

LAS OBRAS PÚBLICAS

POR

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Administrativo. Consejero de Estado

SUMARIO. I. A MODO DE PREÁMBULO.—II. LAS OBRAS PÚBLICAS Y EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y DE SUS INSTITUCIONES: 1. *Dominio, servicio y obra pública. Interconexiones conceptuales.* 2. *La obra pública como tronco institucional.*—III. LA LEGISLACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN ESPAÑA. RASGOS GENERALES DE SU EVOLUCIÓN: 1. *El espíritu del fomento y la obra de Javier de Burgos.* 2. *La rectificación de «la Gloriosa».* 3. *La obra legislativa de la Restauración.* 4. *El regeneracionismo de Costa y la política hidráulica.* 5. *El Estado franquista como Estado de obras.*—IV. CONCEPTO JURÍDICO DE OBRA PÚBLICA. CARACTERES.—V. PRINCIPIOS JURÍDICOS GENERALES EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS: 1. *El principio del concesionario interpuesto y el dogma de la incapacidad del Estado para ser empresario.* 2. *El principio de la planificación necesaria:* A) El plan de obras públicas: Concepto y funcionalidad legal. B) La ruptura de la funcionalidad inicial del plan por la vía de las Leyes especiales. C) La planificación del desarrollo económico y su incidencia sobre el plan de obras públicas. D) La planificación física y su proyección sobre la planificación de obras públicas. E) Consideraciones de conjunto. 3. *La exigencia de proyecto técnico aprobado.* 4. *La exigencia de consignación presupuestaria.*—VI. LAS DIFERENTES MODALIDADES CONCESIONALES EN LA LEY GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS: 1. *Precisiones conceptuales y características generales.* 2. *Clases:* A) Concesión de explotación de las obras costeadas por el Estado. B) Concesiones de obra sin subvención ni ocupación de dominio público. C) Concesión de obras con otorgamiento de subvención pero sin utilización de dominio público. D) Concesiones con ocupación de dominio público.—VII. LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE OBRAS PÚBLICAS Y EL NUEVO TEXTO CONSTITUCIONAL.

I. A MODO DE PREÁMBULO

La crisis del Estado-Providencia, al que ya no le alcanzan las fuerzas para sostener las urgentes cargas que hemos echado sobre él, el proceso de transformación de los viejos Estados-Nación del occidente europeo en un sentido plurinacional y la afirmación progresiva, aunque llena de dificultades, de una organización supraestatal a escala continental, están exigiendo, sin duda alguna, una profunda renovación de la cultura jurídica recibida, fruto de otras necesidades e incapaz en muchos casos de comprender siquiera los fenómenos que hoy estamos viviendo.

La multiplicación del número de legisladores dentro del territorio de un mismo Estado; la aparición de nuevas formas de legislar y consiguientemente de nuevos tipos de Leyes; la pérdida de valor del principio de jerarquía, antes instrumento prácticamente único de vertebración del aparato estatal; la revalorización de principios y técnicas, antes marginales (principio de coordinación, planificación, etc.), y hoy imprescindibles a la hora de reconstruir la unidad —política, económica, social, cultural incluso— sobre nuevas bases; el progreso de las fórmulas de concertación y de las vías paccionadas en el campo que antes ocupaban sin discusión los mecanismos de autoridad, hoy cuestionados en todos los ambientes; la nueva posición que la Administración tiende a ocupar, como árbitro unas veces o como mero interlocutor otras, del diálogo social, respecto al cual no hace mucho sus decisiones eran un dato previo y condicionante; la primacía de la conservación sobre el crecimiento; las nuevas relaciones entre lo público y lo privado, que, bajo la presión de las circunstancias, se proyecta ahora en el interior mismo de las instituciones subvirtiéndose sus antes sólidas bases, etc., son retos que reclaman respuestas adecuadas, cuyo hallazgo sólo será posible a partir de un esfuerzo colectivo que tiene que empezar por aceptar con naturalidad que la realidad es otra y que es inútil intentar encajarla a ultranza en su totalidad dentro de las categorías dogmáticas tan laboriosamente construidas en el pasado y tan esforzadamente aprendidas también.

El feliz centenario de esta REVISTA, que tanto ha hecho por la construcción de la Ciencia española del Derecho Administrativo, está necesariamente marcado por esta nueva tarea de renovar un acervo instrumental de cuya riqueza son testimonio los noventa y nueve números precedentes. Sin embargo, el que esto sea así y que así haya que proclamarlo para autoconvocarnos y movilizarnos en esta nueva dirección, que ha de presidir inevitablemente la etapa que ahora comienza, no autoriza, ni mucho menos, a pensar que la herencia recibida sea ya inútil. Sólo desde la seguridad que ella nos proporciona será posible descubrir lo que nos falta, remodelar lo que tenemos y poner a punto lo que empíricamente va surgiendo en el diario enfrentamiento con los nuevos problemas.

Decirlo puede parecer, quizá, una obviedad, pero es preciso, porque el entusiasmo por lo nuevo está haciéndonos olvidar demasiado lo permanente, que, por serlo, sigue requiriendo nuestra atención. Por esta razón, precisamente, he elegido para esta ocasión un tema clásico,

pocas veces, sin embargo, tratado de frente. Al analizarlo aquí no me mueve ningún afán innovador, sino sólo el deseo de recordar, debidamente ordenadas, unas cuantas ideas ya sabidas, cuya exposición en este momento puede ser, sin embargo, de alguna utilidad.

II. LAS OBRAS PÚBLICAS Y EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y DE SUS INSTITUCIONES

1. *Dominio, servicio y obra pública. Interconexiones conceptuales*

El concepto de obra pública es, sin duda alguna, uno de los conceptos clave en el proceso de formación de la dogmática iusadministrativa. Es por ello especialmente importante intentar destacar aquí, siquiera sea de forma esquemática, cómo ha jugado dicho concepto en el referido proceso, ya que sólo de este modo podrá comprenderse en su exacta dimensión y valorarse adecuadamente un sistema legal, como el vigente, que cuenta ya con más de cien años de antigüedad.

Como VILLAR PALASÍ ha destacado, el gran problema del Derecho Administrativo ha consistido desde sus comienzos en el hallazgo de títulos de potestad capaces de legitimar la acción administrativa (1). Surgido en el marco de la Revolución francesa, en plena efervescencia de las ideas de libertad, el Derecho Administrativo se ha visto obligado en los primeros tiempos de su no larga historia a hacer frente a un difícil problema: dotar a la Administración pública de técnicas capaces de servir eficazmente a la magna tarea de transformación social que el proceso revolucionario planteaba a partir de sus postulados de igualdad sin perjudicar sustancialmente la libertad, que constituía la primera de las rúbricas del ideario de la Revolución (2).

Así las cosas, no puede extrañar que las primeras construcciones dogmáticas del nuevo Derecho adolecieran de confusión, supuesto que los fines a conseguir se presentaban muchas veces como contradictorios. No puede extrañar tampoco que esas construcciones pretendieran encontrar en la tradición jurídica heredada una legitimación

(1) Cfr. *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964, página 121.

(2) Sobre esta tensión básica *vid.* por todos E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Cuadernos Taurus, núm. 113, Madrid, 1972. Hay una segunda edición de 1981.

que el contexto tópico de la nueva época las negaba o, cuando menos, las dificultaba gravemente.

Ello explica perfectamente un hecho que, contemplado desde nuestros días y con nuestros propios ojos, puede, quizá, parecer sorprendente: la estrecha conexión de conceptos hoy netamente diferentes como los de obra pública, dominio público y servicio público, que caracteriza como ninguna otra cosa esta fase inicial de formación del Derecho Administrativo. El dominio público es, sin duda, el motor inicial del proceso de construcción dogmática de la disciplina, el primero de los títulos habilitantes al que la Administración de esta primera época acude para justificar sus intervenciones en la dinámica social o, como VILLAR PALASÍ gusta decir, *la publicatio* de nuevas actividades (3).

No podía ser de otro modo, evidentemente, dadas las ideas de la época, contrarias a toda intervención. El concepto de dominio público evoca en primer término la idea de uso general, de uso público, y se beneficia, en consecuencia, del incontestable prestigio que le proporciona el Derecho Romano y, entre nosotros, el Derecho de Partidas. Por otra parte, la idea de dominio público permite resucitar también los viejos títulos regalianos en base a los cuales es posible intentar, sin causar grave alarma social ni suscitar oposiciones insuperables, una primera organización de ciertos servicios públicos que la realidad social iba demandando, operando *ope proprietatis* (4).

Por las mismas razones la concesión comienza siendo, también, concesión de dominio público, y se monta paralelamente sobre la idea de obra pública, igualmente conocida en el Derecho clásico, como transformación material de los inmuebles demaniales retribuida mediante la cesión de la explotación al concesionario por un cierto tiempo.

Dominio público y obra pública son de este modo conceptos que se apoyan y prestan mutua colaboración, al propio tiempo que permiten un primer desenvolvimiento de una idea nueva, la de servicio público, que sólo tardíamente y de forma fatigosa se irá abriendo paso y ganando autonomía.

Esta interconexión conceptual se formaliza, incluso, a través de la teoría del *lien indivisible*, cuyo uso llega hasta HAURIUO, y que servirá de aglutinante jurisdiccional, proporcionando un primer criterio

(3) Vid. sobre este tema las referencias de VILLAR: *La intervención*, cit., páginas 137 y ss.

(4) *Idem.*

de deslinde competencial entre la jurisdicción ordinaria y la naciente jurisdicción administrativa y asegurando un mínimo de coherencia a la localización y solución de los litigios (5).

El proceso es, obviamente, confuso, ya que la interrelación conceptual está buscada de propósito para justificar la *maitrise* de ciertas actividades por la Administración y su consiguiente sustracción al *laissez faire* imperante en la época. Sería por ello impertinente afrontar con pretensiones críticas este proceso e intentar deslindar lo que conscientemente y por las razones ya expuestas se utilizó *ab initio* como un sólo bloque conceptual. Lo que interesa en este momento es constatar este hecho y poner de manifiesto así el marco general en el que se fue formando el régimen de las obras públicas y el papel que, dentro de este marco general, llegó a desempeñar el concepto de obra pública que en estas páginas nos proponemos estudiar.

Aclarado esto, interesa también poner de relieve hasta qué punto fue difícil, una vez superada esta fase inicial, ir liberando lo que, cumplida su función histórica, se convirtió en un auténtico lastre para el desenvolvimiento ulterior de las instituciones. De ambas cosas puede dar fe un breve repaso del material legislativo.

La Ley de Ferrocarriles de 3 de junio de 1885, por ejemplo, ilustra como ningún otro texto las ideas sobre las que se ha venido insistiendo. El artículo 3.º de la misma es particularmente explícito en este sentido cuando afirma que «todas las líneas de ferrocarriles destinadas al *servicio general* son del *dominio público* y serán consideradas como obras de *interés general*» (6). La interconexión conceptual es, pues, total y contribuirá a modelar las soluciones de acuerdo con la lógica peculiar que genera. Así, en la Ley de Tranvías de 5 de julio de 1859, el servicio público se apoya sobre la idea de la titularidad de la vía, lo cual conduce inevitablemente a que la reversión del servicio se realice de acuerdo con ese mismo criterio (7). Otro tanto ocurre con el

(5) Vid. el comentario de HAURIOU, el *arrêt Laysave*, de 11 de julio de 1891, en *La Jurisprudence administrative de 1892 a 1929*, tomo III, pp. 352 y ss.

La misma idea opera entre nosotros hasta fechas recientes en relación a los servicios accesorios de otro principal. Vid. VILLAR: *La intervención*, cit., pp. 169 y 170.

(6) En los mismos términos se pronunciará luego el artículo 7.º de la Ley de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877.

(7) La Ley de Tranvías de 5 de julio de 1859 fue reformada por la de 15 de junio de 1884, publicándose refundida el 16 de julio del mismo año. La Ley de Ferrocarriles de 1877 la derogó asumiendo la regulación de los tranvías en su capítulo XI, artículos 69 y siguientes, sobre la misma base inicial de la titulari-

servicio de trolebuses e, incluso, con las carreteras a lo largo de la vigencia de la Ley de 4 de mayo de 1877 hasta su reciente derogación por la de 19 de diciembre de 1974 (8).

