

LA NOCIÓN JURÍDICA DE OBRA PÚBLICA: SOBRE SU DOBLE PERSPECTIVA Y SUS ELEMENTOS DETERMINANTES *(Segunda parte)**

Por Dr. Andry Matilla Correa**

Este trabajo forma parte de la Obra Jurídica de interés de la REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO TOMO LXX, Núm.278 (Septiembre-Diciembre 2020), editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, Ciudad de México, a través de la Facultad de Derecho, Circuito Universitario s/n, Edificio “E”, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, Ciudad de México; se publica con expresa autorización de su autor.

SUMARIO

I. La doble perspectiva de la noción de obra pública	02
II. Sobre los elementos determinantes de la noción jurídica de obra pública	23
III. La noción jurídica de obra pública	33

Resumen El presente trabajo aborda la noción de obra pública, que en la visión del autor constituye una de las primigenias realidades sociales y jurídicas que caen bajo el mando ordenador del Derecho Administrativo, desde los albores mismos de su nacimiento como rama del derecho moderno en el período decimonónico; convirtiéndose así en una de las zonas objetivas de la disciplina en cuestión, articuladora y conformadora de relaciones jurídico-administrativas. En este sentido, pueden considerarse las obras públicas como una de las instituciones jurídico-administrativas fundacionales del universo institucional del Derecho Administrativo moderno como subsistema jurídico. Para ello, el autor, en esta primera parte, contextualiza su conceptualización jurídica y considera la relevancia jurídico-administrativa de la noción de obra pública, entr otras cosas.

*Este artículo denominado “La noción jurídica de obra pública”, constituye una unidad, pero por su extensión, a los efectos de su publicación en esta revista, se ha decidido dividir en dos partes. La primera parte de este artículo se publicó en el número anterior de esta revista.

** Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba). Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo (SCDCyAd) de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC). Académico Titular de la Academia de Ciencias de Cuba. Contacto: <andry@lex.uh.cu>. Fecha de recepción: 27/05/20. Fecha de aprobación: 11/09/20.

Palabras clave noción de obra pública; Derecho administrativo; relaciones jurídico-administrativas; concepto jurídico; dogmática jurídica.

Abstract This work addresses the notion of public work, which in the author's view constitutes one of the primeval social and legal realities that can be under the command of the administrative discipline, from the very dawn of its birth as a branch of modern law in the period nineteenth; Thus becoming one of the objective areas of the discipline in question, articulator and shaper of legal-administrative relations. In this sense, public works can be considered as one of the foundational legal-administrative institutions of the institutional universe of modern Administrative Law as a legal subsystem. For this, the author, in this first part, contextualizes his legal conceptualization and considers the legal-administrative relevance of the notion of public work, among other things.

Keywords notion of public work; Administrative law; legal-administrative relations; legal concept; legal dogmatics.

En cierta ocasión, en un escrito dirigido «a los jóvenes ingenieros que deben seguir adelante», Stevens dijo algo con lo que todos esos hombres notables estarían de acuerdo, teniendo en cuenta lo que había sucedido en el mundo desde la época de Panamá. Su fe en la inteligencia humana y sus capacidades creativas se mantenía firme, manifestó. Las grandes obras aún estaban por llegar. «Creo que no somos más que niños que recogen piedrecillas en la playa de un océano sin límites.».

Un camino entre dos mares. La creación del canal de Panamá
(1870-1914).1978

David McCulloch

I. LA DOBLE PERSPECTIVA DE LA NOCIÓN DE OBRA PÚBLICA

Pudiera parecer, por la vieja prosapia que acompaña a la obra pública como institución del Derecho Administrativo, que estamos a un tema que no reviste mayores dificultades. Sin embargo, por paradójico que parezca, la de obra pública es una definición jurídica compleja, compresiva de una dualidad de enfoques,

que no ha estado exenta de dificultades en los intentos por fijarla y cuyo planteamiento jurídico ha estado sujeto al manejo de elementos configuradores diversos, no siempre coincidentes.¹ Todo lo cual, además de la dificultad, sugiere un panorama conceptual diverso y matizado; y donde para apreciar consecuente y coherentemente lo que en él ha acontecido, deben tenerse en cuenta los postulados normativos, jurisprudenciales y doctrinales, y las particularidades de los distintos ordenamientos jurídicos.

Dentro de las formulaciones doctrinales sobre la noción jurídica de obra pública, se han adoptado al menos dos perspectivas: una perspectiva más unitaria; y otra que entraña en sí una orientación bidireccional de ese concepto, aún cuando en algunos autores llega a premiar un sentido u otro a pesar de esa dirección dual. Esta diferencia de perspectivas, si bien ha ayudado a la comprensión del universo jurídico que enmarca, a tributado también a la complejidad que acompaña a la noción que analizamos.

Desde los viejos textos de Derecho Administrativo (tanto del siglo XIX, cuanto de inicios del XX) pueden encontrarse definiciones de obra pública que entrañan un sentido más unitario de su idea. Y, dentro de ello, hay definiciones de diversa índole, ya más sintéticas, ya más descriptivas, ya con cierto grado de abstracción.

Uno de los conceptos más tempranos de *travaux publics* (*obras públicas*) que alcanzó resonancia en su época dentro del mundo jurídico administrativo que recibió la influencia directa de Francia, fue el dado por el francés Tarbé de Vauxclairs, en su *Dictionnaire des travaux publics*, donde les recogía como “*Ceux qui intéressent l’universalité des habitants du royaume, d’un département, d’une commune (...), lorsque cette utilité n’a pas le caractère de la propriété privée, et surtout lorsqu’il y a eu préalablement déclaration d’utilité publique.*”²

1. Apreciaba CRETELLA JÚNIOR, que la expresión obra pública era “(...) *expressão de fácil entendimento, na aparência, mas de sentido complexo quando considerada sob o rigor da técnica jurídica, que procura fixar-lhe o sentido exato.*” CRETELLA JÚNIOR, José, *Tratado de Direito Administrativo*, Volume III, *Contratos administrativos*, Río-São Paulo, Compahía Editora Forense, 1967, p. 87.

2. TARBÉ DE VAUXCLAIRS, *Dictionnaire des travaux publics*, Paris, P. Carilian-Goeury, 1835.

Contrástese esa definición con la que se planteara el español Alejandro Oliván: “(...) Se entienden regularmente por obras públicas las que interesan á la generalidad de los habitantes de la nación, de una provincia, y aun de un concejo, cuando el interés ó la utilidad no proceden de propiedad patrimonial ó privada.”³

En la España decimonónica, la concepción de *obra pública* estuvo dominada, en buena parte, por la noción que se introdujo a través de la letra de dos disposiciones jurídicas, primero la Instrucción de 1845, y luego la Ley de Obras Públicas de 1877, trascendiendo la dominación de esta última a una parte destacable del siglo XX.

Manuel Colmeiro seguía el artículo 1 de la Instrucción aprobada por Real Decreto de 10 de octubre de 1845 y definía las obras públicas de la siguiente manera: “Llámanse obras públicas todas las de utilidad común que la administración ejecuta por sí misma, en cuya categoría se comprenden los caminos, los canales de navegación, de riego y desagüe, los puertos de mar, los faros y el desecamiento de lagunas y terrenos pantanosos en que se interesen uno ó más pueblos, la navegación de los ríos y otras cualesquiera construcciones relativas á satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general.”⁴

Al amparo de la Ley de Obras Públicas de 1877, Vicente Santamaría de Paredes acuñaba:

“Se entiende por obras públicas para los efectos de la ley, las que sean de general uso y aprovechamiento, y las construcciones destinadas á servicios que se hallen á cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos.”⁵

3. OLIVÁN, Alejandro, *op. cit.*, p. 138. Véase, en nuestro lado del Atlántico, por ejemplo, al peruano Manuel Atanasio FUENTES que sigue expresamente a TARBÉ DE VAUXCLAIRS en: FUENTES, Manuel Atanasio, *Compendio del Derecho Administrativo*, Paris, Librería de Rosa y Bouzet, 1865 (consultado como: FUENTES, Manuel Atanasio, “Compendio de Derecho Administrativo (2da y última parte)”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, año 8, núm. 15, julio-diciembre, 2007, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., pp. 199 y 200.

4. COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo español*, . II, 3a ed., Madrid, Imprenta de José Rodríguez, 1865, p. 55.

5. SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, 7a ed., Madrid, Imprenta Española, 1911, p. 711. Igualmente, entre otros: Abella, Fermín, *op. cit.*, pp. 1175 y 1176; MELLADO, Fernando, *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, 3a ed., Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1899, p. 624; GASCÓN Y MARÍN, José, *op. cit.*, p. 246; ROYO-VILLANOVA, Antonio, *Elementos de Derecho Administrativo*, t. II, 2a ed. corregida y aumentada por Segismundo ROYO-VILLANOVA, Librería Santarén, Valladolid, 1948, p. 840.

