 99 años ¹⁵⁹.

El procedimiento para el otorgamiento de esta concesión sigue en general el previsto para lo que hemos denominado «tipo puro», aunque con un fuerte reforzamiento del principio de competencia de proposiciones con la petición originaria, que desemboca, tras la aprobación de la posibilidad de otorgamiento por Ley ¹⁶⁰, en la subasta que se adjudicará al mejor postor ¹⁶¹. Como en los supuestos vistos más arriba, nos encontramos ante una concesión contractual a la que se ha de aplicar su especial régimen jurídico.

Los ejemplos del tipo puro de concesión son difíciles de encontrar, puesto que normalmente las obras públicas enunciadas en los textos positivos, por sus dimensiones o por su ubicación, necesitan la utilización permanente del dominio público (que veremos en el tercer tipo). A pesar de ello, en este supuesto estarían comprendidas las construcciones de puentes para salvar ríos (art. 211 de Ley de Aguas), desfiladeros, e incluso los túneles para pasos de montaña. Sin embargo, la variante del art. 73 de la Ley de Obras Públicas (obra pública sobre obra pública) sí tiene claros ejemplos legales: el supuesto contemplado en los arts. 136 en relación al 142 de la Ley de Aguas: ejecutadas las obras para hacer navegable un río sólo se podrán construir obras de presa, previa licitación y con

159 Ya se ha señalado en el Capítulo II cómo la subvención desempeña un papel parecido a retribución por la ejecución de la obra, que siempre se cristaliza en la expresión legal: «Transcurrido este plazo (99 años), la obra *pasará a ser propiedad* del Estado, provincia o pueblo que hubiere suministrado la subvención», art. 75 de la Ley General de Obras Públicas.

160 Art. 57 de la Ley de Ferrocarriles dispone: «El Ministerio de Fomento dispondrá que se hagan los estudios o se completen los comenzados, relativas a las líneas comprendidas en el plan general, por Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, para que con sus respectivos estudios pueda presentar el Gobierno a las Cortes el oportuno proyecto de *Ley de autorización de subasta*».

161 Siendo el tipo de la subasta el «maximum» de la subvención fijado en la Ley, art. 79 de la Ley General de Obras Públicas.

observancia de los requisitos dispuestos en la Ley de Aguas (obligación de ejecutar «canalizaciones para la navegación», «escalas salmoneras», etc.). Los ferrocarriles son el tipo paradigmático de la concesión subvencionada, y no hace falta que nos extendamos más sobre el tema.

El tercer nivel es el constituido por las normas que regulan la ejecución sobre el dominio público de cualquier tipo de obras, sean públicas o privadas. Este es el tenor del art. 95 de la Ley de Obras Públicas:

«Los particulares o Compañías que pretendan la concesión de dominio público para la *ejecución de una obra de uso general o privado*, dirijan su solicitud...»

El art. 122 del Reglamento aclara que la característica de estas obras es que no se hallan comprendidas en los planes, aunque hay que entender que lógicamente esto sólo puede ser predicado de las obras públicas.

En el Capítulo VIII de la Ley sólo se contemplan dos tipos de concesiones:

1) La concesión de obra pública que no menoscaba ni entorpece el disfrute del dominio público a que afecta, en cuyo caso, además de las disposiciones que contemplen las Leyes especiales, habrán de imponerse las cláusulas contempladas en el art. 96 ¹⁶² de la Ley, y su otorgamiento, durante un máximo de 99 años como regla general, se realiza por resolución unilateral ¹⁶³. En el caso de presentarse varias solicitudes para la ejecución de la misma obra, la Administración elegirá discrecionalmente la que ofrezca mejores resultados, sin necesidad de acudir al sistema de subasta pública (art. 97). A este tipo de concesión responde claramente el art. 136 de la Ley de Aguas:

«Las obras para canalizar o hacer navegables o flotables los ríos que no sean naturalmente, se ejecutarán conforme a lo prescrito en la Ley General de obras públicas»

162 Los plazos de ejecución, las condiciones del uso, la fianza, los casos de caducidad, la fijación de las tarifas.

163 Art. 97: «Si antes de recaer *resolución*».

o, los arts. 49 a 56 de la Ley de Puertos de 1880 (donde por concesión se dice, a veces, autorización), que regula la construcción de puertos.

2) La concesión de obra privada o pública que entorpezca el uso y aprovechamiento a que se halle destinada la parte del dominio público afectada (art. 98) ¹⁶⁴. En el caso de la obra privada estaríamos en presencia de un «uso privativo» del dominio público, mientras que en el de la obra pública sería un claro supuesto de cambio de afectación del dominio público.