La base demanial de los servicios públicos llegará a adquirir tal arraigo que, acostumbrados secularmente a justificar la existencia y la titularidad del servicio a partir de la titularidad demanial del bien que constituye su soporte físico, el Consejo de Estado se verá obligado a aclarar en 1948, frente a las pretensiones de la Diputación de Navarra, que el servicio público de transportes mecánicos por carretera y la titularidad estatal del mismo tienen en la Ley de 27 de diciembre de 1947 su propio asiento, por entero independiente de su primitiva y artificiosa apoyatura (9).

Las huellas del planteamiento tradicional han perdurado durante mucho tiempo en el campo de los servicios públicos de gas, agua y electricidad y todavía no puede decirse que se hayan borrado totalmente. Bien entrado este siglo, el Real Decreto de 12 de abril de 1924 declaró, es verdad, servicios públicos los suministros de tales elementos en su artículo 1.º; pero, a renglón seguido, el artículo 2.º, incapaz de des-

dad estatal, provincial o municipal de las vías públicas (vid. arts. 73, 74 y 75). El artículo 119 del Reglamento de la Ley citada, de 24 de mayo de 1878, regula la reversion en los términos indicados en el texto.

(8) Sobre el proceso de afirmación del carácter demanial de los caminos a partir del argumento de la conservación de la *pax publica* y de la superposición al mismo de la asunción por el Estado de la carga financiera inherente a su construcción y conservación, vid. VILLAR: *La intervención*, cit., p. 155, quien llama la atención igualmente sobre la inflexión del planteamiento demanial hacia la nueva idea del servicio público, que se produce con la Ley de 22 de julio de 1857 al hablar de las vías de servicio público.

(9) Dictamen de 7 de julio de 1948, Exp. 3-5-34 (Recopilación de Doctrina Legal, 1948-1949. Consejo de Estado, Madrid, 1950). «Debe observarse que la solución no puede venir determinada por una circunstancia de hecho que, alegada en el escrito de la Diputación Foral, es, desde luego, de suyo, incuestionable. A la Diputación se atribuye la titularidad de las carreteras navarras, por lo mismo que por sí las ha construido y las conserva —sin auxilio del Estado.» *La facultad ordenadora del servicio público de los transportes no emana de la titularidad del dominio público, que es la carretera sobre la cual los transportes deban realizarse, sino del poder de policía general; las facultades de la Administración en la materia no son las meras facultades de un propietario para ordenar el uso de sus cosas, sino las facultades superiores en cuanto poder público para ordenar al bien común una actividad social de los administrados.* Si de otro modo fuese, habría que salvar del régimen dispuesto por la Administración Central, no sólo el transporte realizado sobre las carreteras de las provincias aforadas, sino también el que se cumple sobre todos los caminos y carreteras provinciales y municipales de España, lo que, además de ser absurdo, iría expresamente contra la Ley de 27 de diciembre de 1947, de ordenación de transportes por carretera, que, concretamente, y en aplicación del principio que acaba de formularse, dispone la extensión de sus normas a «los transportes de viajeros y mercenarios realizados en vehículos automóviles... por las carreteras y caminos públicos del Estado, provincia o municipio».

prenderse del todo de las viejas bases teóricas, no dudó en apoyar sobre ellas la obligación básica de admitir al servicio a cualquier solicitante. El texto del precepto citado no puede ser más esclarecedor: «A partir de la publicación de este Decreto todas las empresas de distribución, de energía eléctrica, agua y gas *que disfruten de concesiones o autorizaciones administrativas del Estado, Provincia o Municipio en las que ocupen con las instalaciones terrenos de dominio público o del Estado, Mancomunidades, Provincias y Municipios, quedan obligadas a efectuar el suministro a todo abonado que lo solicite en tanto tenga medios técnicos para ello.*»

Todavía hoy es posible ver cómo dominio, servicio y obra pública siguen operando unidos en este campo y proyectando su influencia sobre el régimen de tarifas, vía distinción entre tarifas de concesión (del aprovechamiento hidroeléctrico-Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo) y tarifas de suministro (Ministerio de Industria y Energía) (10). Las raíces son tan profundas que su liquidación total resulta todavía en extremo difícil, pues, aun independizados ya plenamente los conceptos, hay fuerzas que siguen operando en favor del mantenimiento de las últimas huellas del viejo sistema, aunque, como es obvio, por razones muy diferentes, esto es, en la medida en que constituyen apoyos de indudable valor en la eterna lucha por las competencias que constituye uno de los permanentes focos de tensión de ese inmenso, complejo y muchas veces disfuncional aparato organizativo que llamamos Administración pública.

En el ámbito específico de las obras públicas el fenómeno en el que venimos insistiendo se produce en términos enteramente análogos. La concesión se concibe primariamente como un sistema de construcción de obras públicas, es decir, de transformación física de inmuebles demaniales. Incluso, cuando no hay inicialmente utilización de dominio público, la conclusión de la obra transforma en demanial el bien inmueble que constituye su soporte físico por su afectación al «general uso y aprovechamiento». De todo ello dan testimonio los artículos 339 y 341 del Código Civil, así como el artículo 1.º de la Ley General de Obras Públicas de 13 de mayo de 1877. «Para los efectos de esta Ley —dice este último— se entiende por obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento y las construcciones destinadas a ser-

(10) Vid. artículos 83 y 84 del Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el suministro de Energía de 12 de marzo de 1954. Sobre el tema, J. SALAS: *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, pub. del Real Colegio de España-Bolonia, 1977, p. 467.

vicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos.» «Pertenece al primer grupo —continúa diciendo el mismo precepto—: los caminos, así ordinarios como de hierro, los puertos, los faros, los grandes canales de riego, los de navegación y los trabajos relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos.»

Toda esta amplísima gama de bienes, amén de los edificios públicos, también enunciados en el inciso final del precepto que parcialmente acaba de transcribirse, tienen, según el Código Civil, la calificación de demaniales, en función de su afectación al uso público o a algún servicio público, de acuerdo con el tenor literal del artículo 339 de dicho cuerpo legal.

No es de extrañar por ello que la concesión —toda concesión, puesto que todas ellas son reconducibles en un primer momento a la concesión de obra pública, que, transformando el demanio o convirtiendo en tal el bien que inicialmente no tenía este carácter, sirve de base a la prestación de un servicio público—, se contemple durante mucho tiempo como contrato y como derecho real simultáneamente, dualidad esta que da título al conocido trabajo de ALCALÁ-ZAMORA (11), ni tampoco que, todavía hoy, ofrezca dificultades la calificación de ciertas concesiones en la medida en que comportan la construcción de una obra y la posterior explotación de un servicio público sobre la base que la obra proporciona. El comentario de GÓMEZ-FERRER a la Ley de Autopistas de Peaje de 10 de mayo de 1972 es ilustrativo en extremo en este punto (12).

2. *La obra pública como tronco institucional*

Las consideraciones precedentes pretendían sólo dibujar el escenario general en el que el tema que nos ocupa aparece y se desenvuelve. Interesa ahora precisar un poco más e ilustrar brevemente el papel que en ese escenario corresponde desempeñar al concepto de obra pública.

El siglo XIX, y especialmente su segunda mitad, es, ante todo, un siglo de grandes obras públicas, en el que la sociedad industrial de

(11) *La concesión como contrato y como derecho real*, Madrid, 1918, y VILLAR PALASÍ, voz «Concesiones» en esta misma obra, tomo IV.

(12) *En torno a la Ley de Autopistas de peaje*, en el núm. 68 de esta REVISTA, páginas 325 y ss.

nuestros días sienta sus bases infraestructurales: carreteras, ferrocarriles, puertos, obras hidráulicas, etc. (13).

La historia del Derecho Administrativo español no registra en esta concreta época ni grandes nombres, comparables a los de primera hora (BURGOS, OLIVÁN, POSADA HERRERA, COLMEIRO, etc.), ni tampoco grandes construcciones doctrinales. La segunda mitad del siglo pasado aparece dominada por la figura de SANTAMARÍA DE PAREDES, que, a pesar de su indudable prestigio, dista mucho de ser un jurista creador. Desde una perspectiva científica, ni la obra de SANTAMARÍA, ni, menos aún, las de CUESTA y MELLADO, ofrecen un panorama especialmente sugestivo.

Sin embargo, la época a la que nos referimos es auténticamente esencial para la formación y el desarrollo del Derecho Administrativo, lo cual realza aún más la importancia del verdadero y real protagonista de la misma: la obra pública.

La afirmación no es, en absoluto, exagerada. Las grandes Leyes administrativas del siglo XIX, varias de las cuales han llegado, no por casualidad, a centenarias, pertenecen a esta época y todas ellas giran, sin excepción, en torno a las obras públicas. A través de estas leyes es como van adquiriendo sus contornos actuales la inmensa mayoría de las instituciones administrativas, configuradas borrosamente en la etapa inmediatamente anterior.

Las primeras Cortes del reinado de Alfonso XII aprueban, en efecto, la reorganización de las obras públicas mediante la Ley de Bases de 29 de diciembre de 1876. La última de ellas autorizó al Ministerio de Fomento para que, oyendo al de Marina, a la Junta Consultiva de Caminos, Canales y Puertos y al Consejo de Estado en pleno, redactara la Ley General de Obras Públicas y las especiales de ferrocarriles, carreteras, aguas y puertos. De ahí surgen la Ley General vigente de 13 de abril de 1877 y su Reglamento de 6 de julio del mismo año; la de Carreteras de 4 de mayo de 1877 y su Reglamento de 10 de agosto; las de Ferrocarriles y de Policía de los mismos de 23 de noviembre del propio año 1877; la de Aguas de 13 de junio de 1879, la de Puertos de 7 de mayo de 1880, así como la de Ensanche de Poblaciones de 22 de diciembre de 1876 y su Reglamento de 19 de febrero de 1877.

(13) Para el análisis del período aludido y de sus bases socioeconómicas, *vid.*, TUÑÓN DE LARA: *Estudios sobre el siglo XIX español*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1971; sobre el tema de las obras públicas, específicamente, P. ALZOLA Y MINONDO: *Historia de las obras públicas en España*, 1899, reed. a cargo del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Ed. Turner, Madrid, 1979.

Al compás de este proceso renovador y al servicio del mismo se promulga la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879, a la que sigue su Reglamento de 13 de junio del mismo año. Fruto del mismo impulso es la elaboración de un nuevo Pliego de Condiciones generales de la contratación, que es aprobado por Real Decreto de 11 de junio de 1886.

Basta esta pequeña muestra para poner de manifiesto hasta qué punto la legislación general y especial de obras públicas influye en las instituciones e impulsa su renovación, erigiéndose en el principio motriz de la configuración dogmática del Derecho Administrativo de la época.

Nada es, en efecto, interpretable al margen de la obra pública, de su realización y explotación. El instituto expropiatorio se modela enteramente a su servicio, configurándose como una operación ligada a la construcción de obras públicas y legitimada por la utilidad pública que la obra comporta (14). De este planteamiento deriva la exclusiva referencia de la expropiación a los bienes inmuebles, su limitación a las transmisiones plenas, etc., rasgos todos ellos que dejarán huella, incluso, en la Ley vigente, de 16 de diciembre de 1954, en la que, a pesar de la notable expansión del concepto a toda privación singular de la propiedad privada o de cualesquiera otros intereses patrimoniales legítimos, acordada imperativamente bajo forma de venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio, sigue latiendo todavía inconsciente, pero visiblemente, la vieja concepción propiciada hace cien años por las obras públicas y su legislación específica (15).

La influencia de la obra pública es igualmente apreciable en todas las demás instituciones iusadministrativas que surgen y se desarrollan al compás de las exigencias que la ejecución de aquella plantea, de los problemas que su explotación suscita. El contrato administrativo, por

(14) Ya desde su primera Ley de 17 de julio de 1836, cuyo artículo 1.º declara solemnemente que «siendo inviolable el derecho de propiedad, no se puede obligar a ningún particular, corporación o establecimiento de cualquier especie, a que ceda o enajene lo que sea de su propiedad para obras de interés público, sin que precedan los requisitos siguientes...». El artículo 2.º precisa que «se entiende por obras de utilidad pública las que tienen por objeto directo proporcionar al Estado en general, a una o más provincias o a uno o más pueblos, cualesquiera usos o disfrutes de beneficio común, bien sean ejecutadas por cuenta del Estado, de las provincias o pueblos, bien por compañías o empresas particulares autorizadas competentemente».