Para otro español, Vico y Brabo: “(...) obras públicas son todas las construcciones que tienen por objeto la utilidad común, como son los caminos ya indicados, los acueductos, etc.; (...).”⁶

Según estableciera Recaredo Fernández de Velasco:

(...) resultan caracterizadas las obras públicas: 1º, porque dependen del Estado, entendido en amplio sentido, o sea también de la Provincia o del Municipio; 2º, porque se destinan al uso y aprovechamiento general o a construcciones que se hallen a cargo directo del Estado mismo; 3º, porque afectan a un inmueble: a su construcción, a su reparación o a su sostenimiento. (...).⁷

En opinión de Carlos García Oviedo: “Son obras públicas pues las ejecutadas por un organismo administrativo o por su encargo con un fin inmediato de utilidad pública.”⁸

Del lado latinoamericano, el argentino Ramón Ferreyra, acuñaba que

(...) Las obras públicas nacionales son las costeadas por el Tesoro nacional: el Gobierno las puede adquirir por compra donación o edificación; son de dos clases: o existen en territorio nacional o en territorio de las provincias. Las primeras son del dominio pleno de la nación; en las segundas tiene la propiedad en los edificios no en el suelo que pertenece al Gobierno local con una especie de servidumbre real, como una carga inherente a las facultades delegadas y exclusivas al gobierno nacional.⁹

El mexicano del Castillo Velasco, con clara impronta hispánica (véase su coincidencia exacta con la noción referida por Colmeiro) al respecto,

Llámase obras públicas todas las de utilidad común que la administración ejecuta por sí misma, en cuya categoría se comprenden los caminos, los canales de navegación,

6. VICO Y BRABO, Juan de Dios, *Estudios elementales de Derecho Político y Administrativo español*, Granada Imprenta de F. de los Reyes, 1879, p. 354.

7. FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *Los contratos administrativos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1927, p. 80.

8. GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, 6ª ed. por Enrique MARTÍNEZ USEROS, Madrid, E.I.S.A., 1957, p. 504.

9. FERREYRA, Ramón, *Derecho Administrativo general y argentino*, Buenos-Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1866, pp. 246 y 247.)

de riego y desagüe, los puertos de mar, los faros y el desecamiento de lagunas y terrenos pantanosos en que se interesen uno ó más pueblos, la navegación de los ríos y otras cualesquiera construcciones relativas á satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general.¹⁰

En la literatura jurídica peruana, León y León se refería a las obras públicas en los siguientes términos:

“Llámase obras públicas de utilidad común, las que satisfacen una necesidad o conveniencia general y que se mandan hacer directamente por la Administración, ó indirectamente, encargándolas á personas particulares, mediante condiciones. (...)”¹¹

Otro mexicano, Castro Estrada, hubo de entender que: “Las obras públicas son las ejecutadas por el Estado, o por un particular por encargo suyo, con un fin inmediato de utilidad pública.”¹²

Por parte, Dana Montaña decía que las obras públicas eran las destinadas a la utilidad pública.¹³

Mientras, Osvaldo M. Bezzi, acuñaba como concepto de obras públicas el siguiente:

“Obras públicas son aquellas realizadas por el Estado directamente o por contratistas, siendo indiferente su afectación al uso público – dominio público – o su incorporación al dominio privado del Estado.”¹⁴

10. DEL CASTILLO VELASCO, José María, *Ensayo sobre el Derecho Administrativo mexicano*, Tomo II, Facsímil (1era edición 1874), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1994, p. 24.

11. LEÓN Y LEÓN, Federico, *Tratado de Derecho Administrativo*, Lima, t. II, E. Moreno Editor, 1897, p. 269.

12. CASTRO ESTRADA, José, *Derecho Administrativo*, Apuntes de las clases impartidas por José Castro Estrada en 1937, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Facultad de Derecho y de Ciencias Sociales, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2018, p. 409.

13. DANA MONTAÑO, Salvador M., *Elementos de Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Santa Fe, Talleres Gráficos Martínez Hnos., 1931, p. 67.

14. BEZZI, Osvaldo Máximo, *El contrato de obra pública*, 2da ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1982, p. 11.

Con independencia de esas definiciones ilustradas, la complejidad en torno al estudio de la noción de obra pública no queda sólo en la diversidad de elementos esenciales que se han esgrimido, en los últimos dos siglos y pocos más, para sostenerla, sino que, como ya dijimos, ella se manifiesta también en el hecho de que esa noción ha revestido y reviste, tanto en su dimensión legislativa, como jurisprudencial y doctrinal, un uso en una doble perspectiva o en un doble sentido.

En efecto, una peculiaridad que envuelve a la noción de obra pública dentro del campo jurídico, es que ésta no se ha asumido de manera unívoca, sino que la misma ha comprendido un doble sentido o alcance. Por lo tanto, puede decirse que la obra pública, como noción jurídica, encierra en sí dos acepciones o perspectivas; y así se ha consagrado en los ordenamientos donde se dan recursos nominativos propios, en los que juegan las peculiaridades del lenguaje y las influencias jurídicas que alcanzan asimismo a la composición nominal de lo que tratamos como *obra pública*.

De hecho, es importante atenerse a esa dualidad de perspectivas cuando se trata de encarar la noción de obra pública, pues sólo desde esa dualidad podrá tenerse una comprensión jurídica correcta y más cabal de ese fenómeno. Pretender mirar sólo a la definición de obra pública prescindiendo de la dualidad que comporta, comprendiendo en ella un único sentido – en el que se sacrifique o privilegie una de las dos perspectivas objetivas que abarca –, o buscando reunir de manera unitaria el doble sentido que entraña, resulta un planteamiento incompleto, impreciso e inadecuado, que no conduce a un planteamiento y comprensión jurídicas coherentes de la cuestión. Esa ha sido crítica que desde hace décadas se viene haciendo a quienes no han considerado en su justa medida esa dualidad.¹⁵

Para el caso de Francia, que es paradigmático atendiendo al desarrollo de su *Derecho de obras públicas*, con mayor propiedad, *Derecho de trabajos públicos*,

15. Sobre esto último ya tomaba nota René CAPITANT, en un importante trabajo sobre el tema, cuando repasaba, a propósito de la definición que de *travail public* que por aquel entonces hacía fortuna en el Derecho Administrativo francés, desgajada de las conclusiones del comisario de gobierno CORNIELLE en el *arrêt Monséjour*, del Consejo de Estado de 10 de junio de 1921: “Si la notion de travail public est doublé, en effet, comme il est certain, la théorie qui précède est évidemment incomplète en proposant une seule définition. Elle est même inexacte, car son vice n’est pas de définir une seule des deux notions, mais de définir les deux notions en une. Cette erreur initiale est la source de beaucoup d’autres. Car la dualité de la notion, pour être méconnue, n’en produit pas moins ses effets, qui s’imposent au juriste, qui réclament une explication, mais qui ne peuvent en trouver une que dans la dualité dont ils découlent. L’affirmation de l’autonomie de la notion de travail public, notamment, n’est qu’un essai malheureux d’explication de ces effets. Les auteurs ont pris pour autonomie ce qui était dualité.” CAPITANT, René, *op. cit.*, p. 508.

y a la influencia que desplegó en otros ordenamientos jurídicos, especialmente iberoamericanos, tradicionalmente se han distinguido dos nociones de *trabajo público* (*travail public*, corresponde a esta voz y no a la de *ouvrage public*, que puede traducirse a nuestro idioma, estrictamente, como *obra pública*), donde una de esas nociones se identifica luego con la de *ouvrage public* (*obra pública*). Por lo tanto, aquí el recurso nominativo de referencia no es el de *ouvrage public*, sino el de *travail public*.

En un interesante ejercicio en el marco de una de sus célebres notas de jurisprudencia (al *arrêt Espitalier*, de 10 de noviembre de 1900, del Tribunal de Conflictos de Francia), partiendo del repaso de la noción de *travaux publics* que habían establecido autores franceses del siglo XIX – pero que, creemos hoy nosotros, puede entenderse a autores de otras latitudes – Maurice Hauriou, a la vista de esas nociones, ya comentaba tempranamente que:

(...), *on avait une idée qui apparaît dans les exemples que choisissent les auteurs dans leurs explications; ces exemples sont toujours des constructions, et il est facile de s'en rendre compte en parcourant les ouvrages que nous venons de citer. De telle sorte que, sans que cela eût été dit expressément, on peut affirmer que, dans la pensée commune, l'opération de travaux publics éveillait l'idée d'une construction, et que l'ouvrage public était une chose construite. (...).*¹⁶

Según planteara René Capitant, en un clásico trabajo al respecto que, aunque añejo, aún conserva interés: “*C'est le mot travail qui donne à l'expression sa double signification. Ce mot est pris, en effet, suivant les circonstances, dans un sens actif, ou dans un sens passif; il désigne une activité ou une chose, en langage d'économiste, un service ou un bien.*”¹⁷

La doble noción conceptual es aquí, entonces, propia de la expresión *travail public* – y no de la *ouvrage public* –, en la que se ha identificado un sentido dinámico, activo, material, funcional, de actividad o estricto (*strictu sensu* o propiamente dicho, según la doctrina de ese país) y otro estático, pasivo, de resultado. En consecuencia, y bajo el doble enfoque, *travail public* sería tanto la actividad de

16. HAURIOU, Maurice, *La Jurisprudence Administrative...*, Tome III, *op. cit.*, p. 375.

17. CAPITANT, René, *op. cit.*, p. 509.

naturaleza constructiva de la que se deriva un resultado material de carácter inmobiliario (*travail public* estrictamente considerado), como el bien inmueble resultado material de esa actividad de índole constructiva (*ouvrage public*); llegando, entonces, a ser equivalentes o sinónimos, en este segundo sentido, las expresiones *travail public* y *ouvrage public*.