La tramitación, y el tipo de cláusulas, es muy similar al tipo anterior, pero su especialidad radica en que el otorgamiento ha de hacerse siempre mediante licitación pública, que ha de versar sobre la rebaja en las tarifas aprobadas por la Administración en el proyecto para el uso y aprovechamiento de la obra (art. 98).

La declaración del art. 103, por la que se dispone la libre transmisibilidad de la concesión, previa comunicación, ha de ser entendida sólo para las obras privadas, ya que, como vimos para las obras públicas en el segundo nivel, siempre es necesaria la autorización del órgano administrativo correspondiente (art. 66 de la Ley General de Obras Públicas).

Es en este supuesto donde se dan la mayoría de las concesiones para ejecutar obras públicas y para aprovechar el dominio público (extracción de arenas, y todos los supuestos de la Ley de Puertos en que, a pesar de emplearse el término «autorización», exijan construcciones permanentes para el ejercicio de una industria particular —art. 110 de la Ley General de Obras Públicas—).

Junto a estos dos tipos de Concesiones, la Ley de Obras Públicas contempla otro título jurídico-administrativo que habilita a los particulares a la ejecución de obras: la autorización (arts. 106-109 de la Ley General de Obras). Los casos en que es necesaria previa autorización administra-

¹⁶⁴ En este supuesto han de ser subsumidas las obras que ocupen permanentemente el dominio público en el que exista un verdadero uso común o general (que la Ley de Puertos de 1880, e incluso la de 1928 catalogan como aprovechamiento necesitado de autorización). En relación con esto, algún autor ha dicho que: «el carácter firme o no precario no es una nota esencial de la concesión, pues puede hablarse ciertamente de concesiones precarias», GUAITA MARTORELL, *Derecho...*, cit., vol. IV, p. 343.

tiva son aquellos en que los particulares ejecutan obras de interés privado, pero que:

- 1) ocupan permanentemente una parte del dominio público en la que no exista uso ni aprovechamiento público alguno; (concesión);
- 2) ocupan temporalmente una parte del dominio público destinada al uso general;
- 3) alteran servidumbres establecidas sobre propiedad privada en beneficio del dominio público (estas pueden ser autorizaciones de carácter perpetuo) —art. 109 «in fine»— (concesión).

El primer supuesto está recogido en el art. 43 de la Ley de Puertos de 1880, donde se dice:

«Las obras de defensa en las costas para proteger del embate de las olas las heredadas o edificios particulares, aún cuando sean permanentes, se autorizarán por el Gobernador de la Provincia».

El segundo supuesto, es el tradicional del permiso para levantar barracas o construcciones estacionales con destino a baños o carácter temporal (art. 39 de la Ley de Puertos de 1880).

El tercero, es el caso de la servidumbre de acueducto (arts. 75 y ss. de la Ley de Aguas, en especial arts. 97 y 99) la de presa y la de abrevadero.

La Ley General y las especiales de obras públicas regulan, aunque no siempre con acierto terminológico, las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración y los particulares, con ocasión de la construcción de obras, a través del siguiente sistema de actos:

a) el particular puede ejecutar obras privadas situadas en su propiedad con sometimiento a los Reglamentos de policía. Es decir, estamos en presencia de un límite del derecho de propiedad en el sentido del art. 348 del Código civil: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Límite que protege intereses públicos sin atribuir a nadie derechos reales correlativos, no entrañando, por tanto, ningún derecho a ser indemnizado;

b) el particular puede ejecutar obras privadas que afecten al dominio público previa obtención de autorización administrativa. Es el supuesto

de la supuesto de la obra que ocupa temporalmente una parte del dominio público. al restringir parcialmente el destino del mismo, esto es, el uso general, se hace necesario un título jurídico administrativo que en este caso es la autorización que habilita a la utilización especial del dominio durante un determinado período de tiempo, pudiendo ser revocada en cualquier momento sin indemnización (precario) ¹⁶⁵ (es el caso de las construcciones estacionales, por ejemplo);

c) el particular puede ejecutar obras privadas que excluyen el uso general del dominio público o que lo ocupan permanentemente previa obtención de concesión administrativa, que unas veces es por 99 años y otras a perpetuidad. Siendo imposible la libre revocación, ya que será necesario acudir a la institución de la expropiación forzosa. En este apartado hay que incluir los supuestos que la Ley de obras públicas llama impropiaamente «autorizaciones» tratándose de obras que ocupan permanentemente una parte del dominio público aunque no exista uso ni aprovechamiento público, y las otras otorgadas a perpetuidad que alteren servidumbres constituidas en favor del dominio público. Esta concesión siempre es otorgada por resolución unilateral;

d) el particular puede ejecutar obras públicas previo otorgamiento de concesión administrativa ¹⁶⁶. Dentro de este supuesto la Ley de Obras Públicas hace una distinción ¹⁶⁷:

165 Aunque hoy ya hay que tener en cuenta los criterios restrictivos del art. 16 del Reglamento de servicios de las corporaciones Locales y de la propia Jurisprudencia.