(15) Así lo he destacado en otra ocasión: véase *Expropiación y responsabilidad: nuevos criterios jurisprudenciales*, en el núm. 67 de esta REVISTA, pp. 146 y siguientes.

ejemplo, y todo su régimen exorbitante del Derecho Común, se forman por vía de generalización de los rigores propios del contrato de obra y del principio del riesgo y ventura característico de éste, principio que se convierte de este modo en el inspirador de todo el Derecho de la contratación administrativa y que, aún hoy, se resiste a compartir el protagonismo en este campo con ese otro gran principio del contratista-colaborador alumbrado por el contrato de gestión de los servicios públicos a raíz del célebre y archiconocido *arrêt Gaz de Bordeaux de 1916*.

La responsabilidad patrimonial de la Administración tiene también en la obra pública su concreto origen, como respuesta a los daños producidos por su construcción y explotación. Todo su peculiar régimen y su autonomía institucional con respecto a la responsabilidad de Derecho Común giran sobre esta concreta idea: la obra pública genera inevitablemente daños que es forzoso repartir entre todos, supuesta la utilidad general que aquélla produce. De ahí arranca el proceso de objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la superación de la idea de la culpa del agente. Todavía hoy, la doctrina francesa trabaja habitualmente sobre este planteamiento a falta de una cláusula legislativa que afirme la responsabilidad de la Administración sobre bases objetivas con carácter general.

La intangibilidad e integridad de la obra pública y del servicio público que sobre ella se realiza ayudan igualmente a perfilar el concepto de limitaciones y servidumbres administrativas. La obra pública es intangible en cuanto tal, y ello excluye la posibilidad jurídica de destruirla y obliga a convertir los derechos reales en presencia en simples derechos de crédito.

La obra pública está, también, detrás del tema de las contribuciones especiales, técnica con la que quiere encontrarse una compensación adecuada de los beneficios especiales que aquella genera para quienes viven en su vecindad.

Su influencia en la propia evolución del contencioso es también sobradamente conocida. El contencioso de *travaux publics* es, como recordaba HAURIOU, el primero de los contenciosos, tanto por la importancia de los asuntos como por el número de principios por él alumbrados (16).

(16) *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 12.^a ed., 1933, p. 901.

El Derecho Administrativo de nuestros días debe, pues, mucho a la obra pública, auténtico tronco institucional de la disciplina y motor de su evolución en la segunda mitad del siglo pasado.

III. LA LEGISLACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN ESPAÑA. RASGOS GENERALES DE SU EVOLUCIÓN.

En el apartado precedente hemos intentado realizar un breve apunte histórico-institucional sobre nuestro tema. Hecho esto, parece preciso ahora completar ese apunte con una breve referencia a los rasgos generales de la evolución legislativa en la materia.

1. *El espíritu del fomento y la obra de Javier DE BURGOS*

En los inicios de la España contemporánea la idea de fomento, con su trasfondo intervencionista, abre una primera brecha en el muro que ante ella levanta el tópico inhibicionista del liberalismo más radical. la referencia a Javier DE BURGOS y a su célebre Instrucción a los Subdelegados de Fomento aneja al Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, es aquí obligada (17). En el texto de la Instrucción, a cuya letra y espíritu —dice el artículo 6.º del Real Decreto citado— habrán de conformarse los Subdelegados «para desempeñar en el sentido de mis intenciones y de la conveniencia pública su importante encargo», BURGOS afirma que «una Administración inteligente y activa debe emplear alternativamente el ruego, la exhortación, el ejemplo, la autoridad, las recompensas, *todos los medios legítimos de que puede disponer* para obtener en esta parte mejoras decisivas», reivindicando para ella el derecho, que es al mismo tiempo deber, de actuar en todos aquellos ramos en que se considere preciso para hacer efectiva la idea del «taller de la prosperidad nacional» que el Ministerio de Fomento que él dirige quiere ser.

Todo el largo texto de la Instrucción está lleno de recomendaciones en este sentido, recomendaciones que constituyen, al propio tiempo, un amplio y variado programa de acción futura. «Los Subdelegados de Fomento deben, pues —dice—, dedicarse a proporcionar el beneficio de los riegos a todos los territorios a que puedan extenderse... Derivaciones de ríos, que hoy llevan enteros al mar sus desperdi-

(17) Sobre la obra de J. DE BURGOS, *vid.* por todos A. MESA-MOLES SEGURA: *Labor administrativa de Javier DE BURGOS*, IEAL, Madrid, 1946.

ciados caudales; estanques para recoger tenues filtraciones, que arguyen siempre la existencia de manantiales más o menos copiosos; hidropotas de varias especies movidas por agentes diversos; cien medios, en fin, de convertir en vergeles sombríos los valles abrasados por los rayos de un sol ardiente», en el bien entendido de que «donde una administración vigorosa vela sobre la prosperidad de los pueblos, jamás faltan para estas empresas capitalistas que por espíritu de especulación las acometan por su cuenta; o labradores que amedrentados siempre por la eventualidad e incertidumbre de las lluvias se asocien para lograr el aumento de productos que los riegos proporcionan; o propietarios que deseando dar más valor a sus fincas se sometan para conseguirlo a un sacrificio del momento, o se resignen a una retribución periódica; u hombres acomodados que por patriotismo anticipen sus fondos». «Además de estos medios obvios y triviales —añade— habrá casos en que el Gobierno pueda auxiliar una de estas empresas, otros en que deban hacerlo los Ayuntamientos; aquí podrá facilitarlas una suscripción local, allá una general; en todas partes, en fin, la inteligencia hallará recursos, la actividad sabrá emplearlos y el interés particular preservarlos de dilapidaciones. No vencer estos obstáculos argüirá, pues, casi siempre falta de inteligencia o actividad.»

No hemos dudado en transcribir este pasaje de la célebre Instrucción, a pesar de su longitud, porque ilustra mejor que ningún otro el espíritu que anima esta primera etapa, tanto por lo que se refiere a la orientación general de la acción administrativa como por los medios operativos concretos que pone a su disposición. Late en todo ello una interpretación peculiar del ideario liberal —al que en absoluto se renuncia, aunque se contemple bajo el prisma de la tradición ilustrada—, que llena toda una época, al prolongarse más allá de los estrictos límites temporales a que se extiende la influencia directa de quien, fue su portavoz más autorizado y que, incluso, reaparecerá casi siglo y medio después para dar aliento a otra «filosofía» administrativa y aun política que tendrá en los planes de desarrollo su forma más característica de expresión.

Las indicaciones formuladas en el pasaje transcrito se presentan, en efecto, por Burgos como un programa de validez general, aplicable a todos los sectores de la vida social y de la actividad económica. Así se dice literalmente, por ejemplo, que «estas indicaciones son igualmente aplicables a la desecación de lagunas y pantanos» (Cap. I, 8.º) y,

donde esto no se dice de este modo, se repite de otro sin variación sustancial.

El texto de la Instrucción utiliza, también, por vez primera en nuestra historia contemporánea la idea de plan, aplicándola especialmente a otro ramo capital de las obras públicas, el de los caminos y canales, a los que expresamente se califica como «los grandes, los importantes medios de fomento de la producción en todos los ramos» (Cap. XII, 51). «Una comisión facultativa va a trazar inmediatamente —se dice— el plan de Caminos y Canales que deben emprenderse en seguida, para lo cual SM que sabe que sobran siempre capitales donde hay utilidades que ofrecer a los que anticipen, quiere que no se perdona diligencia y esfuerzo.»

Nada, en fin, es extraño a la Administración en todo lo que atañe al progreso social. Por eso dice BURGOS (Cap. XIX, 70) que mirará como el más agradable de sus deberes «solicitar las bondades de SM en favor de aquellos Subdelegados, que mostrándose penetrados del principio de que *«en administración no hay imposibles, allanen o remuevan todos los obstáculos que se opongan al logro de las benéficas intenciones de SM dirigidas a hacer gozar a sus pueblos de la prosperidad mayor a que puedan aspirar respectivamente»*.

El espíritu de la Instrucción cubre, como hemos dicho, toda una época y encuentra reflejo en las disposiciones que a lo largo de la misma van adoptando los sucesivos Gobiernos, con las cuales, como por su simple enunciado se verá, se van asentando los principios que luego consolidarán en la última parte de la centuria las grandes leyes administrativas que más atrás citamos, y cuya vigencia se ha prolongado hasta nuestros días.

En materia de aguas, por ejemplo, que la Instrucción de BURGOS había reivindicado enteramente para la Administración (Cap. XII, 55: «La derivación de las aguas de los ríos navegables o no navegables para cualesquiera necesidades de la industria agrícola o fabril, la construcción de baños, molinos, batanes u otros artefactos, ora se establezcan en sus márgenes o en medio de los cauces mismos y en general todos los usos que particulares quieran hacer de sus aguas pertenecen exclusivamente a las atribuciones de la autoridad administrativa»), son hitos esenciales la Ley de 24 de junio de 1849, sobre canales, acequias, brazales, acueductos y demás obras de riego, que establece un primer sistema de auxilios vía exención de impuestos durante los diez años siguientes a la conclusión de las obras;

la Real Orden de Istúriz de 14 de marzo de 1846, que sienta el principio de la necesidad de concesión para todo el aprovechamiento de aguas luego reiterado de Real Orden en 5 de abril de 1859; el importante Decreto de 20 de abril de 1860, que dicta reglas para llevar a cabo cualquier empresa que tenga por objeto el aprovechamiento de las aguas y que fija, en concreto, el sistema de preferencias de dichos aprovechamientos; la Ley de 24 de julio de 1865, que regula las obras de regadío, etc., disposiciones estas que anuncian ya la magna Ley de Aguas de 1866, cuya puesta al día formal de 1879 ha cumplido ya sus cien años de vigencia (18).

A esta primera época, que llega hasta la Gloriosa Revolución de 1869, corresponden también las primeras realizaciones en materia ferroviaria, que se abren con la Orden de 23 de agosto de 1843, que acepta la proposición presentada por «D. José María Roca, natural de Barcelona y del comercio en Londres, por sí y en representación de una compañía, para ejecutar un camino de hierro desde Barcelona a Mataró», y sienta las bases de dicha operación.

A la obra citada pronto siguen otras que obligan al Gobierno a preparar el correspondiente proyecto de Ley de Ferrocarriles, al que precede en el tiempo la Ley de 20 de febrero de 1850, por la que, entre tanto se aprueba aquel proyecto, se faculta al Gobierno formalmente para «hacer o ratificar concesiones provisionales y, además de las ventajas, franquicias y exenciones acordadas por los decretos de concesión de las respectivas empresas, garantizar a éstas el interés mínimo del 6 por 100, más 4 por 100 de amortización de los capitales invertidos y que se invirtiesen en los ferrocarriles que están construyéndose actualmente o que se construyen en adelante», bajo ciertas condiciones.

Por esta vía se llega a la primera Ley general, de 3 de junio de 1855, que establece las bases del sistema concesional, configurado como subsidiario (art. 4.º: «La construcción de líneas de servicio general podrá verificarse por el Gobierno, y en su defecto por particulares o compañías»), aunque, de hecho, sea el que protagonice el proceso apenas iniciado en aquel momento. A la ley general sigue cuatro años más tarde el Reglamento de 8 de julio de 1855, sobre la policía de los ferrocarriles.