En su conocida obra de carácter general, Maurice Hauriou explicaba que es posible apreciar dos elementos en materia de *travaux publics*: 1-) la operación de *travaux publics* con sus diversos procedimientos de ejecución (expropiación, contratos de obra, concesiones, etc.; y 2-) la *ouvrage public*, que es a la vez la causa y el resultado de la operación de trabajo.¹⁸

A su turno, Charles Blaevoet estimaba –al hilo de la jurisprudencia francesa de entonces–, en expreso ejercicio de distinción, que:

(...) *les ouvrages publics son ceux qui sont légalement ou administrativement affectés soit au fonctionnement des services publics, soit à l'usage du public, et que les travaux publics sont les opérations ou ensembles d'opérations qui tendent à la construction, à l'aménagement, à l'entretien ou à la réparation desdits ouvrages. (...)*¹⁹

La relación e identificación en un sentido, de ambas voces (*travail public* y *ouvrage public*), deriva de la conexión que se ha podido establecer entre las realidades materiales y jurídicas que ellas comportan, en tanto en un núcleo importante – aunque no en exclusiva – de lo que se ha venido entendiendo como *travail public* y como *ouvrage public*, el uno es una operación para ejecutar o crear la segunda, y esta es el resultado en el que desemboca el primero. Teniendo una prevalencia el Derecho francés la denominación de *travail public*, en tanto realidad material y jurídica más compleja y amplia que la que tiene la *ouvrage public*.

18. HAURIUO, Maurice, *Précis... op. cit.*, p. 755.

19. BLAEVOET, Charles, "Des atteintes à la propriété privée en raison des travaux publics", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Tome XLVI, XXXVIe année, Paris, Marcel Giard Librairie-Éditeur, 1929, p. 54. Véase también, por ejemplo, las nociones activa y pasiva que en relación con el *travail public* aportaba: CAPITANT, René, *op. cit.*, pp. 510 y 523.

Según esclarecía Josse:

Le travail public aboutit normalement à la construction d'un ouvrage public et c'est la raison pour laquelle la jurisprudence emploie indistinctement ces deux expressions. En réalité, les mots «ouvrage public» ont un sens propre qui définit le résultat normal du travail public. Mais il peut y avoir ouvrage public sans travail public. (...). A l'inverse, il peut y avoir travail public sans ouvrage public. (...).²⁰

Como bien se contiene en las palabras que acabamos de reproducir, se ha llamado la atención, desde el propio Derecho Administrativo francés, sobre el hecho de que esa visión no es del todo exacta, pues, a pesar de que las ideas de *travail public* y *ouvrage public* comportan aspectos en común, no siempre están en correspondencia, debido a que pueden existir *travail public* que no de lugar a una *ouvrage public*, así como una *ouvrage public* que no provenga de un *travail public*. Lo que hace que una y otra figuras tengan identidad propia y autonomía categorial desde el punto de vista jurídico;²¹

Es importante anotar, como se hace en el pensamiento jurídico-administrativo francés, que la noción más estricta o dinámica de *travail public*, se reconoce como una noción más amplia o con implicaciones más abarcadoras y complejas que la noción más estática (*ouvrage public*), por la realidad material que toca: un conjunto de acciones físicas sobre o que dan lugar a un bien inmueble. De ahí la mayor atención que se le hubo de dispensar a esa perspectiva, dentro del universo del *Droit de travaux publics* como subsistema jurídico –en donde se colocan ambas, objetivamente consideradas–, y el predominio del uso de la expresión *travail public* dentro de ese contexto jurídico, aun para abarcar lo que se tiene hoy por *ouvrage public*, llegó en un momento a ser tal, que poco o nada se atendió – científicamente hablando – la otra perspectiva (estática) del fenómeno (la *ouvrage public*).

20. JOSSE, P. L., *op. cit.*, p. 32.

21. Ver, entre otros, a: CAPITANT, René, *op. cit.*, pp 529 y ss.; WALINE, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6e éd., Paris, Librairie duRecueil Sirey (Société Anonyme), 1952, pp. 468 y ss., especialmente p. 472; de LAUBADÈRE, ANDRÉ Y GAUDEMET, Yves, *op. cit.*, pp. 356 y ss.; CHAPUS, René, *op. cit.*, pp. 561 y ss.; PEISER, Gustave, *op. cit.*, pp. 114 y 115; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *op. cit.*, pp. 611 y ss.; GODFRIN, Phillippe y Degoffe, Michel, *op. cit.*, pp. 246 y ss.; AUBY, Jean-Marie/ Bon, Pierre/ Auby, Jean-Bernard et TERNEYRE, Philippe, *op. cit.*, pp. 216 y sigs.; BOUSSARD, Sabine y LE BERRE, CHRISTOPHE, *op. cit.*, p. 255.

En relación con eso, estudiosos franceses del tema han aseverado sobre el término *ouvrage public* que

(...) Toutefois, jusqu'à une époque récente, ce terme ne comportait aucune signification autonome par rapport à la notion de travail public stricto sensu. On y voyait le résultat matériel de l'exécution d'un travail public et les règles juridiques établies à propos de ce dernier paraissaient pouvoir s'étendre sans difficulté à l'ouvrage auquel aboutissait le travail.²²

Lo cual explica que autores como la profesora Morand-Deville, frente a la constatación de ese panorama, hayan podido afirmar que « la *ouvrage public* ha estado largo tiempo absorbida por la noción de *travaux publics*»;²³ o que se le haya endilgado el eslogan de que la *ouvrage public* es «la mal amada del Derecho Administrativo de bienes».²⁴

Ello no sólo se manifestó en el Derecho francés, sino que se proyectó más allá de esas fronteras, en ordenamientos europeos y latinoamericanos. De esa forma, se privilegió, o se puso el acento, prácticamente en exclusiva, en la idea de *trabajo público* u *obra pública* como una actividad, invisibilizándose en gran medida el lado estático o de resultado, incluso a efectos de los estudios teórico-prácticos alrededor de las cuestiones del *Derecho de los trabajos públicos* o *Derecho de las obras públicas*.²⁵

En relación con lo dicho, en el Derecho cubano, uno de sus principales exponentes en la primera mitad del siglo XX, explicaba en sus clases:

*La Obra Pública es toda operación material realizada por una persona o entidad administrativa –el Estado, la Provincia o el Municipio– o por particulares en relación con dicha entidad debidamente autorizados por el Poder Público con un fin de interés colectivo y con cargo al Presupuesto correspondiente.*²⁶

22. AUBY, Jean-Marie/ Bon, Pierre/ AUBY, Jean-Bernard y TERNEYRE, Philippe, *op. cit.*, p. 212.

23. MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *op. cit.*, p. 611.

24. PETIT Y EVEILLARD, *L'ouvrage public*, LexisNexis, Paris, 2009, p. XI; citado por Foulquier, Norbert, *op. cit.*, p. 513.

25. Véase, por ejemplo, el tratamiento que sobre los *travaux publics* desplegaron en el Derecho francés autores como: BONNARD, Roger, *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Société Anonyme du Recueil Sirey, Paris, 1926, pp. 308 y ss.; Rolland, Louis, *op. cit.*, pp. 547 y ss.; DUEZ, Paul y DEBEYRE, Guy, *op. cit.*, pp. 914; PRIEUX, Henri, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

26. NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo R., *Tratado de Derecho Administrativo*, Con arreglo al Programa del Profesor de

Dentro del área iberoamericana, en lo que puede leerse como la recepción, en diverso grado, de la influencia francesa al respecto, hay algún que otro autor – sobre todo entre los de cierta antigüedad ya, especialmente de fines del siglo XIX y principios del XX – que, en menor medida, ha identificado expresamente el uso de las locuciones *obra pública* y *trabajo público*, reconociendo sinonimia entre ellas;²⁷ incluso prefiriendo o asumiendo el uso de la segunda por sobre la primera.

Por ejemplo, escribía Varela – en clara identificación de ambas voces – que: “Nuestra legislación se ha referido repetidas veces á las *obras ó trabajos públicos*, pero hasta ahora nos ha dicho ni Hernández Cartaya, t. II, 13cional Dr. Enrique ed., Habana, Imprenta J. Hernández Lapido, 1926, pp. 233 y 234. (La cursiva es del original). era explicado en forma alguna lo que por tales entiende, ni en qué se distinguen de las obras de carácter privado ó de derecho común.”²⁸

Para luego definir:“(...) son obras ó trabajos públicos las construcciones destinadas á los diferentes servicios que la Administración tiene á su cargo, y las de uso y aprovechamiento general que se ejecutan por la iniciativa ó con la autorización y bajo la especial vigilancia de la autoridad pública.”²⁹

En la línea de identificación, se movió también el chileno Amunátegui Rivera (con referencia al italiano Gianquinto), al acuñar: “La designación de *obras públicas* o *trabajos públicos* se aplica a todos aquellos que tienen por objeto la utilidad

la Asignatura en la Universidad Nacional Dr. Enrique Hernández Cartaya, t. II, 13era ed., Habana, Imprenta J. Hernández Lapido, 1926, pp. 233 y 234. (La cursiva es del original).