166 La relegación del concepto de obra pública, y consiguientemente el de concesión de obra pública, es un hecho general en nuestra doctrina científica. Valga por todos el descriptivo pasaje de GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., vol. II, p. 396: «Pero para llegar a tal conclusión ha sido necesario un proceso evolutivo a través del cual el concepto de la concesión de servicios públicos ha terminado por desprenderse de lastres innecesarios. En efecto, originariamente la concesión de servicios es una noción íntimamente conectada con los sistemas de realización de las Obras públicas. Puesto que el concepto de obra pública, así como el sistema contractual para su ejecución, se perfiló como institución jurídico-administrativa antes que la de servicio público, la concesión se configuró oficialmente como una modalidad de la ejecución de las obras públicas... Resulta necesario, por tanto, insistir en la independencia conceptual de la concesión de servicios públicos, como contrato administrativo, respecto de las nociones de obra pública y de dominio público».

167 Esta dicotomía que hace la Ley pudiera constituir cierta base material para aceptar la tradicional división doctrinal del dominio público natural y artificial, toda vez que en la

1) obras públicas que contempladas en los planes (salvo el caso raro de que la obra destruya los planes que necesita ser autorizada por ley, solución impecable por otra parte) no ocupen constantemente el dominio público;

2) obras públicas que no están contempladas en los planes y se realicen sobre dominio público; dentro del primer apartado caben a su vez las siguientes opciones:

- no subvencionadas y que admiten la excepción a la regla general de los 99 años, siendo otorgadas por acto unilateral (resolución administrativa);
- subvencionadas o que se realicen sobre otra obra pública, revirtiendo al Estado a los 99 años como máximo y siendo otorgadas por contrato;

en el segundo apartado se dan otros dos tipos:

- obras públicas que no menoscaban el dominio público, que se otorgan por 99 años como máximo y a través de resolución;
- obras públicas que menoscaban el dominio público, que se otorgan sin sujeción a la regla de los 99 años, incluso a perpetuidad, y se conceden por resolución.

8. CONCLUSIONES FINALES

1.^a La primera vez que se formula un concepto legal de Obra pública es en la Ley de Expropiación Forzosa de 17 de julio de 1836. Este concepto, en su definición legal, se constituye sobre tres elementos distintos:

- a) una noción de obra;
- b) una imputación de titularidad;
- c) una idea de destino o fin.

Ley no existe ningún supuesto de concesión de obra pública contemplada en un plan y que se construya sobre el dominio público.

2.^a Sin embargo, la noción de obra siempre ha sido sobreentendida en nuestra legislación de obras públicas. Por ello, la construcción de la misma ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta tres aspectos fundamentales:

- a) la dimensión que de ella encierra nuestro Derecho histórico (Preámbulo Partida 5.^a);
- b) las aportaciones de la doctrina científica civilista sobre dicha noción, que se han elaborado alrededor de la «locatio operis»;
- c) la propia regulación contenida en la legislación de obras públicas.

La noción de obra pública teniendo en cuenta las precisiones anteriores, consiste en una «actividad material dirigida a la realización de una construcción inmueble y la construcción misma, cuyo objeto es la satisfacción de necesidades generales».

3.^a La titularidad de la Obra pública corresponde tradicionalmente en nuestro Derecho histórico al Estado, pero se configura no como la titularidad del «dominus» de una propiedad quiritaria, sino como la de un depositario y tutor de la misma, que en el Antiguo Régimen es contenido propio de la «Regalía Mayestática», irrenunciable, de función pública. Esta concepción persiste hasta la vigente Ley de Obras Públicas, aunque con las lógicas ampliaciones, en relación a las facultades, que impone el robustecimiento del Estado Constitucional (controles técnicos, expropiación, planificación racional, etc.).

4.^a La obra pública lo es porque su destino natural está dirigido a satisfacer el uso común o general. Es decir, la Obra se hace pública, no porque su titular sea un sujeto de especiales características o de Derecho público, sino porque su especial destino al aprovechamiento colectivo supone un sometimiento a reglas distintas a las del Derecho común o civil, a reglas que el Antiguo Régimen va a legar al constitucionalismo, y que significan el origen del Derecho Administrativo de Bienes. Al mismo tiempo, el criterio del «uso común o general» ha definido siempre nuestros bienes públicos o, como diríamos hoy, bienes de dominio público. Esto lleva al siguiente resultado: las obras públicas son siempre dominio público porque están destinadas al uso público (art. 1 L.G.O.P. y art. 339.1 C.c.), aunque no todo dominio público es obra pública.