Dentro del período considerado hay que incluir igualmente las Leyes de 5 de junio de 1859, 15 de julio de 1864 y 16 de julio de este

(18) Vid. sobre este tema S. MARTÍN-RETORTILLO: *Aguas públicas y obras hidráulicas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, pp. 21 y ss.

mismo año, para la concesión de los ferrocarriles servidos con fuerza animal, la Ley de Carreteras de 22 de julio de 1857 y el Real Decreto de 7 de abril de 1848 que, sobre la base de la Ley municipal de 8 de enero de 1845, que declara carga comunal la construcción y conservación de los caminos vecinales, provee a la construcción, conservación y mejora de la red viaria en los términos de la importante Instrucción de 19 de abril de 1848, en la que es posible encontrar una configuración detallada y precisa de la técnica de las prestaciones personales, de la que todavía existen huellas en nuestra legislación local.

2. *La rectificación de «la Gloriosa»*

El radicalismo liberal que triunfa con la Gloriosa Revolución impone una brusca rectificación de la línea expansiva que caracterizó la etapa precedente. Frente a la decidida intervención de la Administración en la vida económica que implicaba la idea de fomento se afirma ahora en sus términos más absolutos el principio de libertad en materia de obras públicas, principio que postula la total inhibición de aquélla en este sector, la prohibición de subvenciones, la obligación de abstenerse de acometer obra alguna mientras haya algún particular o Corporación que estén dispuestos a abordarlas e, incluso, el deber de arrendar, enajenar o simplemente abandonar las obras ya construidas. El furor liberal llega al extremo de modificar la propia Ley de Aguas de 1866, a pesar del prestigio de la tradición que ésta incorpora, modificación que incide en dos puntos fundamentales de su regulación: las concesiones temporales pasan a ser concesiones a perpetuidad y las reversiones previstas a favor del Estado pasan a tener como beneficiarios a los particulares.

El Decreto-ley de RUIZ ZORRILLA de 14 de noviembre de 1868, que establece las bases para la nueva legislación de obras públicas, formula los principios que inspiran la nueva política en términos explícitos, cuya transcripción aquí resulta obligada:

«Por importantes que sean las obras públicas y grandes los intereses que representan, no constituyen una excepción a las leyes económicas del trabajo humano: progresan con la libertad, se paralizan con los sistemas restrictivos, y en la industria privada y en la asociación libre estriban su porvenir y su engrandecimiento...

El monopolio del Estado representa de hecho el primer período de las obras públicas en la Europa moderna... él construye, pero no deja construir; de la misma manera que enseña y no permite enseñar, que da crédito y anula o limita el de los particulares, que mantiene un culto y da un Dios, y, sin embargo, no tolera ni otros dioses ni otros cultos que a los suyos hagan competencia. Es este el momento del absolutismo gubernamental, es la concentración de todas las fuerzas en la unidad, es, por decirlo así, el panteísmo administrativo.»

«A esta realidad opresiva y absorbente, producto de varias causas históricas, se opone un ideal, que al fin un día llegará a realizarse en la historia, y es aquel en que, sin restricciones ni obstáculos, trabajan todas las fuerzas de la Nación, desunidas unas, libremente organizadas otras, mientras el Estado, despiertas sus pretensiones de industrial, no hace ya, no impide que los demás hagan, y entre los individuos y las asociaciones, que funcionan en toda la plenitud de su autonomía, se conserva neutral para mantener derecho y administrar a todos recta e imparcial justicia.»

Entre ambos momentos, el Decreto-ley de 14 de noviembre de 1868 sitúa un período de transición, que estima necesario y en el que pretende abiertamente instalarse apelando en todo caso al arbitraje de la opinión pública, «criterio supremo a que obedece nuestra grande y gloriosa revolución». He aquí las reglas en que se concreta la aludida transición:

«... el Estado seguirá construyendo obras, mientras la opinión pública lo exija, pero sólo en un caso: cuando una necesidad imperiosa, general, plenamente demostrada lo justifique, y la industria privada no pueda acometer tal empresa y por si este caso llega se establecen reglas como garantía contra la arbitrariedad. En oposición a estas restricciones, en que el Estado se encierra, la industria privada, la acción libre del individuo hallarán todas las facilidades compatibles con

sagrados derechos que la Administración no puede en modo alguno sufrir que se atropellen.»

«Cuando una persona, una sociedad o una empresa se proponga construir cualquier obra de las que se comprenden bajo la denominación de públicas, y no pida al Estado auxilio alguno, ni invoque el derecho de expropiación, sea cual fuera la importancia de dicha obra, el Estado no debe intervenir en ella. Toda petición es innecesaria en este caso, toda concesión improcedente, porque el particular o la compañía usan de un derecho sagrado y hacerlo respetar y cuando más impedir por reglamentos de policía que dañan otros derechos, es la única misión que compete al poder central.»

La libertad se convierte, pues, de este modo en un régimen jurídico y alcanza a la construcción de las obras y a su explotación, a la fijación de sus tarifas o peajes, derechos y precios (art. 1.º), salvo que las obras afecten al dominio público, en cuyo caso para salvaguardar los legítimos derechos del Estado será preceptiva la obtención de la correspondiente concesión, en la que, no obstante, no es dado a los agentes administrativos inmiscuirse, so pretexto de proteger los intereses del concesionario, «en el sistema de construcción que éste adopte para la obra, dimensiones de la misma, materiales empleados, ni en general en la parte técnica, como tampoco en los medios de explotación, a menos que estas circunstancias no influyan sobre aquellos derechos e intereses del Estado» (19).

La vigencia de la norma será, sin embargo, reducida, ya que la Restauración monárquica se apresurará a establecer un nuevo marco legal, recuperando formalmente la tradición interrumpida por el paréntesis revolucionario.

3. *La obra legislativa de la Restauración*

De la obra legislativa de la Restauración en el sector de las obras públicas ya hemos dado cuenta más atrás al hacer referencia a la Ley de Bases de 1876 y a la legislación salida de ella. No parece preciso por ello reiterar aquí la relación, a la que sólo habría que añadir, quizá, la

(19) Sobre el sentido de esta rectificación *vid.* la obra citada en la nota anterior.

alusión a la Ley GAMAZO de 27 de julio de 1883, sobre régimen económico de ayudas y subvenciones, que reinstaura la técnica de la subvención en el ámbito de las obras hidráulicas admitiéndola en metálico hasta un 30 por 100 del presupuesto de las mismas y estableciendo un sistema de premios de hasta 250 pesetas por litro continuo utilizado por segundo, módulo cuya congelación cuantitativa determinó la obsolescencia de este sistema de ejecución, todavía vigente en la Ley de Obras Hidráulicas de 1911 (20).

4. *El regeneracionismo de Costa y la política hidráulica*

La caída de los últimos restos del Imperio colonial propicia un movimiento de introspección que intentará a toda costa sentar las bases del desarrollo y la modernización del país, y encontrará en la política hidráulica la palanca fundamental para lograr esos objetivos. Este esfuerzo regenerador exigirá, por supuesto, la acción decidida del Estado, cuyo desarrollo pretende racionalizarse *a priori* a través de un uso sistemático de la planificación.

La obra de Joaquín COSTA es aquí absolutamente capital, e impregnará decisivamente la legislación y las realizaciones de este periodo, cuyos hitos más importantes dejarán huella indeleble, tanto material como institucional. Valga, en aras de la brevedad, la simple cita de los mismos, ya que su análisis pormenorizado debe diferirse al momento en el que se estudie el Derecho positivo vigente, del que sustancialmente forman parte: Plan de Obras Hidráulicas de 25 de abril de 1902; organización de los Servicios Hidrológicos por Real Orden de 16 de diciembre de 1899; Ley de 7 de julio de 1905, sobre concesión de auxilios a los aprovechamientos de aguas públicas para riegos; Ley de Colonización de GONZÁLEZ BESADA de 1907; Ley GASSET de Obras Hidráulicas de 7 de julio de 1911, Ley GAMBO de desecación de marismas de 24 de julio de 1918 (21).

La línea que estas disposiciones inauguran tendrá luego continuación en la Dictadura de PRIMO DE RIVERA, con la creación de las Confederaciones Hidrográficas por Decreto-ley de 1926 (22), la consolidación de la técnica planificadora (23), etc., logros todos ellos que aceptará

(20) *Idem*, p. 33.

(21) *Ibidem*, pp. 34 y ss.

(22) Sobre este punto *vid.* por todos S. MARTÍN-RETORTILLO: *De las Administraciones autónomas de las aguas públicas*, Sevilla, 1960.

(23) *Vid.* S. MARTÍN-RETORTILLO: *Problemas actuales de la ordenación jurídica de los recursos hidráulicos*, Caracas, 1976, pp. 132 y ss.

la II República, durante la cual se elaborará, sobre la base de los planes de las diferentes cuencas, el Plan Nacional de Obras Hidráulicas de 1933, al que se ajustará la ulterior política hidráulica del país, pese a no haber sido objeto de aprobación formal (24).

5. *El Estado franquista como Estado de obras*

Todo régimen autoritario intenta legitimarse por sus realizaciones materiales. Esta observación elemental llegó, incluso, a formalizarse teóricamente durante el franquismo por un ideólogo que, no por casualidad, desempeñó durante un cierto tiempo la cartera de Obras Públicas, el señor FERNÁNDEZ DE LA MORA. No parece necesario detenerse aquí a analizar este planteamiento en el que a partir de un pretendido e interesado «crepúsculo de las ideologías» se pasa a teorizar sobre el «Estado de obras», ya que el argumento está tan próximo en el tiempo que sería banal toda insistencia en él.

Recordemos sólo, a los efectos de completar la reseña histórica, algunos de los datos más importantes del período en lo que se refiere a nuestro tema.

Por Ley de 11 de abril de 1939 se aprueba el todavía vigente —al menos, formalmente— Plan Nacional de Obras Públicas, cuya virtud racionalizadora se irá perdiendo progresivamente a golpe de Ley especial, como luego veremos.

De ese mismo año, primero del nuevo régimen, es la Ley de Bases para la colonización de grandes zonas, que lleva concretamente la fecha de 26 de diciembre. Esta Ley inicia la política que, durante mucho tiempo, iba a ser la única nota distintiva del período por lo que a las obras públicas respecta, y lo hace intentando apoyarse en la iniciativa privada, que habría de dar lugar, en el pensamiento del legislador, a la constitución de sociedades de colonización y de asociaciones de sustitución. El fracaso de este intento provocó un cambio de giro en la gestión de la política que la Ley citada diseñó, gestión que pasó a descansar sobre el Instituto Nacional de Colonización, creado por Decreto de 18 de octubre de 1939. En torno a este organismo giró a partir de entonces (Decretos de 23 de julio de 1942 y 5 de julio de 1974) toda la acción administrativa en materia de colonización y creación de nuevos regadíos, que fue progresivamente buscando nuevos horizontes con las leyes de 21 de abril de 1949 y 14 de abril de 1962, antes de desembocar

(24) *Idem*, p. 133.

en la vigente Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973, una vez transformado el antiguo Instituto de Colonización en el actual Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario por Ley de 21 de julio de 1971 (25).

Una segunda línea de acción se desenvolverá a través de los Planes regionales de Jaén y Badajoz, que irán languideciendo progresivamente hasta quedar subsumidos en el gran hallazgo del período: los Planes de Desarrollo (26).

Todo lo demás no es sino continuación de los planteamientos precedentes y, en concreto, de la técnica planificadora ideada por la Ley General de Obras Públicas de 1877, progresivamente desglosada por sectores: carreteras (27), vivienda (28), etc.

La última fase del período, enteramente presidida por los Planes de Desarrollo, registra solamente una revitalización de las fórmulas concesionales, correlativa a las ideas neocapitalistas de la tecnocracia propulsora de aquéllas. La Ley de Carreteras de Peaje de 22 de diciembre de 1960 y, sobre todo, la de Autopistas en régimen de concesión de 10 de mayo de 1972, son sus testimonios más característicos (29).

IV. CONCEPTO JURÍDICO DE OBRA PÚBLICA. CARACTERES

En las páginas precedentes hemos venido utilizando alternativamente las expresiones «obra pública» y «obras públicas» como si de sinónimos se tratara. Es posible, sin embargo, distinguir entre ambas. Así lo hace, por ejemplo, la doctrina francesa tradicional utilizando, incluso, a estos efectos dos expresiones diferentes: *travaux publics* y *ouvrage public* (30). La primera de ellas alude a las operaciones que dan lugar a la obra pública propiamente dicha y a todas las actividades que dichas operaciones exigen: ofertas y concursos, ocupaciones

(25) Sobre el tema de la acción de colonización vid. S. MARTÍN-RETORTILLO: *Aguas públicas y obras hidráulicas*, cit., pp. 103 y ss. y *passim*.