27. MARIENHOFF, recordaba refiriendo a otro autor argentino, Homero C. Bibiloni (*Legislación de obras públicas. Anteproyecto de Código y consolidación metodizada del derecho vigente en la Provincia de Buenos Aires (Rep. Argentina)*, La Plata, 1958, p. 10), que “(...) con acierto se ha dicho que en nuestro idioma al expresión “*trabajos públicos*” aparece como sinonimia de la locución “*obras públicas*””; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, p. 507. En talante más actual, la profesora uruguaya Cristina VÁZQUEZ estimaba “(...) necesario señalar que –tal como surge del Diccionario de la Real Academia Española– tanto la voz “*trabajo*” como la voz “*obra*” designan a la cosa hecha o producida, pero también a la actividad que requiere la ejecución de una cosa. En consecuencia, resulta correcto –desde el punto de vista del lenguaje– el empleo de cualquiera de ambas expresiones para aludir a la operación o a su resultado.”; y a renglón seguido puntualizaba: “Consideramos procedente la distinción conceptual entre ambos, ya que responden a ontologías diversas. Sin perjuicio de ello, convendremos en utilizar la expresión “*obra pública*” para referir tanto a la cosa producida (noción pasiva), en virtud de que tal expresión –aunque anfibológica– es la habitualmente empleada en el Derecho positivo y por la mayoría de la doctrina.”; VÁZQUEZ, Cristina, *Contratación de obra pública*, Editorial Amalio M. Fernández, Montevideo, 2011, p. 30.

28. VARELA, Luis, *op. cit.*, p. 73. Véase cómo se expresaba luego en su análisis de lo que catalogaba como: “Concepto y división de los trabajos públicos”, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

29. VARELA, Luis, *op. cit.*, p. 77.

pública, un fin de utilidad material, común a todos, sin que se tome nota de quien los ejecuta.”³⁰

A su turno, José Canasi, examinando previamente las distinciones doctrinales entre obra pública y trabajo público, se decantaba por una definición de obra pública en los siguientes términos: “(...) puede definirse la obra pública como toda obra o trabajo público realizado por la administración pública, directa o indirectamente, con un fin público o de utilidad pública.”³¹

En contraste con esta orientación ilustrada, también en la literatura jurídica iberoamericana hay otros estudiosos que han recogido directamente la distinción entre *trabajo público* y *obra pública*, ya con referencia o sin ella a los postulados al respecto de la doctrina francesa.³²

En esa orientación, Cretella Júnior es de los que ha observado que: “É evidente que *obra* não se confunde com *trabalho*, do mesmo modo que *criatura* não se confunde com *operação dinâmica criadora*, pois ao passo que a primeira é o resultado final a que conduz o segundo, êste último – o *trabalho* – é a *atividade que converge para um momento preciso*, o instante final de concretização da obra.”³³

Por su parte, el argentino Rodolfo Carlos Barra acotaba que la doctrina distingue dos conceptos: el *trabajo público* y la *obra pública*;³⁴ para luego indicar:

30. AMUNÁTEGUI RIVERA, J. Domingo, *Resumen de Derecho Administrativo aplicado a la legislación de Chile*, Imprenta y Litografía «La Razón», Montevideo, 1900, p. 384.

31. CANASI, José, *Derecho Administrativo*, vol. II, *Parte especial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1974, p. 619.

32. Ver, por ejemplo, a: BULLRICH, Rodolfo, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Editor Biblioteca Jurídica Argentina, 1932, pp. 232 y 233; RIEFFOLO BESSONE, José F., *Contrato de obra pública*, Buenos Aires, Librería “El Ateneo” Editorial, 1946, pp. 40 y ss.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 2da ed. puesta al día por Daniel H. Martins, Impresa en los Talleres Gráficos, Barreiro y Ramos, Montevideo, 1972, pp. 86 y 87; MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, pp. 507 y 508; CRETELLA JÚNIOR, José, *op. cit.*, pp. 88 y 89; GORDILLO, Agustín, “Capítulo III. Obra pública y contrato de obra pública”, en A.A.VV., *Contratos administrativos. Régimen de pago y actualización*, t. II, Reimpresión, Asociación Argentina de Derecho Administrativo (A.A.D.A.), Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1982, p. 45 (la versión original de este trabajo se publicó en *Ressegna dei lavori pubblici*, núm. 5, mayo, 1964, Roma); BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, t. 1, *Parte general. Consorcios. Concesión de obra pública*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1984, pp. 64 y sigs.; VÁZQUEZ, Cristina, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

33. CRETELLA JÚNIOR, José, *op. cit.*, p. 88.

34. BARRA, Rodolfo Carlos, *ob. cit.*, p. 64. Unas líneas después (pp. 65 y 66) BARRA añadía: “Para destacar la diferencia entre las dos nociones –trabajo público y obra pública– puede señalarse, siguiendo a Roehrsen, que el trabajo público puede no crear una *res nova*, sino sólo conservar o modificar una obra pública ya existente. Por ello el “trabajo público” es una noción de contenido más vasto que la de “obra pública”, de tal manera que puede afirmarse que el primero es el concepto principal, el que *jurídicamente determina el contrato*, que, teniendo como contenido u objeto la ejecución de un trabajo público, será contrato de obra pública, en el

“De tal manera es posible definir la obra pública como el *resultado corporal de un proceso de fabricación, instalación, montaje, construcción o elaboración física intelectual, solventado directa o indirectamente con fondos públicos o afectados a la disposición de un ente público, destinada a servir directa o indirectamente a un cometido público y cuya ejecución es de competencia de un ente público.*”

Dado que la obra pública es el objeto del trabajo público, este último será el *procedimiento técnico y jurídico destinado a la obtención de una obra pública.*”³⁵

Además de los matices señalados, ya asimilando obra pública y trabajo público, ya distinguiendo entre ambos propiamente, no ha faltado quien, a tenor de la dualidad de nociones que puede implicar la idea de obra pública, acogen la identificación de obra pública y trabajo público bajo una de las acepciones que jurídicamente se le asigna a dicha obra, esto es, en su vertiente más dinámica o como actividad.

En razón de la anterior, podemos traer a colación al cubano Antonio Lancís y Sánchez, cuando explicaba: “Las obras públicas tienen un doble aspecto según se contraiga a las propiamente denominadas así, como a las que, en el campo doctrinal, se denominan trabajos públicos.”³⁶

De igual modo, podemos recordar a Roberto Dromi (también argentino) cuando estampaba:

“La denominación *trabajo público* puede referirse a la obra pública, en tanto ésta supone una actividad encaminada a un resultado final: la obra que realiza un órgano público, estatal o no.

En nuestro ordenamiento puede considerarse que hay una identificación entre obra y trabajo público. Sin embargo, puede ocurrir que el *trabajo* sea realizado por una entidad privada, por lo cual no podría, en principio, calificársele de público, aunque sí luego si se produce el traslado a la órbita del Estado o se lo

sentido jurídico del término, aunque no concluya en una obra pública propiamente dicha.”

35. BARRA, Rodolfo Carlos, *op. cit.*, p. 67.

36. LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *op. cit.*, p. 449.

afecta al cumplimiento de un fin de utilidad general. Ahora bien, si el *trabajo* fuera ejecutado por un ente *público no estatal*, podría, desde el punto de vista orgánico o subjetivo, adjetivárselo de público.”³⁷

En definitiva, y al amparo de las particularidades que acompañan nuestro idioma (castellano), y además el portugués, la expresión que ha tenido carta de naturaleza en el aparato técnico-jurídico (legislación, jurisprudencia y doctrina) de nuestro ambiente cultural, es la de *obra pública*. La cual ha operado, como recurso lingüístico, en una línea de correspondencia o semejanza a lo que en el Derecho Administrativo francés ha sido la de *travail public*.

Así, en los usos del lenguaje en español, la dualidad de enfoques de la noción de *obra pública*, es el resultado de la dualidad de perspectivas que encierra el vocablo *obra*;³⁸ el cual puede ser tenido como una actividad en función de generar un resultado, cuanto el resultado mismo de una actividad.³⁹

De tal suerte, la noción de *obra pública* es alcanzada por un doble sentido bajo el que puede enfocarse: un sentido dinámico, activo, material, funcional, de actividad, de ejecución o estricto y otro estático, pasivo, de resultado, producto, cosa o bien resultante.⁴⁰

Ilustrativo de lo anterior resulta lo expuesto por el maestro uruguayo Sayagués Laso, al precisar:

37. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 12a ed., Buenos Aires- Madrid-México, Ciudad Argentina, Hispania Libros, 2009, pp. 581 y 582.

38. Con cierto grado de particularidad en sus planteamientos de mostraba Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cuando en su clásico trabajo sobre las obras públicas discurría: “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*. 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 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.”; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, pp. 2447 y 2448.