5.^a La titularidad sobre la Obra pública durante el Estado liberal, heredero del Antiguo Régimen, queda matizada por dos ideas básicas:

a) La Administración pública persigue un objeto definido y general, esto es, fomentar la riqueza y bienestar nacional, además de controlar el correcto uso de la Obra pública. Para la obtención de los mencionados objetivos, la Administración se sirve de un privilegio de decisión unilateral y, en su caso, ejecutivo, es decir, sin necesidad de acudir a la justicia de los tribunales ordinarios; o de expropiar forzosamente la propiedad privada, incluso en beneficio de particulares (concesionarios); o siendo imposible paralizar la actividad pública o en nombre público a través de la técnica de los interdictos, que, y en definitiva, asegura la continuidad en la ejecución o gestión de la Obra pública.

b) Sin embargo, en virtud de una específica configuración del Estado, la Administración pública, gestor de la Obra pública, queda férreamente sometida al dictado de la Ley, a la voluntad de las Cortes (representante de la soberanía nacional), que ejerce su supremacía a través de dos técnicas bien definidas: la Ley-Plan y la Ley-Presupuesto. Por ello, la Administración pública queda, en relación a las obras públicas, como una administración de carácter esencialmente instrumental, vicarial, es decir, que sustituye al Parlamento en la gestión, aunque, a veces, este último retira esa representación para intervenir directamente (autorización al Gobierno mediante Ley para otorgar concesiones-subsencionadas —ferrocarriles, canales, etc.— fijando las condiciones esenciales de las mismas —tarifas, trazados, etc.—).

6.^a Como se ha señalado, el criterio del «uso común o general» es el decisivo para que un bien entre a formar parte del dominio público. La Legislación de obras públicas responde fielmente a esta orientación, de forma que las obras públicas son siempre bienes de dominio público, no faltando declaraciones legales expresas que así lo confirman (por ej., la Ley de Ferrocarriles, art. 7.º). A la vez, son obras públicas, y por tanto bienes de dominio público, los edificios que sirven de soporte al ejercicio del servicio público, o función pública del Estado, aunque de ellos no se pueda predicar directamente el criterio del «uso común o general», habiéndose suscitado alguna duda a cerca de su naturaleza jurídica, lo que motivó la fijación de una excepción expresa de venta en la legisla-

ción desamortizadora, frente a los bienes de uso público que ni siquiera fueron mencionados en dicha legislación.

7.^a En 1889 se promulga el Código civil. Este cuerpo legal introduce en el derecho positivo una nueva regulación del dominio público, regulación de corte francés, que eclipsó el verdadero significado de las normas contenidas en el grupo normativo administrativo de las obras públicas, y que ha servido como pieza básica para construir una teoría del servicio público, aunque en buena doctrina no puede mantenerse que su artículo 339 incorpore la clásica teoría francesa del servicio público.

8.^a De la regulación, en relación al dominio público, contenida en la legislación administrativa de obras públicas y en el Código civil puede establecerse una similitud, de la cual se desprende un grupo de características idénticas y otro de características diferenciales, que consisten en:

a) ambas regulaciones responden a un planteamiento metodológico idéntico. La legislación administrativa distingue entre obras públicas y obras privadas, mientras que el Código civil diferencia entre bienes de dominio público y de propiedad privada (incorporando los patrimoniales de las Entidades públicas entre los últimos);

b) el objeto de la legislación de obras públicas es: las obras públicas y los edificios de servicio público, al igual que el del Código civil, donde se contemplan, aunque con fórmula más genérica, los bienes de uso común y los destinados a un servicio público (como las murallas que son construcciones o edificios incorporados a la noción de obras);

c) la regulación del Código civil amplía el supuesto del dominio público a un sector dudoso de bienes, que no respondía con exactitud al uso común y habían sido contemplados incluso en la legislación desamortizadora, a través de la incorporación del criterio estratégico del fomento de la riqueza nacional (montes y minas);

d) a pesar del considerable aumento de facultades de la Administración pública, la titularidad sobre las obras públicas se mantiene en la legislación administrativa como la de un gestor o tutor de éstas, mientras que el Código civil configura una titularidad de la Administración cuyo contenido es un verdadero derecho de propiedad sobre el dominio público.

9.^a Frente a la tesis doctrinal que asegura que nuestro Derecho Admi-

nistrativo ha carecido, por lo menos hasta la promulgación de la Ley del Patrimonio del Estado, de un verdadero Código del dominio público, resulta evidente que es el grupo normativo que articuló la Ley de Bases de 29 de diciembre de 1876 (en especial la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877) ese Código administrativo del dominio público, quedando relegado por la promulgación del Código civil, de indiscutible orientación privatista, sobre el cual nuestra doctrina científica ha construido el armazón jurídico del dominio público y del propio servicio público.