(26) Es capital a estos efectos la consulta del texto de los tres planes y de las monografías sectoriales correspondientes. A la planificación del desarrollo como técnica jurídica diferenciada nos referiremos en el texto más adelante.

(27) La Ley de Bases del Plan General de Carreteras fue aprobada el 22 de diciembre de 1960, y dio a dicho plan una vigencia de dieciséis años.

(28) El Plan Nacional de la Vivienda fue aprobado por Ley de 23 de diciembre de 1961 para un período inicial de quince años.

(29) El sistema ya estaba previsto en el artículo 46 de la Ley de Carreteras de 1877, aunque no llegó a construirse ninguna a través de él, excepción hecha de las accesorias de concesiones hidroeléctricas y de las particulares.

(30) Vid. por todos HAURIOU, *Précis*, cit., pp. 900 y ss.

temporales, requisas, concesiones, etc. La obra pública, en cuanto producto resultante de esas operaciones, se independiza de éstas una vez concluida y afirma su intangibilidad a todo evento, cualesquiera que sean, por ejemplo, las irregularidades afectantes al procedimiento que ha dado lugar a ella.

Por nuestra parte, no creemos imprescindible atenernos rígida y formalmente, a la distinción apuntada, que supone un corte abrupto de una realidad que se presenta en un bloque, cuya disección es siempre convencional, y no ofrece otra ventaja que la de subrayar el principio de intangibilidad de la obra pública y su específica autonomía, que, por supuesto, deben ser retenidas en todo caso.

La primera definición de la obra pública existente en nuestro Derecho positivo es la que ofrece la Ley de 17 de julio de 1836, sobre enajenación forzosa de la propiedad particular, cuyo artículo 2.º dice así: «Se entiende por obras de utilidad pública las que tienen por objeto directo proporcionar al Estado en general, a una o más provincias o a uno o más pueblos, cualesquiera usos o disfrutes de beneficio común, bien sean ejecutadas por cuenta del Estado, de las provincias o pueblos, bien por compañías o empresas particulares autorizadas convenientemente.»

De esa primera definición a la que contiene el artículo 1.º de la vigente Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 no hay apenas diferencia alguna: «Las que sean de general uso y aprovechamiento y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos.»

Ambas tienen un carácter meramente descriptivo, poco o nada útil desde un punto de vista institucional, que es la concreta perspectiva en la que queremos situarnos ahora. En este sentido, la obra pública se presenta como una *operación de transformación material de un inmueble demanial, hecha por la Administración por sí o por vicarios suyos*. Este es, concretamente, el concepto de obra pública que maneja como propio la legislación de contratos del Estado (31).

A continuación intentaremos el análisis de los distintos elementos que integran el concepto en cuestión.

Ante todo, ha de tratarse de un *inmueble*. Los muebles, por importantes que puedan ser, no son ni pueden ser obras públicas institucionalmente hablando. Los contratos para la construcción de bienes

(31) Vid. artículo 55 del vigente Reglamento General de Contratación, de 25 de noviembre de 1975.

muebles tampoco se configuran, por lo tanto, como contratos de obra, sino, más bien, como contratos de suministro. El criterio de la *incorporación a un bien inmueble* es, pues, decisivo, de forma que, si hay incorporación, hay obra pública (por ejemplo: líneas telefónicas o telegráficas, cables submarinos, etc.), pero no en otro caso. Así resulta, por otra parte, de la legislación de contratos del Estado. El artículo 289 del Reglamento General de Contratación, al enunciar los tipos de obras, no duda en incluir entre ellas, sobre esta concreta base, las instalaciones eléctricas y mecánicas.

Para que exista obra pública es igualmente imprescindible una actividad de *transformación material*. Así se desprende también del artículo 55 del Reglamento General de Contratación, que alude específicamente a las actividades de construcción, reforma, reparación, conservación o demolición y, en general, a la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, idea que late igualmente en la enumeración de tipos de obras que contiene el artículo 289 del mismo Reglamento: movimiento de tierras y perforaciones; puentes, viaductos y grandes estructuras; edificaciones, ferrocarriles; hidráulicas; marítimas; viales y pistas; transporte de productos petrolíferos y gaseosos; instalaciones eléctricas y mecánicas especiales.

Las transformaciones meramente jurídicas no merecen, pues, la conceptualización de auténticas obras públicas, sino, más bien, la de mutaciones demaniales.

El tercer elemento del concepto alude a la *titularidad administrativa*, que se mantiene tanto si la obra se realiza directamente por la Administración, como si se ejecuta mediante contratista interpuesto, puesto que, aun entonces, como nos consta, la Administración retiene siempre poderes sobre la obra que puede ejercitar en cualquier momento (singularmente, el *ius variandi*).

La obra pública, una vez construida, es en sí misma un bien inmueble, caracterización que corresponde igualmente a la concesión de obra como tal, según precisa el artículo 334 del Código Civil y ratifican los artículos 31, 44 y 60 a 62 del Reglamento de la Ley Hipotecaria.

Su destino o afectación al «general uso y aprovechamiento» determina, por otra parte, su carácter demanial y su sujeción, por lo tan-

to, al específico régimen jurídico que es propio de los bienes de esta clase.

Este carácter demanial asegura igualmente su intangibilidad en el sentido antes indicado.

V. PRINCIPIOS JURÍDICOS GENERALES EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

No es posible, obviamente, dar cuenta aquí de los diferentes tipos de obras públicas (aeropuertos, aguas, ferrocarriles, puertos, vías públicas), ni, menos aún, analizar en detalle el complejo sistema de ejecución de la mismas y sus múltiples variantes. Sí es posible y necesario, sin embargo, destacar en este momento una serie de principios jurídicos de carácter general que inspiran en todo caso la legislación positiva en esta materia.

1. *El principio del concesionario interpuesto y el dogma liberal de la incapacidad del Estado para ser empresario*

Al exponer las líneas generales de la evolución histórica de nuestro tema hemos tenido ocasión de comprobar hasta qué punto los dogmas liberales han constituido siempre un obstáculo o, al menos, un foco permanente de tensión en lo que se refiere a la acción administrativa en esta materia. El Decreto-ley de 14 de noviembre de 1868 propuso, según vimos ya, como «un ideal, que al fin un día llegará a realizarse en la historia», el libre juego de «los individuos y las asociaciones, que funcionan en toda la plenitud de su autonomía» y ante los que el Estado debe mantenerse en posición «neutral para mantener derechos y administrar a todos recta e imparcial justicia».

Este ideal nunca se alcanzó del todo, ciertamente. El propio Decreto-ley citado, hubo de admitir, justificándolo como algo meramente provisional, propio de un inevitable período de transición, que el Estado siguiera construyendo obras cuando la opinión pública lo exigiera y una necesidad imperiosa, general y plenamente demostrada, no susceptible de ser afrontada por la industria privada, lo justificase. Hubo de admitir, también, la *maitrise* estatal de aquellas obras públicas cuya realización exigiera utilizar el demanio público en obvia defensa de los derechos del Estado titular del mismo, remitiendo

en tales casos en que la intervención estatal se hacía inevitable por las razones expuestas a la técnica concesional.

Los prejuicios liberales contrarios a la actuación del Estado llegaron a su punto máximo con el referido Decreto-ley, pero, de un modo u otro, siempre estuvieron latentes y aun en los períodos de menor radicalismo nunca se manifestaron dispuestos a conformarse voluntariamente con menos que con la exigencia de un concesionario interpuesto, fórmula intermedia que satisfaría los deseos intervencionistas de unos, al reservar al Estado la titularidad de la obra y con ella ciertos poderes últimos de orientación, dirección y control de la misma, y los afanes de libertad de otros, en la medida en que se reconocía a los particulares el protagonismo inherente a la gestión y, por lo tanto, la explotación de la obra en cuanto negocio.

La Ley General de Obras Públicas vigente, de 13 de abril de 1877, que derogó el Decreto-ley de 14 de noviembre de 1868, intentó buscar un nuevo punto de equilibrio en esta permanente polémica, fijando el nuevo *statu quo* sobre las siguientes bases:

- Atribución de cierto tipo de obras al Estado, la Provincia o el Municipio, exclusivamente (arts. 4.º, 5.º y 6.º).
- Admisión en estos casos de una doble fórmula de ejecución: por administración o por contrata (art. 25), esta última aplicable siempre que las obras pudieran ser objeto de explotación retribuida, salvo excepción expresa y formalmente justificada (art. 27).
- Reconocimiento de la posibilidad de que corran a cargo de particulares o compañías ciertos tipos de obras: carreteras y ferrocarriles en general, puertos, canales de riego y de navegación, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos insalubres (art. 7.º).
- Afirmación del principio concesional en lo que se refiere a las obras señaladas en el art. 7.º (art. 53) y en todos aquellos casos en que se solicite subvención u ocupación del dominio público (arts. 74 y ss. y 94 y ss.); concesión que siempre tiene carácter temporal por un máximo de noventa y nueve años (arts. 55, 75 y 101).
- Reconocimiento de la libertad de ejecución de obras de interés privado que no precisen subvención ni ocupación de dominio público sin más restricciones que las que impongan los reglamentos de policía (art. 52).

En rigor, este en apariencia complejo código es susceptible de resumirse, como los diez mandamientos, en dos grandes reglas generales: reserva al Estado, Provincia o Municipio de la titularidad de las obras públicas (bien en función del carácter mismo de la obra, bien por razón del otorgamiento de subvenciones o de la ocupación de dominio público) en garantía de los intereses generales implicados en ellas y exigencia de un concesionario interpuesto en todos aquellos casos en que la obra sea susceptible de explotación mediante precio, es decir, reserva a los particulares de la obra pública en cuanto negocio.

Este sistema, así montado sobre estas dos grandes columnas, ha terminado por arraigar, sin otras variaciones que las que en ciertos casos han resultado empíricamente de la obsolescencia de ciertos módulos legales que ha terminado por marginar a los particulares de cierto tipo de obras al hacer desaparecer el incentivo económico necesario [así, el módulo 250 pesetas/litro establecido por la Ley de Obras Hidráulicas (32)] y las derivadas del auge de la técnica concesional en ciertos sectores que exigen grandes inversiones (carreteras, desde la Ley de 22 de diciembre de 1960, y autopistas, según la Ley de 10 de mayo de 1972), modificaciones ambas que, aun siendo muy importantes *de facto*, no podrían *de iure* calificarse de tales por no afectar en realidad a las bases del sistema, en cuya línea se siguen moviendo, bien que enfatizando uno de los aspectos del mismo.

2. *El principio de la planificación necesaria*

A) *El plan de obras públicas: Concepto y funcionalidad legal*

Como ya vimos, la idea de plan lucía ya en la Instrucción de Javier DE BURGOS de 1833. Es mérito, sin embargo, de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 haber elevado esta idea a categoría y haber hecho de ella el auténtico eje del sistema.

En efecto, el artículo 20 de la referida Ley establece que «el Ministerio de Fomento (hoy de Obras Públicas y Urbanismo) formará oportunamente los planes generales de las obras públicas que hayan de ser costeadas por el Estado, presentando a las Cortes los respectivos proyectos de Ley en que aquéllas se determinan y clasifiquen por su orden de preferencia».

(32) Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO: *Agua pública y obras hidráulicas*, cit., páginas 51 y ss.

El Plan se convierte así en auténtica *condictio sine qua non* de la acción administrativa en la materia, puesto que el artículo 21 de la Ley establece que «el Gobierno no podrá emprender ninguna obra pública para la cual no se haya consignado en los presupuestos del Estado el crédito correspondiente», consignación a la que, por otra parte, no puede siquiera procederse, conforme dispone el artículo 22, para obra pública alguna «que no se halle comprendida en los planes a que se refiere el artículo 20».