39. Según comentaba BERNAL BLAY, en relación con el caso de España: “(...) una de las particularidades del Derecho español es que en el mismo se utiliza idéntico vocablo, «obra», para referirse a las dos vertientes antes apuntadas, la estática y la dinámica. (...)”. BERNAL BLAY, Miguel Ángel, *El contrato de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, Civitas, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 175 y 176.

40. En un conocido trabajo, Agustín GORDILLO identificaba que: “La locución “obra pública” no es empleada con un significado único: la simplificación del lenguaje ha hecho que se designe con tal nombre a dos conceptos jurídicos que, si bien están relacionados en alguna medida, tiene sin embargo fundamentales diferencias entre sí.” GORDILLO, Agustín, *op. cit.*, p. 45.

La expresión “obra pública” se utiliza con dos significados diferentes que suelen confundirse y es necesario distinguir. En un primer sentido indica ciertos trabajos sobre bienes inmuebles que la administración ejecuta o que se realizan por su cuenta; en un segundo sentido alude al *resultado* obtenido, es decir, la obra pública construida.

En la primera acepción puede definirse como todo trabajo o labor de construcción, modificación, reparación o mantenimiento de un bien inmueble, realizada por una entidad estatal o por su cuenta, en cumplimiento de sus fines propios.

En la segunda acepción, obras públicas son todas las obras de naturaleza inmueble construidas por una entidad estatal o por su cuenta, en cumplimiento de sus fines propios.

Como es fácil percibir, hay estrecha correlación entre ambos conceptos; pero no coincidencia total, de modo que pudieran confundirse.⁴¹

También puede invocarse aquí al brasileño Cretella Júnior, cuando sostuvo: “Assim, num primeiro sentido, obra pública é toda atividade ou operação sobre bem imóvel; num segundo sentido, é o próprio resultado final atingido, o seja, a metamorfose exercida sobre o imóvel, acrescentando-lhe algo ou alterando-lhe a primitiva fisionomia.”⁴²

Entre los estudiosos españoles tampoco se han dejado de destacar

(...) las dos perspectivas desde las que cabe observar la noción de obra pública, perspectivas que lucen ya en las definiciones recogidas por nuestra legislación decimonónica citada. De una parte, como actividad de ejecución. Así se desprende de la Instrucción de 1845, a tenor de la cual «se consideran obras públicas (...)

41. SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, pp. 86 y 87. Otro uruguayo, Carlos DELPIAZZO, señalaba que: “Doctrinariamente, suele diferenciarse entre una noción pasiva y una noción activa de obra pública. La primera de ellas refiere a la cosa producida y la segunda alude a la labor que requiere la ejecución de la obra pública.”; DELPIAZZO, Carlos E., *Contratación Administrativa*, 2da ed., Montevideo, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, 2004, p. 267. Véase lo que concluía: VÁZQUEZ, Cristina, *op. cit.*, p. 30. También, el criterio que fijaba: Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V, 2da edición actualizada y ampliada, Thomson Reuters, La Ley S.A.E. e I., Buenos Aires, 2015, pp. 17 y 18.

42. CRETILLA JÚNIOR, José, *op. cit.*, p. 88.328

cualesquiera (...) construcciones que se ejecuten para satisfacer objetivos de necesidad o conveniencia general»; de otra parte, como resultado. Así se recoge en el artículo 1 de la Ley de Obras

Públicas cuando establece que «se entiende por obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento».⁴³

Ahora bien, más allá del reconocimiento que puede ubicarse en la doctrina mayoritaria del hecho que a la noción jurídica de obra pública le acompaña una doble perspectiva, no puede pasar por alto la circunstancia de que, al tiempo de fijar esa noción, hay autores que se decantan por una u otra perspectiva. Por lo que enfocan la noción, particularmente, ya desde la dimensión de actividad, ya desde la dimensión de resultado (cosa o bien).

Esto es algo que para nada resulta infrecuente cuando se recorre la literatura jurídico-administrativa, especialmente la iberoamericana. Por supuesto, ello tiene que ver también con las características de los diversos ordenamientos jurídicos en que ello se presenta, así como las tendencias o preferencias de la legislación y la jurisprudencia que en ellos han tenido lugar.

Así las cosas, puede traerse a colación un grupo de autores que han establecido la noción de obra pública privilegiando en ella el sentido más dinámico o de actividad.

Para Marcello Caetano: “(...) são obras públicas, os trabalhos de construção, grande reparação e adaptação de bens imóveis feitos total ou parcialmente por conta da Administração para fins de utilidade pública.”⁴⁴

Según Bielsa: “En sentido lato, es obra pública toda construcción integral, y reparación realizada sea por la Administración pública, sea por concesionarios,

43. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Pablo y FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, *op. cit.*, pp. 40 y 41. Asimismo, advirtiendo la doble perspectiva de la noción de obra pública, entre otros, dentro del Derecho español: CARRETERO PÉREZ, Adolfo, *ob. cit.*, pp. 396 y 397; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *op. cit.*, pp. 88 y ss.; y BERNAL BLAY, Miguel Ángel, *op. cit.*, pp. 174 y ss.

44. CAETANO, Marcello, *op. cit.*, p. 627. En el sentir de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Considera-se obra pública a alteração física introduzida pelo trabalho humano, destinada a satisfazer de modo mediato, certos fins de interesse público. Além dessa acepção, de atividade, existe, ainda, a de resultado de atividade.”; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, 16ª edição revista e atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 495.

sobre cosas (inmuebles o muebles) directa o indirectamente afectadas al uso público.”⁴⁵

Desde el Derecho brasileño, Celso Antônio Bandeira de Mello ha entendido que: “*Obra pública (...) é a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público. (...)*.”⁴⁶

Según el parecer del chileno Patricio Alwyn: “Generalmente se llama obra pública a cualquier trabajo o construcción de naturaleza inmueble que depende del Estado y se ejecuta con un fin público”⁴⁷

Finalmente, en el Derecho mexicano, Alfonso Nava Negrete ha referido que: “Entendemos por obra pública la acción, el servicio o el trabajo que decide llevar a cabo el Estado sobre bienes muebles o inmuebles, a fin de satisfacer necesidades públicas.”⁴⁸

Frente a autores como los anteriormente ilustrados, que han privilegiado en su noción de obra pública el lado de la actividad, hay otro segmento de estudiosos que han privilegiado el lado estático o de resultado (cosa o bien) en dicha noción.

45. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. II, 5ta ed., Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, p. 349. Algo más adelante, el propio BIELSA (p. 350) escribía que: “En nuestro concepto es obra pública la que realiza el Estado (Nación, provincia o comuna) para la utilidad general, o sea, afectada al uso directo o indirecto de la colectividad. (...)”.

46. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 29ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011, Malheiro Editores Ltda., São Paulo, 2012, p. 711. También, Hely LOPES MEIRELLES, ha concluido que *obra pública “(...) em sentido administrativo, é toda realização material a cargo da Administração ou de seus delegados.”*; LOPES MEIRELLES, Hely, *Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª edição atualizada por EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, DÉLCIO BALESTERO ALEIXO E JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO, MALHEIROS Editores L.T.D.A., São Paulo, 2003, p. 247.

47. ALWYN A., Patricio, *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1952, p. 238. Por su lado, el ecuatoriano GRANJA GALINDO ha entendido que obra pública: “(...) consiste en aquel trabajo o construcción que se ejecuta sobre bienes muebles, inmuebles o servicios industriales, por parte de la Administración o de un particular, para el provecho de la colectividad. (...)”; GRANJA GALINDO, Nicolás, *Fundamentos de Derecho Administrativo, Reimpresión de la 5a ed.*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011, p. 358.

48. NAVA NEGRETE, Alfonso, “Derecho de las obras públicas en México”, en NAVA NEGRETE, Alfonso, *Estudios Administrativos*, México, IJ-UNAM, 2011, p. 383 (este trabajo se publicó originalmente en el volumen II del libro *Actualidad y perspectiva del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, Madrid, Editorial Complutense, 1992); igualmente en: NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho Administrativo mexicano*, 3a ed., corregida y aumentada, México, FCE, 2007, p. 588. El profesor mexicano aclaraba también: “Es conveniente precisar que la obra pública lo es en tanto el servicio o el trabajo en que consiste se está realizando, pero una vez concluido el servicio o el trabajo concluye también la obra pública, y el bien al cual se aplicó la obra entra a formar parte del patrimonio del gobierno y continúa en él según sea la clase de obra realizada. Por definición, obra pública es ante todo un servicio o un trabajo que no debe identificarse y confundirse con el bien mueble o inmueble que se aplica, Es común calificar de obra pública a una presa, a un puente o a una carretera, es correcto hacerlo si sucede en el trayecto en que tales “obras” se están realizando, pero si ya se terminaron, dejan de serlo. Una vez concluida la obra, el bien construido se incorpora a los bienes del Estado o al servicio de la colectividad”; NAVA NEGRETE, Alfonso, “Derecho de las obras públicas...”, *op. cit.*, p. 383 y 384.