A la vista de los preceptos citados es fácil precisar cuáles son la naturaleza y funcionalidad iniciales del plan de obras públicas para el legislador de 13 de abril de 1877. El plan cumple, básicamente, una función habilitante de la ulterior actividad de la Administración, facilita el control del Ejecutivo por el Parlamento vía presupuesto, introduce un cierto principio ordenador en la medida en que sirve de base para la fijación de prioridades, reduciendo así la discrecionalidad del órgano legislativo, aun sin llegar, lógicamente, a sofocarla (*vid.* artículo 20 *in fine*), y, por supuesto, la de la propia Administración, que no puede otorgar concesiones a particulares que sean susceptibles de destruir los planes (*sic* art. 54) (33).

Con independencia de todo ello, el plan determina *per se*, sin necesidad de otra cosa, la utilidad pública de la obra a efectos expropiatorios, tal y como precisa el artículo 10 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

Podríamos decir, por lo tanto, que en el marco de la Ley de 1877 el plan de obras públicas fija esencialmente el *qué* hay que hacer y, en cierto modo, el *cómo* hay que hacerlo, el *dónde* debe actuarse y, mucho más débilmente, el *cuándo*.

Sobre todos estos aspectos ha incidido de forma muy sustancial, aunque desigualmente, la evolución posterior, a la que por eso es absolutamente preciso referirse aquí.

B) *La ruptura de la funcionalidad inicial del plan por la vía de las leyes especiales*

La regulación general que acaba de exponerse llevaba en sí el germen de su inevitable deterioro, ya que los artículos 21 y 22 de la Ley de 1877 admitían *ab initio* la excepción a la disciplina que establecían por vía de Ley especial («En cualquier otro caso para emprender

(33) Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO: *Problemas actuales*, cit., pp. 132 y ss.

una obra necesitaría el Gobierno hallarse autorizado por una Ley especial»; «... a menos que no haya sido autorizado el Gobierno al efecto por una ley especial»).

De esta excepción se hizo desde el primer momento uso y abuso, según el testimonio de ALZOLA (34), abuso que nunca cesó desde entonces hasta llegar a desvirtuar casi completamente la técnica planificadora. El Plan Nacional de Obras Públicas, aprobado por Ley de 11 de abril de 1939, en el momento fundacional mismo del nuevo régimen surgido de la guerra civil, fue modificado sin piedad ni respeto de forma progresiva y constante por el propio legislador hasta vaciarlo pura y simplemente. Basta a estos efectos reseñar aquí las leyes que sucesivamente incidieron negativamente sobre él: leyes de 18 de abril de 1941, 5 de febrero de 1943, 8 de junio de 1947, 27 de diciembre de 1947, 13 de julio de 1950, 7 de abril de 1952, 15 de julio de 1954, dos leyes de 16 de diciembre de 1954, 20 de julio de 1955, 12 de mayo de 1956, 8 de junio de 1957 y 22 de diciembre de 1960 (35).

C) *La planificación del desarrollo económico y su incidencia sobre el plan de obras públicas*

El rosario de modificaciones puntuales del Plan Nacional de Obras Públicas con que cerrábamos el apartado anterior nos lleva de la mano hacia una nueva etapa que domina la década de los sesenta, década que aparece presidida por una nueva filosofía que se nutre del neocapitalismo y la tecnocracia, y que encuentra en la planificación del desarrollo su expresión formal.

La planificación del desarrollo económico es, al mismo tiempo, una mística y una técnica. Como mística social apunta a una tercera vía entre el capitalismo y el socialismo, ante los cuales pretende abrir el horizonte de un concierto voluntario entre las fuerzas sociales y económicas, logrado a partir de la proposición por el sector público de unos objetivos económicos y el correlativo ofrecimiento a los particulares de una serie de estímulos susceptible de inducirlos o persuadirlos a comportarse de forma que su actividad coadyuve al logro de aquéllos sin que su libertad sea violentada en ningún caso.

El plan se presenta así desde sus orígenes (que hay que remontar

(34) *Historia de las obras públicas*, cit., p. 437, que indica cómo este sistema de «tirar por el atajo» (*sic*) dio lugar a que en 1883 las modificaciones puntuales del Plan de Carreteras aprobado por Ley de 11 de julio de 1877 ocuparan ya «doce páginas de la Colección Legislativa».

(35) Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO: *Problemas actuales*, cit., p. 133.

al Gobierno provisional presidido a la salida misma de la Segunda Guerra Mundial por el General DE GAULLE, y en el que se daban cita cristianos, socialistas y comunistas, cuyo único denominador común de «resistentes» a la invasión alemana no era ya suficiente para garantizar su conjunción una vez obtenida la victoria sobre el enemigo común) como un «cuasi-contrato», soporte de una «economía concertada», en la que se veía la salida a la reconstrucción de la Nación post-trada y a su ulterior desarrollo en busca de su *grandeza* perdida (36).

Como técnica operativa, contemplada *sub specie* jurídica, el plan económico es un documento complejo en el que se mezcla el análisis macroeconómico, la definición de unos objetivos de crecimiento, el establecimiento de unas directrices de comportamiento de los agentes económicos y un Programa de Inversiones Públicas a realizar en el periodo de tiempo a que se extiende la vigencia del mismo. Este conjunto tiene una funcionalidad doble desde el punto de vista subjetivo, ya que, por un lado, objetivos, directrices y Programa de Inversiones son estrictamente vinculantes para el sector público y, por otro, son meramente indicativos para los particulares, a menos que éstos suscriban con la Administración pactos concretos para obtener de ella beneficios singulares cuya contrapartida será la aceptación como vinculantes de los objetivos inicialmente indicados con carácter general (37).

Dejando a un lado este último aspecto para centrarnos exclusivamente en el primero, que es el que aquí nos importa en la medida

(36) De entre la abundantísima bibliografía existente sobre la planificación indicativa destacamos solamente aquí, en cuanto a la «filosofía» inspiradora de la misma, el archiconocido libro de P. MASSE: *Le plan ou l'antihazard*, Ed. Gallinard, París, 1968 (hay traducción española de Labor, Barcelona, 1966).

BLOCH-LAINÉ: *Economie concertée et planification démocratique*, Les cahiers de la République, París, julio de 1962; BAUCHET: *L'expérience française de planification*, París, 1958. *Vid.*, también, la edición española de J. KAISER, *Planificación*, 2 vols.; IEA, Madrid, 1964.

CHILLÓN MEDINA: *Formas técnicas y estructuras administrativas ante la planificación económica*, en el núm. 64 de esta REVISTA, pp. 107 y ss.

Para una visión crítica en nuestra literatura, S. MARTÍN-RETORTILLO: *Parlamento y Gobierno en la planificación económica y Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa*, en los núm. 55 de esta REVISTA y en el vol. III de CORIÑAS PELÁEZ: Estudios en homenaje a E. SAYAGÜES LASO, IEAL, Madrid, 1969, respectivamente. *Vid.*, igualmente, F. GARRIDO FALLA: *Problemática jurídica de los planes de desarrollo*, Ed. Darro, Madrid, 1975. Recientemente, el excelente estudio de M. BASÓLS, «La planificación económica», en la obra colectiva *El modelo económico en la Constitución española*, IEE, Madrid, 1981, vol. II, pp. 232 y ss.

(37) *Vid.*, COSCULLUELA: *Sector público y planificación*, en el núm. 57 de esta REVISTA, pp. 35 y ss., y J. SALAS: *El régimen de acción concertada*, en el núm. 56 de la misma REVISTA, pp. 435 y ss., y sus referencias.

en que proyecta su influencia sobre la tradicional planificación de las obras públicas, hay que decir, en primer término, que el Plan de Desarrollo tiene una inequívoca y consustancial pretensión globalizadora. Es toda la economía en su conjunto lo que el Plan considera. Todos los sectores económicos pretenden ser sometidos, por lo tanto, a la disciplina que el Plan comporta, lo cual aboca a la integración en el mismo como simples piezas de todos los múltiples planes sectoriales y, por lo tanto, también de los planes de obras públicas.

¿Qué alcance tiene en concreto esta integración?

Para responder a esta pregunta es preciso tener presente que el Plan de Desarrollo es estrictamente vinculante para el sector público. Esta vinculación no está, quizá, suficientemente articulada como para asegurar a los ciudadanos la posibilidad de exigir eficazmente a la Administración la realización de las prestaciones, obras y servicios que el Plan contempla por los medios procesales habituales, pero tiene en todo caso una fuerza negativa indiscutible: la Administración no puede hacer nada que no esté contemplado en el Plan.

Quiere esto decir que, aun en el caso de que una obra pública figure incluida en el Plan Nacional de Obras Públicas, sólo podrá ser realizada en el cuatrienio de vigencia del Plan de Desarrollo en el caso de que éste la incluya igualmente. En otro caso, la habilitación genérica que resulta del Plan Nacional de Obras Públicas, aunque se mantenga, queda, por así decirlo, temporalmente en suspenso.

En el supuesto de que la obra figure en ambos planes, de Obras Públicas y de Desarrollo, la facultad de ejecutarla que deriva de la habilitación que genera el primero de ellos se convierte por efecto del carácter vinculante del segundo en una obligación formal de la Administración, obligación cuyo cumplimiento quizá no pueda ser exigido por los simples particulares en vía jurisdiccional, pero que sí podrá serlo en todo caso en vía política y preferentemente parlamentaria.

Puede ocurrir, también, que el Plan de Desarrollo incluya entre sus previsiones la realización de una obra pública no incluida en el Plan Nacional de Obras Públicas. En este caso, aquél se impondrá a éste también, en los propios términos de la Ley General de Obras Públicas, en cuanto que el Plan de Desarrollo se aprueba por Ley (38).

(38) Sobre los posibles abusos derivados del planteamiento que se hace en el texto a través del manejo del Programa de Inversiones Públicas, *vid.*, las observaciones de S. MARTÍN-RETORTILLO: *Problemas actuales*, cit., pp. 134 y ss.

¿Qué queda entonces del Plan de Obras Públicas? La respuesta no es difícil: el Plan de Desarrollo o, si se quiere, el plan económico, puede corregir el *qué* hay que hacer, aunque no necesariamente, y determina en todo caso el *cuándo* hay que hacerlo, que el Plan de Obras Públicas apenas precisaba.

En esto se concreta, en líneas generales, la incidencia de la planificación económica en la planificación de obras públicas, cuestión ésta que sigue siendo necesario precisar, supuesto que, aunque éstos no sean, ni mucho menos, tiempos de desarrollo, ni tenga por qué ser la misma en el futuro la «filosofía» que animó la aparición de los Planes Económicos generales, la planificación como técnica de racionalización de la actividad económica es ya una conquista irrenunciable de la que ningún Gobierno puede prescindir. Por esta razón ha sido acogida en el texto de la Constitución de 1978, cuyos artículos 131 y 149.1.13, la configuran, además, como una competencia exclusiva del Estado.

D) *La planificación física y su proyección sobre la planificación de las obras públicas*

Todavía es preciso hacer alusión aquí a otra aplicación del concepto de plan que tiene particular importancia en relación con las obras públicas. Nos referimos, naturalmente, a la planificación territorial o física, es decir, al planeamiento urbanístico propiamente dicho, que en sus niveles superiores es, ante todo, definición de un modelo de ordenación territorial y, por lo tanto, mecanismo de conjugación de factores ambientales y económicos, de naturaleza e infraestructura y de todas las decisiones básicas que condicionan ambas.

Prescindiendo aquí de otras cuestiones, a las que, obviamente, no podemos dedicar atención en este momento, diremos sólo que una de las cruces que ha tenido que soportar nuestro urbanismo desde la promulgación de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 ha sido la falta de un instrumento idóneo para coordinar el planeamiento económico con la planificación física y para conjugar adecuadamente ésta con los múltiples planes sectoriales, incluidos los generales y especiales de obras públicas, incidentes en un territorio determinado (39).

(39) Sobre este punto, *vid.* el documento *El porqué de una reforma*, Ministerio de la Vivienda, noviembre 1972, y el excelente trabajo de ROMAY BECCARIA: «La política urbanística», en el vol. III de *La España de los años 70*, Ed. Moneda y Crédito, Madrid, 1974.

La reforma de la Ley del Suelo llevada a cabo en 1975 ha proveído a esta grave falta del sistema creando al efecto una nueva figura de planeamiento, los llamados Planes Directores Territoriales de Coordinación, a los que el artículo 8.º del texto vigente atribuye las siguientes funciones:

«8.º 1 Los Planes Directores Territoriales de Coordinación establecerán, de conformidad con los principios del Plan Nacional de Ordenación y de la planificación económica y social y las exigencias del desarrollo regional, las directrices para la ordenación del territorio, el marco físico en que han de desarrollarse las previsiones del Plan y el modelo territorial en que han de coordinarse los Planes y Normas a que afecte.

2. Los Planes contendrán las siguientes determinaciones:

a) El esquema para la distribución geográfica de los usos y actividades a que debe destinarse prioritariamente el suelo afectado.

b) El señalamiento de las áreas en que se hayan de establecer limitaciones por exigencias de la defensa nacional, teniendo en cuenta la legislación específica en la materia, o por otras razones de interés público.

c) Las medidas de protección a adoptar en orden a la conservación del suelo, de los demás recursos naturales y a la defensa, mejora, desarrollo o renovación del medio ambiente natural y del patrimonio histórico-artístico.

d) El señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a las comunicaciones terrestres, marítimas y aéreas, al abastecimiento de agua, saneamiento, suministro de energía y otras análogas.»

El simple enunciado del contenido de los Planes Directores pone de manifiesto la singular importancia de los mismos con respecto a las obras públicas, elemento sin duda capital en todo esquema de ordenación del territorio.

Esto supuesto, la pregunta a formular aquí es la siguiente: ¿Cuál es la relación existente entre los Planes Directores Territoriales y los planes, generales o especiales, de obras públicas? La respuesta a esta pregunta, que ha constituido una de las preocupaciones básicas del legislador de 2 de mayo de 1975, se encuentra hoy inequívocamente expresada en el artículo 57 de la vigente Ley del Suelo (texto refundido de 9 de abril de 1976). Los Planes Directores, al igual que los demás planes e instrumentos urbanísticos, son obligatorios y vinculantes tanto para la Administración como para los particulares, obligatoriedad cuyo contenido se concreta, de un lado, en la prohibición absoluta de usar de los terrenos apartándose del destino previsto para los mismos en los planes aplicables y el deber de ajustar al contenido concreto de éstos todo proyecto constructivo.

Tras afirmar el carácter vinculante que para la Administración y para los ciudadanos tiene todo plan urbanístico, el propio artículo 57 de la Ley del Suelo se refiere expresamente a la relación, antes polémica, entre este tipo de planes y los planes sectoriales, precisando al efecto que, si bien la ejecución de estos últimos se llevará a cabo por los Departamentos ministeriales competentes por razón de la materia con plena autonomía, dicha ejecución habrá de acomodarse a las prescripciones contenidas en aquéllos, acomodación cuyo control se confía al instrumento de la licencia, ahora exigible también incluso para las obras del propio Estado (art. 180).

El párrafo segundo del número 2 del artículo 57 de la Ley del Suelo afirma, incluso, para evitar todo equívoco que, en caso de discordancia, los planes sectoriales habrán de ser modificados convenientemente para adaptarse a las determinaciones de los Planes Directores Territoriales. El texto del precepto citado formula esta obligación en términos absolutamente concluyentes:

«Los Planes Sectoriales que estén en desacuerdo con un Plan Director Territorial de Coordinación deberán adaptarse a las directrices contenidas en este último en el plazo señalado en el número 2 del artículo 9.º»

Esto significa que, en punto a la localización de las obras públicas, esto es, en cuanto al *dónde*, es el Plan Director Territorial de Coordi-

nación el elemento decisivo, al que los planes, generales y especiales, de obras públicas deben sujetarse hoy necesariamente (40).

E) *Consideraciones de conjunto*

Llegados a este punto, es posible que alguien piense que la planificación de las obras públicas que la Ley General de 13 de abril de 1877 hizo eje de todo su sistema ha perdido definitivamente su virtualidad primera en el curso de la evolución que hemos intentado analizar en los apartados precedentes.

A nuestro juicio, no es así de ninguna manera. La técnica del plan sigue siendo fundamental en materia de obras públicas. No sería exagerado decir, incluso, que su importancia se ha acrecentado a lo largo de los más de cien años transcurridos desde la promulgación de la Ley General todavía vigente. Prueba evidente de ello es la aparición en estos últimos años de otros dos tipos de planes, los económicos y los urbanísticos, cuya existencia no debe ser juzgada como una agresión de la planificación tradicional de las obras públicas, que no lo es, sino, más bien, como un reforzamiento efectivo de ésta, cuya eficacia se potencia mediante las nuevas figuras de plan, cuya virtualidad técnica específica permite resolver con seguridad y entera garantía los problemas del *cuándo* y el *dónde* que el plan de obras públicas, más primario y elemental en sus posibilidades institucionales, apenas acertaba a apuntar.

3. *La exigencia de proyecto técnico aprobado*

Sea cual sea el sistema de ejecución que al efecto se siga, es un principio inconcuso la exigencia de un proyecto técnico debidamente aprobado. El artículo 14 de la Ley General de 13 de abril de 1877 es categórico al respecto: «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.» En los mismos términos se pronuncian los artículos 16 y 18 en relación a las obras municipales y provinciales y el artículo 56 respecto a las obras a realizar por particulares.

Los artículos 20 y siguientes de la Ley de Contratos del Estado subrayan, desde su propia y específica perspectiva, esta misma exigencia

(40) Sobre el valor y obligatoriedad de los Planes Directores *vid.*, por todos E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO: *Lecciones de Derecho Urbanístico*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1979.

al referirse al contrato de obra, y el artículo 60 de la misma Ley hace otro tanto en relación a los supuestos de ejecución directa por la propia Administración, salvo que se trate de obras que se consideren de emergencia o bien de mera conservación y no susceptibles, por sus características, de redacción de proyecto alguno.

Con ello se asegura en todo caso, no sólo la verificación de la corrección técnica de la obra que intenta realizarse, sino también y fundamentalmente, como subraya el artículo 56 de la Ley General, el conocimiento de «todos los datos que... sean necesarios para formar cabal juicio de la obra, de su objeto y de las ventajas que su construcción ha de reportar a los intereses generales».

4. *La exigencia de consignación presupuestaria*

Tratándose de obras del Estado, Provincia o Municipio es también inexcusable, lógicamente, la existencia previa de consignación presupuestaria bastante para llevarla a efecto. El artículo 21 de la Ley General así lo subraya en relación a las obras a cargo del Estado, exigiendo en otro caso una autorización específica por Ley especial, a menos que se trate de obras de mera reparación o de obras de reconocida urgencia, que debe declarar formalmente el Consejo de Ministros, previo informe del Consejo de Obras Públicas y del Consejo de Estado en pleno.

Los artículos 15 y 17 de la propia Ley establecen otro tanto para las obras municipales y provinciales (41).

VI. LAS DIFERENTES MODALIDADES CONCESIONALES EN LA LEY GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS

Aunque sería perfectamente posible remitir en bloque todo lo relativo al régimen concesional sin daño alguno, queremos hacer aquí algunas breves precisiones sobre el mismo, con el fin exclusivo de resaltar los rasgos principales que contribuyen a caracterizar las diferentes modalidades que regula específicamente la Ley General de 13 de abril de 1877.

(41) *Vid.*, a este respecto los artículos 128 y siguientes y 285 a 291 de la Ley de Régimen Local.

1. *Precisiones conceptuales y características generales*

Comenzaremos subrayando, sin embargo, la especificidad inherente a la concesión de obra, como operación compleja cuyo elemento más importante no es propiamente la construcción de la obra en sí, sino, más bien, su explotación por el propio concesionario por tiempo limitado y mediante remuneración a través de las tarifas que la Administración concedente le autoriza a percibir de los usuarios.

La caracterización que acabamos de hacer de este tipo concesional específico permite apreciar sin esfuerzo alguno las diferencias que lo separan del contrato de obra, por un lado, en cuanto que éste tiene por objeto exclusivo la mera ejecución de la obra contratada, y del contrato de gestión de un servicio público, cuyo objeto específico es, precisamente, esa gestión, que, obviamente, puede desenvolverse en ciertos casos sin necesidad de infraestructura alguna o bien sobre la base de una infraestructura ya existente, al margen, pues, de cualquier actividad constructiva.

La distinción, a la que la Ley de Contratos del Estado no hace referencia alguna, luce con toda claridad, sin embargo, en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, cuyo artículo 114, al referirse a la concesión de servicios, precisa que ésta podrá comprender: «a) la construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuviere afectada, o b) el mero ejercicio del servicio público, cuando no requiera obras o instalaciones permanentes o estuvieren ya establecidas». El primero de estos supuestos es, justamente, el de la concesión de obra, cuya contemplación bajo la óptica del servicio público es sólo un tributo a lo que pudiéramos llamar la concepción clásica en esta materia.

Hechas estas precisiones conceptuales conviene subrayar ahora las características generales del sistema concesional que la Ley de 13 de abril de 1877 diseña.

En lo que al otorgamiento de concesiones se refiere rige el principio de la exigencia de subasta pública, principio que se combina o alterna, según los casos, con el de proyectos en competencia cuando la iniciativa de la realización de la obra procede de un particular.

A continuación nos referiremos específicamente a este último supuesto, por ser el que requiere mayor esclarecimiento.

El artículo 64 de la Ley dispone al efecto que «no podrá concederse obra alguna pública solicitada por empresas o particulares sin que previamente se publique su petición en la Gaceta y Boletín Oficial de la respectiva provincia, concediéndose un plazo de treinta días para la admisión de otras proposiciones que puedan mejorar la primera». Transcurrido este plazo, la Administración procederá a recabar las informaciones necesarias para acreditar las ventajas que cada una de las proposiciones presentadas ofrezca a los intereses públicos, resolviendo finalmente en favor de la que las presente mayores, previo dictamen del Consejo de Estado (art. 62).

Si de las informaciones aludidas resultaren iguales en circunstancias las propuestas hechas, dice el artículo 63, la concesión se hará mediante subasta pública, en la que podrán tomar parte no sólo los peticionarios, sino cualquier otra persona, versando la licitación en primer término sobre rebajas en las tarifas de explotación y, si en ellas resultase igualdad, sobre rebajas en el tiempo de la concesión.

El autor de un proyecto aprobado tendrá, no obstante, derecho de tanteo, que podrá ejercitar en los diez días posteriores a la subasta, y en caso de que no lo ejercite deberá ser indemnizado por el adjudicatario de la obra, que habrá de resarcir, también, al primer peticionario de los gastos del proyecto.

Semejante a éste es el sistema consagrado por el artículo 97 para las concesiones que impliquen la ocupación de dominio público.

Común a toda clase de concesiones es el plazo máximo de noventa y nueve años (arts. 55, 75 y 101), salvo Ley especial que establezca plazo mayor. La del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 ha reiterado este mismo principio, pero formulándolo de forma más restrictiva todavía, al admitir única y exclusivamente las excepciones por Leyes especiales que señalen un plazo menor al indicado (art. 126 de dicha Ley), lo cual ha planteado problemas graves en relación a ciertos tipos de concesiones (de obras de riego, de marismas) otorgadas inicialmente a perpetuidad con anterioridad a la Ley citada (42).

Común a todas es también la fijación de las tarifas por la Administración concedente con el carácter de precios máximos que el licitador o adjudicatario no podrá rebasar en ningún caso (sí rebajar

(42) Sobre estos temas *vid.*, S. MARTÍN-RETORTILLO: *Aguas públicas y obras hidráulicas*, cit., y L. MORELL OCAÑA: *La concesión de marismas y el artículo 126 de la Ley del Patrimonio del Estado*, en el núm. 68 de esta REVISTA, en el que se analiza críticamente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito del citado artículo.

o disminuir, sin embargo, bien por propia voluntad, bien por versar sobre las tarifas fijadas la eventual licitación: arts. 28, 63, 98, etc.).

Común a todas, en fin, es la retención por la Administración, en cuanto titular concedente, de facultades de inspección y vigilancia, tanto respecto de la construcción de la obra, como de su explotación (arts. 30, 65, 82 y 104).