Este último enfoque, por ejemplo, es frecuente encontrarlo entre autores argentinos, entre los cuales puede evocarse al maestro Marienhoff, quien se preguntaba en carácter de precisión: “¿Qué ha de entenderse, pues, por obra pública? Por tal ha de entenderse *el bien construido o realizado por el Estado, directa o indirectamente*.”⁴⁹

En la definición de otro argentino, Fernando F. Mó, obra pública: “Es una cosa mueble o inmueble cuya construcción integral o reparación está destinada a la utilidad común directa o indirectamente, perteneciendo su titularidad al Estado nacional, provincial, municipal o entidad descentralizada (puede ser incorporal).”⁵⁰

En palabras del mexicano Serra Rojas: “La obra pública es una cosa hecha o producida por el Estado o a su nombre, sobre un inmueble determinado con un propósito de interés general y se destina al uso público, a un servicio público o a cualquier finalidad de beneficio general.”⁵¹

En resumidas cuentas, lo importante que debe retenerse de este acápite, después de todo es, como tantas veces se ha mencionado, el hecho de que la noción de *obra pública* trasunta en sí dos sentidos o significados, estableciendo dos perspectivas: la de una actuación en función de un resultado, y la de un resultado o producto, cosa o bien que, ciertamente, puede o no derivar de esa actuación.

Como nos recordaran de Laubarède y Gaudemet, la teoría jurídica de la obra pública (o del trabajo público), tanto en uno como otro sentido, es generalmente presentada bajo la forma de una sólo teoría: la de de las obras públicas (o de los trabajos públicos, en el lenguaje francés). Y –agregamos nosotros– el régimen

49. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, p. 506. Años antes, consignaba Rieffolo Bessone que “(...) son obras públicas las construidas con fondos del Estado y destinadas a la utilidad pública.”; Rieffolo Bessone, José F., *op. cit.*, p. 36.

50. MÓ, Fernando F., *Régimen legal de las obras públicas. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia*, 2a ed. actualizada y aumentada, Reimpresión inalterada, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, p. 15. Ver cómo se manifestaba: Gordillo, Agustín, *op. cit.*, pp. 46 y 47. Ya dijimos que para BARRA: “(...) es posible definir la obra pública como el resultado corporal de un proceso de fabricación, instalación, montaje, construcción o elaboración física intelectual, solventado directa o indirectamente con fondos públicos o afectados a la disposición de un ente público, destinada a servir directa o indirectamente aun cometido público y cuya ejecución es de competencia de un ente público.”; BARRA, Rodolfo Carlos, *op. cit.*, p. 67. Por su lado, DROMI trazaba a la obra pública como “(...) un bien (cosa mueble o inmueble y objetos inmateriales) que pertenece a una entidad pública, estatal o no estatal, y tiene por finalidad satisfacer un interés colectivo general; DROMI, Roberto, *op. cit.*, p. 582.

51. SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo. Segundo curso*, 24a ed. corregida y aumentada por Andrés SERRA ROJAS BELTRI, México, Porrúa, 2006, p. 662.

jurídico de una y otra perspectiva de la obra pública (o del trabajo público), caen dentro de un régimen jurídico mayor: el *Derecho de las obras públicas* (o Derecho de los trabajos públicos). Agregaban de Laubarède y Gaudemet que la simplificación del vocabulario y esa puesta en común de esas dos teorías no era injustificada, pues las reglas que forman el régimen jurídico de la obra pública (trabajo público) se aplican, muy generalmente, a una y otra de las dos nociones indiferentemente.⁵²

Las palabras anteriores nos conducen a considerar otra cuestión que creemos no puede quedarse fuera, y tiene que ver, a partir de la dualidad de la noción de obra pública, con la relación que puede establecerse entre ambos sentidos o nociones en sentido estricto. Este tema tampoco ha sido pacífico entre los estudiosos, en tanto aquí se proyecta más de una línea de pensamiento, ya estableciendo una correlación directa entre ambas nociones (obra pública –*travail public*– como trabajo público o actividad y como –*ouvrage public*– resultado, cosa o bien), ya resolviéndose por la autonomía o independencia entre ambas, ya en una posición más relativa.

Dentro de la primera vertiente mencionada, podemos recordar los postulados de Maurice Hauriou, quien sentenció que «la *ouvrage public* era a la vez la causa y el resultado de la operación de *travaux*».⁵³ Acotando algo más adelante: “*Mais, si, pour la commodité de l'exposition, les deux éléments de l'opération et de l'ouvrage peuvent être séparés, il ne faut pas oublier cependant qu'ils font partie d'une même matière, les travaux publics, et que toute cette matière donne lieu à un contentieux global, (...).*”⁵⁴

Con una posición en otro extremo, el francés René Capitant defendió fervorosamente la «independencia de las dos nociones de *travail public*» entre sí. En sus palabras:

Non seulement ces deux notions son distinctes, come nous l'avons montré, mais elles sont indépendantes. Elles ne sont pas liées l'une à l'autre, comme on l'affirme souvent,

52. DE LAUBADÈRE, André y Gaudemet, Yves, *op. cit.*, p. 340.333

53. HAURIU, Maurice, *Précis...*, *op. cit.*, p. 755.

54. *Idem.*

par un lien de cause à effet. «L'ouvrage public, dit M. Hauriou, est à la fois la cause et le résultat de l'opération de travaux publics». C'est-à-dire qu'un ouvrage public serait toujours le résultat d'un travail public, et que réciproquement tout travail public consisterait dans la construction d'un ouvrage public. Un tel lien, s'il existait, aurait évidemment pour effet de retirer de son importance à la distinction. Celle-ci perdrait beaucoup de sa portée pratique. Puisque les deux notions iraient toujours de concert, la confusion entre elles apparaîtrait presque légitime.⁵⁵

A renglón seguido, este francés concluía que en realidad ese vínculo, tal como lo describía, entre *travail public* y *ouvrage public* no existe, y la distinción entre ellos conserva toda su importancia.⁵⁶

A pesar del reconocimiento que se le ha otorgado al trabajo de *Capitant* (fechado nueve décadas atrás) en el que esbozó las ideas anteriores, la doctrina francesa ha reaccionado contra una posición de ese tipo, que carga en sí con cierto radicalismo o absolutismo, tratando de trazar un camino más matizado o relativizado en esto, en tanto no fija una total independencia entre ellas, sino que apunta sí a la cierta autonomía de ambas y reconoce los acercamientos y distanciamientos que se dan entre esas nociones y el régimen jurídico que se les aplica.

Para Pierre Subra de Bieusses, el análisis de *Capitant* era discutible, argumentado que:

Rattacher l'ouvrage public au concept général de travail public conduit à trop laisser dans l'ombre ses rapports, pourtant étroits, avec la notion de domaine public et à négliger qu'opération de travail public et ouvrage public ne coïncident pas de façon nécessaire. (...). Cela étant, si les deux notions sont autonomes, il est vrai qu'existent des similitudes (caractère immobilier, nécessité d'un aménagement), que l'ouvrage public est fréquemment issu d'un travail public, que les dommages résultant de l'exécution d'un travail public ou d'un ouvrage public relèvent de règles de responsabilité semblables.⁵⁷

55. CAPITANT, René, *op. cit.*, p. 529.

56. *Idem.*334

57. SUBRA DE BIEUSSES, Pierre, "Les travaux publics", en MOREAU, Jacques (sous la direction), *Droit public*, Tome 2, *Droit administratif*, 3e éd., Paris, Collection Collectivités Territoriales, Centre National de la Fonction Publique Territoriale (CNFPT), Ed. Economica, 1995, p. 1039.

En las conclusiones de Subra de Bieusses, la noción de *travail public* admite en realidad dos definiciones, que no son enteramente independientes, teniendo diferencias entre sí, pero también elementos comunes.⁵⁸

Un cierto reparo también a la operatividad absoluta de la distinción entre las dos nociones de obra pública, se anunciaba en las palabras del profesor español Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, al precisar:

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.⁵⁹

Más allá de la constatación de la doble orientación con la que se reviste la noción de *obra pública*, y de que existe una conciencia de la autonomía categorial con que puede recubrirse jurídicamente cada uno de esos sentidos, en la relación del uno con el otro; lo cierto es también que ambos sentidos de esa noción involucran una realidad –la de la *obra pública* como fenómeno real– que, en su concreción más típica –aunque no siempre es así, como se ha adelantado ya–, pueden encontrarse o mostrarse en una solución de continuidad o en un grado de correspondencia que tributan a la unidad de sustancia de un proceso de actuación del hombre, que el Derecho debe captar tanto al tiempo de ordenarla y de regir su realización, cuanto de comprenderla. Por lo tanto, a pesar de las peculiaridades que pueden establecerse entre ambos sentidos de la noción de obra pública, si bien sabemos ya que no puede darse un grado de correspondencia absoluta entre ellas, tampoco los dos enfoques deben entenderse aislados entre sí, o absolutamente independientes entre ellos, sino que su interconexión debe ser tomada en cuenta a los fines de proveer una visión adecuada de la realidad que a través de ella se quiere enunciar; con las consiguientes adecuaciones y relativizaciones

58. SUBRA DE BIEUSSES, Pierre, *op. cit.*, p. 1040.

59. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 2448. Asimismo, PABLO MENÉNDEZ y RAFAEL FERNÁNDEZ Acevedo, *op. cit.*, p. 43, apreciaban: “Con todo, si bien la distinción de estos dos momentos, el de la ejecución y el del resultado, puede ayudar a comprender mejor la institución, no puede olvidarse que forman parte del mismo concepto, y que dicha distinción «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.»”.

derivadas de las necesidades que impone la ordenación y realización jurídicas de la satisfacción de los intereses generales.