2. Clases

A) *Concesión de explotación de las obras costeadas por el Estado*

Como ya vimos en su momento, la Ley General de Obras Públicas remite a la fórmula concesional la explotación de las obras ejecutadas por el Estado siempre que puedan ser objeto de explotación retribuida, a menos que concurren circunstancias especiales que aconsejen que el propio Gobierno tome a su cargo dicha explotación, previo informe del Consejo de Obras Públicas y del Estado. Así lo precisa el artículo 27 de la Ley cuyo propio tenor evidencia que no estamos en presencia de una concesión de obra propiamente dicha, sino, más bien, de una concesión de servicio público sobre la base de una obra ya construida y costeada de antemano.

B) *Concesiones de obra sin subvención ni ocupación de dominio público*

Los artículos 52 y siguientes de la Ley regulan las concesiones (de obras; puesto que comportan la construcción de una obra y su posterior explotación por el concesionario) para las cuales no se pide subvención ni ocupación de dominio público de acuerdo con los siguientes principios:

Su otorgamiento corresponde al Estado (Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo), a la Provincia o al Municipio a cuyo cargo correspondan las obras a tenor de lo dispuesto en los artículos 8.º, 10 y 11 de la Ley (art. 54).

El plazo de la duración de las mismas es el máximo de noventa y nueve años que fija el artículo 55, salvo Ley especial. Transcurrido el plazo en cada caso previsto, la obra revierte en propiedad a la Administración concedente (art. 55).

El incumplimiento por el concesionario de las condiciones impuestas o la petición ulterior de subvenciones (art. 61 de la Ley) determinan la caducidad de la concesión y llevan consigo la pérdida de la fianza (art. 69).

Si en el momento de declararse la caducidad (lo que en todo caso requiere expediente en el que habrá de oírse necesariamente al concesionario: art. 68) las obras no hubiesen comenzado, la Administración queda desligada pura y simplemente de todo compromiso con el adjudicatario. Si, por el contrario, se hubiesen ejecutado algunas pero no fueren bastantes para devolver la fianza al concesionario (la devolución de la fianza sólo procede a partir del momento en que se justifique la realización de obras por un valor equivalente a la tercera parte del total, en cuyo momento dichas obras pasan a responder del cumplimiento de las cláusulas de la concesión en lugar de la fianza: art. 67), se sacarán a subasta por el importe a que asciendan los terrenos adquiridos, las obras hechas y los materiales existentes, adjudicándose al mejor postor, que se subrogará en el lugar del primitivo concesionario pagándole el importe del remate (art. 70). De forma semejante se procederá en los demás casos, reservándose la Administración el importe de la fianza devuelta y entregándose la diferencia al concesionario primitivo (art. 71).

En el supuesto de que las referidas subastas quedaren desiertas por dos veces consecutivas, la Administración concedente se incautará de todas las obras ejecutadas sin que el concesionario tenga derecho a reclamación (art. 72).

De acuerdo con las reglas antes expuestas a propósito de la planificación, las concesiones de obra que destruyan los planes generales del Estado, Provincia o Municipio deberán ser otorgadas mediante la correspondiente Ley especial, en el primer caso, y por Real Decreto, a propuesta del Ministerio de Obras Públicas, en los demás (art. 54), siendo aplicable en todo caso el sistema de proyectos en competencia al que más atrás se hizo alusión (arts. 62, 63 y 64).

C) Concesión de obras con otorgamiento de subvención, pero sin utilización de dominio público

Se entiende por subvención a todos estos efectos, según precisa el párrafo segundo del artículo 74 de la Ley, «cualquier auxilio directo

o indirecto de fondos públicos, incluso la franquicia de los derechos de Aduanas para el material que haya de introducirse del extranjero».

El otorgamiento de estas concesiones, cuando la subvención hubiese de proceder del Estado, debe ser objeto de una Ley (art. 74, párrafo primero), que fijará el máximo del subsidio a otorgar sobre la base del proyecto presentado por el peticionario y reglamentariamente aprobado. Dicho máximo de subsidio servirá de tipo para la ulterior subasta, en la que se adjudicará la concesión al mejor postor, con la obligación de abonar al peticionario el importe del proyecto según tasación pericial realizada y anunciada con carácter previo a la licitación (art. 79).

De igual forma se procederá cuando la subvención haya de otorgarse por la Provincia o el Municipio, debiéndose fijar en tales casos el máximo de la subvención por las respectivas Corporaciones (art. 74).

El plazo de estas concesiones tampoco podrá exceder de noventa y nueve años, revirtiendo a su término la obra a la entidad que otorgó la subvención (art. 75).

El incumplimiento de las condiciones fijadas dará lugar a la caducidad de la concesión y a la subsiguiente subasta de las obras ejecutadas, reduciéndose a las dos terceras partes el tipo inicial en la segunda subasta, de quedar desierta la primera, y procediéndose, en su caso, a una tercera y última sin tipo fijo. Si esta tercera subasta quedara desierta se incautarán de las obras del Estado, Provincia o Municipio sin que el concesionario tenga derecho a percibir indemnización alguna (arts. 89 a 93).

D) *Concesiones con ocupación de dominio público*

Los artículos 94 y siguientes de la Ley General de Obras Públicas regulan finalmente las concesiones de obra que requieran la ocupación o aprovechamiento constante de una parte del dominio público, sentando las bases de una disciplina general cuyo estudio no es de este lugar, y remitiéndose expresamente a lo que se «prevenga en las Leyes especiales de las diversas obras» (art. 96), cuestión ésta que debemos remitir igualmente.

VII. LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE OBRAS PÚBLICAS Y EL NUEVO TEXTO CONSTITUCIONAL

La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 precisa con todo cuidado las competencias de las diferentes Administraciones públicas en esta materia, señalando en concreto los tipos de obras que corresponden a cada una de ellas.

Así, el artículo 10 de la Ley atribuye a la Administración provincial las vías de comunicación incluidas en el plan de los que deben hacerse con fondos provinciales, cuestión ésta determinada hoy por el artículo 2.º-3 de la vigente Ley de Carreteras de 19 de diciembre de 1974, los canales de navegación y riego declarados exclusivamente de interés provincial, el saneamiento de lagunas y terrenos pantanosos declarados de interés exclusivo de las provincias y la construcción y mejora de los edificios de carácter provincial, así como la conservación de los monumentos artísticos e históricos.

El artículo 11, por su parte, hace otro tanto con respecto a la Administración municipal, a la que, de acuerdo con él, corresponde la construcción, reparación y conservación de los caminos vecinales que deban costearse con fondos municipales (*vid.* art. 2.º-4 de la vigente Ley de Carreteras de 19 de diciembre de 1974), el abastecimiento de agua a poblaciones, la desecación de lagunas o terrenos insalubres que se declare que son de interés puramente local, la construcción y conservación de puertos de interés local y la construcción y mejora de los edificios públicos, así como la conservación de los monumentos artísticos e históricos.

En el marco de la Ley General, todas las demás obras corresponden al Estado y, en concreto, al Ministerio de Fomento (hoy Obras Públicas y Urbanismo), incluida «la inspección de las obras públicas que corren a cargo de las Provincias o Municipios» (art. 89, salvo «lo concerniente a los edificios públicos destinados a servicios que dependan respectivamente de cada Ministerio», que corresponderá a cada uno de ellos (art. 9.º).

Sobre este esquema competencial ha venido a incidir de forma importante el proceso de reestructuración del Estado puesto en marcha por la Constitución vigente, proceso cuya primera fase acaba de concluir.

El artículo 148.1.4 de la Constitución permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias en materia de «obras públicas de

interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio», mientras que el artículo 149.1.24 reserva en exclusiva al Estado las «obras públicas de interés general o cuya realización afecta a más de una Comunidad Autónoma».

Del juego combinado de ambos preceptos se desprende que el criterio básico de reparto es aquí el del alcance nacional o meramente regional de la obra, interés que no hay que interpretar en términos exclusivamente territoriales, supuesto que el artículo 149.1.24 precisa que si la realización de la obra afecta a más de una Comunidad Autónoma la competencia será estatal en todo caso. Parece, pues, que, en la intención del constituyente, el concepto de interés nacional incorpora, más bien, elementos cualitativos que hacen referencia a la importancia, alcance y trascendencia de la obra de que se trate y a la proyección de sus concretos efectos.

Los Estatutos de las Comunidades que gozan de autonomía plena han optado, en lo que a este último extremo se refiere —ámbito del interés— por acudir al criterio de las calificaciones o declaraciones formales (43), remitiendo así a la Ley o, en su caso, a una norma o acto de inferior rango acomodado a ella (44), la definición del interés nacional de las obras y, consiguientemente, su calificación como obras de la competencia estatal. Como ha señalado MUÑOZ MACHADO, la Constitución, que no concreta lo que sea de interés general, reconoce al Estado un poder declarativo al respecto, esto es, la competencia para declarar en cada caso qué obras tienen esta trascendencia (45).

Esta es, por así decirlo, la regla general, cuya aplicación sólo será procedente en defecto de las especiales que la propia Constitución fija en relación a los diferentes tipos o clases de obras a los que hace referencia expresa (46).

(43) Artículos 10.33 del Estatuto del País Vasco, 9.13 del de Cataluña, 27.7 del de Galicia y 13.9 del de Andalucía.

(44) Como dice MUÑOZ MACHADO: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, I, Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 541, no parece razonable, ni posible, exigir que la declaración se haga en todo caso por Ley, cosa que, por otra parte, la Constitución no requiere. Sí lo es, en cambio, que la Ley fije de forma objetiva y general los criterios a los que habrán de ajustarse en todo caso las calificaciones que se otorguen.

(45) *Loc. cit.*

(46) Sobre todo este tema *vid.*, en general, mi trabajo *El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, en el número 201 de la «Revista de Estudios de la Vida Local», pp. 9 y ss., y en *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. I, 2.ª ed., UNED, Madrid, 1979, y la obra de MUÑOZ MACHADO citada en la nota 44. En la misma línea que se señala en el texto, este autor indica que la competencia en materia de obras públicas tiene, más bien, un carácter instrumental, por lo que «cuando la competencia material

Así, en materia de puertos, el artículo 149.1,20 atribuye exclusivamente al Estado los de interés general, permitiendo el 148.1,6 que las Comunidades Autónomas se hagan cargo de los de refugio, deportivos y, en general, de todos aquellos que no desarrollan actividades comerciales.

Semejante a éste es el criterio empleado por esos mismos preceptos en materia de aeropuertos.

En lo que se refiere a la iluminación de costas y señales marítimas la competencia es exclusivamente estatal, según el artículo 149.1,20. También es exclusivamente estatal la competencia en materia de instalaciones de control del espacio aéreo, de acuerdo con el mismo precepto.

En lo que respecta a los ferrocarriles el criterio de reparto es el territorial (arts. 149.1,21 y 148.1,5), correspondiendo a las Comunidades Autónomas aquellos cuyo itinerario se desarrolle íntegramente dentro de su territorio y al Estado los que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma. El mismo criterio se sigue en materia de carreteras (art. 148.1,5).

Corresponde exclusivamente al Estado la competencia en materia de telecomunicaciones, cables aéreos, submarinos y radiocomunicación (art. 149.1,21).

En materia de obras hidráulicas el artículo 148.1,10 permite a las Comunidades Autónomas asumir la competencia sobre aquellos aprovechamientos, canales y regadíos de su interés exclusivo, declaración que hay que interpretar en los límites del artículo 149.1,22, según el cual es competencia exclusiva del Estado la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos «cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma», precisión ésta que alude claramente al principio de unidad de cuenca hidrográfica, cuyo carácter esencial subraya de forma explícita y categórica la Carta Europea del Agua.

Este breve esquema debe entenderse, lógicamente, con las reservas propias del momento en que se formula, en el que no existe una *praxis* política ni administrativa, ni tampoco una doctrina jurisprudencial que permitan vivificar, en este punto al menos, el texto de la Constitución.

específica es más amplia que la instrumental referida a las obras públicas, el alcance de la competencia autonómica hay que medirlo con arreglo a aquel patrón y no conforme a éste», *op. cit.*, p. 539.