La mirada a la doble perspectiva de la noción de obra pública no resulta algo intrascendente, no sólo porque es un hecho el uso jurídico de la misma; sin porque esa dualidad tiene evidentes connotaciones prácticas.

Ciertamente, la simplificación del lenguaje que implica una noción (en este caso que nos ocupa, la de obra pública) con dos significados y alcances jurídicamente trascendentes, relacionados pero no confundidos entre sí, denota que en el uso de esa noción no deben perderse uno y otro, sino contextualizarse la noción en cuestión según el sentido que corresponda, de conformidad con la realidad a que se refiera.

Piénsese, como se ha reconocido en la doctrina, que ambas salidas de la noción de obra pública, fijan realidades y fenómenos jurídicos con cierta autonomía e identidad si se contrastan entre ellas. Con todo y que su universo jurídico puede reconducirse al espacio jurídico mayor que representa la realización o ejecución y explotación de obras públicas y que el régimen jurídico aplicable a una y otra noción de obra pública tienen elementos comunes.

Por lo tanto, la mirada dual a la idea de obra pública implica y reconoce las peculiaridades e identidad de ambas situaciones que señala, en tanto se refieren a objetos distintos (una a operaciones de naturaleza constructiva, otra a una cosa o bien resultante). Así como que a los efectos del Derecho, de los fines de ordenación y tutela jurídica de realidades y relaciones jurídicas, es necesario establecer y respaldar esa distinción, objetivamente considerada.

II. SOBRE LOS ELEMENTOS DETERMINANTES DE LA NOCIÓN JURÍDICA DE OBRA PÚBLICA

Dentro de lo que puede llamarse el proceso de construcción de la noción jurídica de obra pública, además de su dualidad o doble perspectiva –que dejaremos por un momento un lado, pero no olvidaremos–, los autores y la jurisprudencia, especialmente, en diversos ordenamientos jurídicos, han manejado varios elementos para caracterizar o determinar esa noción.

Efectivamente, al igual que ha ocurrido con otras nociones fundamentales que ha residenciado el Derecho Administrativo, la de obra pública –en cualquiera de sus dos vertientes– ha estado sometida a un *íter* evolutivo en el que, en cuanto realidad jurídica objetiva y enunciación teórica y jurisprudencia, se han utilizado, a propósito de su planteamiento como noción, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, y hasta normativo, diversos elementos para establecerla o caracterizarla; así como para determinar su alcance y operatividad jurídica. Lo cual nos señalada, otra vez, que no ha sido esa una noción jurídica –en ninguno de sus dos enfoques– petrificada, inmutable, carente de controversias y matices alrededor de su configuración esencial, ni alejada de la complejidad que planea y subyace en torno a muchas de las nociones fundamentales del universo *iusadministrativo*. Sin dudas, ha sido esta una noción jurídica que ha ido evolucionado al socaire de las circunstancias de la realidad y del Derecho mismo, al menos en los últimos doscientos años.

Mirando la evolución jurídica de la idea de *travaux publics*, y convocando varias de la definiciones al respecto dadas por destacados autores franceses decimonónicos, Maurice Hauriou observaba, en uno de sus comentarios jurisprudenciales, que “Dans une première période, dans l’expression travaux publics, il semble qu’on se soit préoccupé uniquement de définir le mot publics sans s’attacher au sens du mot travaux. (...)”.⁶⁰

Ello da la medida también de que el contexto general que subyace como trasfondo del panorama conceptual en torno a la obra pública, está marcado por el desarrollo científico del Derecho Administrativo en sus diferentes momentos históricos. Eso significa que, según sea el momento en el que se haga un planteamiento conceptual de la idea, podamos encontrar allí algunas peculiaridades que van a animar a la noción de *obra pública*, en comparación con etapas posteriores.

Todo lo afirmado en los párrafos iniciales de este epígrafe, es fácil constatarlo si volvemos sobre muchas –o todas– las definiciones de obra pública (en una u otra de su doble perspectiva) que hemos ido reproduciendo o refiriendo en acápite

60. En su nota al *affaire Espitalier*, de 10 de noviembre de 1900, del Tribunal de Conflicto francés, HAURIOU, Maurice, *La Jurisprudence Administrative...*, Tome III, *op. cit.*, p. 374.

anteriores; incluso, si salimos de ese marco referencial y vemos otros conceptos que aquí no hemos querido –o podido– convocar.

Del repaso de las nociones de obra pública que pueden encontrarse, en cualquier espacio jurídico, con cualquier alcance, deriva una primera percepción al respecto que tiene que ver con los elementos que son manejados por los autores como condicionantes para asentar esa definición.

En este sentido, pueden tenerse nociones de obra pública que hacen descansar su trazado jurídico en una única condición esencial: ya sea esta de carácter subjetivo (el sujeto que las realiza) ya de carácter finalístico (el fin para el cual se realizan). Por lo que resultan nociones más simples en su composición, en tanto convocan en ella sólo un aspecto como caracterizador jurídico de la obra pública.

En contraste con soluciones de ese tipo, se alzan otras nociones de obra pública que integran en sí más de una condición esencial como determinantes de la misma, ya con prevalencia o sin ella de alguna de esas condiciones. Por lo que –mirando a aquellas otras nociones de que hablamos en el párrafo anterior– devienen en nociones estructuralmente más complejas.

Por ejemplo, dentro del Derecho francés, en particular sobre los *travaux publics*, a partir de lo consagrado por la jurisprudencia, las definiciones que han dominado el siglo XX allí, son expresión de lo anterior.

En razón de las conclusiones del comisario de gobierno Cornielle al *arrêt Commune de Monségur*, del Consejo de Estado de 10 de junio de 1921, *travail public* vino a ser (en una noción clásica dentro del Derecho Administrativo de Francia) “(...) *tout travail ayant une destination d'utilité générale, exécuté pour le compte d'une personne morale administrative*”.⁶¹

61. CORNIELLE, Louis, “Conclusions Cornielle sur CE 10 juin 1921, *Commune de Monségur*”, en de GAUDEMAR, HERVÉ y MONGON, David, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. 1, 1831-1940, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2015, p. 666. Véase también: Long, Marceau/ WEIL, Prosper/ BRAIBANT, Guy/ DELVOLVÉ, Pierre y GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21e éd., Éditions Dalloz, Paris, 2017, p. 219. Sobre la base de un pronunciamiento de este tipo, un autor como André Bosc, escribía que para que hubiera trabajo público propiamente dicho, de conformidad con la jurisprudencia, había que reunir dos condiciones: la ejecución de un trabajo por cuenta de una persona pública y una obra afectada a la utilidad general; Bosc, André, “Nature juridique des concessions de force hydraulique de la loi du 16 octobre 1919”, Nota de jurisprudencia al *arrêt de Sigalas* del Consejo de Estado de 15 de junio de 1928, en *Revue de Droit Public et de*

Años después, el Tribunal de Conflictos francés, en el *arrêt Effimieff*, de 28 de marzo de 1955, ajusta o complementa extensivamente la visión anterior de lo que es *travaux publics*, a propósito de trabajos de reconstrucción inmobiliaria realizados por las *associations syndicales de reconstruction*, al considerar – tal como se ha resumido en una obra de referencia⁶² –, que el legislador había atribuido a esas asociaciones el carácter de establecimientos públicos, habiendo así manifestado su intención de asignarles una «misión de servicio público», para «fines de interés nacional», y de someterles, en consecuencia, a «las reglas de derecho público correspondientes a esta misión». De lo cual dedujo que esos *travaux*, cualquiera que fuera el destinatario, eran *travaux publics*. Poco después, el Consejo de Estado francés, en el *arrêt Grimouard*, de 20 de abril de 1956, reafirmó la línea de ajuste de la noción que nos ocupa.⁶³

En definitiva, han sido diversos los elementos caracterizadores que se han planteado para diseñar o determinar jurídicamente –en cualquiera de los grados de complejidad de ese diseño– lo que debe entenderse por obra pública. Apuntalándose algunos en el tiempo y con los contextos, abandonándose otros.

Por lo pronto –y para no seguir dilatando aún más estas líneas–, si hemos de aportar un catálogo de esos elementos caracterizadores –sin entrar en otras precisiones– podemos decir que, con mayor o menor frecuencia, ya alegándose en exclusiva, ya combinándose entre sí en grado diverso, en la literatura jurídico-administrativa se han manejado los siguientes para decir cuándo estamos frente a una obra pública:

- las de titularidad del Estado u otro ente público u organismo administrativo;
- las que están a cargo del Estado u otro ente público u organismo administrativo;
- las que dependen del Estado u otro ente público u organismo administrativo;

la Science politique en France et a l'étranger, Tome quarante-cinquième, XXXVe année, Marcel Giard, Libraire-Éditeur, Paris, 1928, p. 526.

62. LONG, Marceau/ WEIL, Prosper/ BRAIBANT, Guy/ DELVOLVÉ, Pierre y GENEVOIS, Bruno, *op. cit.*, p. 433.

63. LONG, Marceau/ WEIL, Prosper/ BRAIBANT, Guy/ DELVOLVÉ, Pierre y GENEVOIS, Bruno, *op. cit.*, pp. 442 y 443.

- las que su ejecución compete al Estado u otro ente público u organismo administrativo;
- las realizadas, ejecutadas o construidas, directa o indirectamente, por el Estado, otro ente público o organismo administrativo o por contratistas;
- las realizadas, ejecutadas o construidas a nombre del Estado u otro ente público u organismo administrativo;
- las realizadas, ejecutadas o construidas por cuenta del Estado u otro ente público u organismo administrativo;
- las que su realización o ejecución está a cargo de la Administración o sus delegados (contratistas, concesionarios);
- las que tienen por objeto bienes o actividades de interés del Estado u otro ente público u organismo administrativo;
- las que su iniciativa y titularidad corresponden al Estado;
- las costeadas por el tesoro nacional, por el presupuesto público, con fondos públicos;
- las costeadas por el Estado u otro ente público u organismo administrativo;
- las que interesan al Estado u otro ente público u organismo administrativo
- las que interesan a la generalidad de los habitantes del Estado o de una parte de su territorio;
- las realizadas sobre el dominio público, sobre dependencias del dominio público;
- las que tienen como resultante un bien demanial o dominio público;

- las que tienen como objeto o fin la utilidad común, la conveniencia general, beneficio común, colectivo, general, público;
- las ejecutadas con fines públicos;
- las realizadas en cumplimiento de fines públicos, fines propios del Estado, de la Administración Pública o de entes públicos u organismos administrativos.
- las de uso y aprovechamiento común o afectadas (directa e indirectamente) al uso público;
- las que satisfacen, o están destinadas a la satisfacción, de una necesidad común, interés general, interés colectivo;
- las destinadas o afectadas al funcionamiento de los servicios públicos y al uso general;
- las realizadas en el marco de una misión de servicio público;
- las autorizadas por el poder público, el Estado o ente público u organismo administrativo con interés colectivo;
- las autorizadas administrativamente y que ejecutan las formalidades administrativas.⁶⁴

Como puede verse, en lo que enlistamos hay aspectos de diversa índole: de tipo subjetivo, financiero o económico, teleológico o finalístico, hasta de tipo jurídico y procedimiento jurídico.

64. Henri PRIEUX comentaba que, durante cierto tiempo, la jurisprudencia francesa había reconocido la necesidad de otra condición esencial para que hubiera *travail public*: la autorización de trabajos a los empresarios, así como la ejecución de las formalidades administrativas reglamentarias; pero luego se abandonó esa exigencia para tal calificación. PRIEUX, Henri, *op. cit.*, p. 42. En relación con este requisito, contemporáneamente se ha aseverado que "(...), la qualification de travail public est indépendante de la régularité de l'opération. Souvent, l'exécution d'un travail publics est subordonnée au respect de procédures légales ou réglementaires mais le non-respect de ces procédures ne fait pas perdre au travail sa qualité de travail public. Ainsi, le travail exécuté sans avoir été précédé d'aucune procédure administrative demeure un travail public. Il en va même si l'autorisation requise n'est accordée qu'après l'accomplissement du travail."; AUBY, JEAN-MARIE/ BON, PIERRE/ AUBY, JEAN-BERNARD Y TERNEYRE, PHILIPPE, *op. cit.*, p. 198.

No todos esos aspectos pueden encontrarse formulados o expuestos precisamente. Algunos han sido planteados con claro nivel de indeterminación, que, desde esa perspectiva, no resultan idóneos, o resultan insuficientes, para llegar a dibujar en su más fina expresión una noción como la que nos interesa en este trabajo.

Pero todos han demostrado, cómo ha ocurrido con otras instituciones del Derecho Administrativo, y hasta con el Derecho Administrativo mismo, que, alegados por sí mismos y en su exclusiva individualidad, devienen en insuficientes para caracterizar jurídicamente lo que es una obra pública.

Por lo que la noción de esta última, en cualquiera de sus perspectivas, debe ser una noción de contenido más plural o colorido y no monocromático, para poder dar cabida dentro del régimen jurídico que entraña a la diversa realidad objetiva que refiere. Lo que significa que para llegar acertadamente a lo que es una obra pública, deben, tal vez, combinarse algunos de esos aspectos, tal como lo ha hecho la más preclara doctrina y jurisprudencia en este sentido.

Otra cuestión importante a considerar, cuando se trata de los elementos definitorios de la noción de obra pública (en cualquiera de sus dos enfoques) estriba en el elemento material de la misma.

En efecto, tradicionalmente, la doctrina mayoritaria, desde antiguo (al menos siglo XIX), ha venido sosteniendo que la idea de obra pública recae necesariamente sobre bienes inmuebles, ya porque sea - en su visión dinámica - una actividad u operación de creación, mantenimiento o transformación material o física de o en un bien inmueble (actividad u operación de carácter inmobiliario) o como un bien inmueble resultante ella misma (visión estática). El carácter inmobiliario se tiene tanto por la naturaleza del bien como por su destino.

Este elemento, el del carácter inmobiliario de la obra pública, tiene raíz histórica y de ahí deriva esencialmente su explicación. Es decir, se ha asumido así, allí donde esa idea se ha arraigado, porque históricamente la cuestión se hubo de vincular inicialmente a la expropiación forzosa y al dominio público,⁶⁵ manteniéndose y

65. FOULQUIER, Norberto, *op. cit.*, p. 501. 345

respetándose luego una línea de desarrollo que invariablemente se ha circunscrito a los trabajos inmobiliarios y a los bienes inmuebles.

Esa posición, ha sido típica y pacífica, sin cuestionamiento visible o digno de mencionar, por ejemplo, en Derechos como el francés (lo que nos excusa de realizar referencias innecesarias) o el español u otros latinoamericanos, y viene a descartar, de plano, como elemento material u objetivo en la noción de obra pública a los bienes muebles, los cuales no podrían ser objeto entonces de esta última categoría. Lo que significa, a su vez, que los bienes muebles no tienen la calificación de obra pública, ni la actividad que los realiza tampoco; no pueden ser objeto o materia de obras públicas.

En lo correspondiente, por ejemplo en Francia, los bienes muebles no conducirían a «los caminos jurídicos» de los *travaux public* o las *ouvrages publics*, sino a los del *marché de fourniture* (suministro). Y esto sería una distinción entre los contratos de obras públicas y los de suministros.

Sin embargo, más allá de ordenamientos concretos, el balance general sobre esta cuestión no es del todo pacífico en términos absolutos, pues a la luz de alguna legislación nacional se ha defendido por la doctrina de ese país los bienes muebles como parte del elemento material u objetivo sobre el que puede recaer la noción de obra pública. Lo cual contrasta abiertamente con las posiciones al respecto mencionadas en los párrafos anteriores.

El caso significativo en esta otra línea está en el Derecho argentino, donde un segmento representativo de su mejor doctrina *iusadministrativista* ha venido sosteniendo que el concepto de obra pública puede referirse material u objetivamente tanto a bienes muebles como inmuebles; incluso, algunos han extendido el alcance al incluir en él también a «objetos inmateriales».⁶⁶

66. Véase, por ejemplo, sobre esto último: MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., p. 506; ESCOLA, Héctor J., *Compendio de Derecho Administrativo*, Volumen II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 762; DROMI, Roberto, *op. cit.*, p. 584; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, 12a ed. actualizada, Tomo II, Thomson Reuters, La Ley S.A.E. e I, Buenos Aires, 2018, p. 589.

Esto es visible, por ejemplo, ya desde Bielsa,⁶⁷ quien dijo que la distinción de la obra pública (como hacían los franceses) referida sólo a bienes inmuebles era: “(...) convencional y arbitraria, porque la obra pública puede ser tan importante o más aún sobre muebles que sobre inmuebles, y también en ciertos casos el grado de utilidad o de interés público ser mayor en los primeros que en los segundos”.⁶⁸

A su turno, Marienhoff no estimó: “(...) pertinente limitar la noción de obra pública a los “inmuebles”. No sólo éstos pueden ser objeto de la obra pública, sino también los “muebles” y los objetos inmateriales (“bienes”, en general), pues a veces el carácter de obra pública resulta por “accesoriedad”. (...)”.⁶⁹

Según Fiorini:

La unidad jurídica “obra pública” puede referirse a cosas que la ciencia del derecho denomina muebles o inmuebles: un barco y un edificio pueden ser objetos del contrato de obras públicas. La interpretación de lo que debe ser el objeto de esta clase de contrato debe ser amplio contrato, así ha sido receptado por todas las legislaciones, nacionales y locales. (...)”.⁷⁰

Gordillo explicaba en su momento que

La importancia de la cuestión reside más que nada en la relación al concepto de dominio público: el artículo 2340, inc. 7º del Código Civil incluye dentro de éste a las “obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común”; por ello la problemática pertenece en realidad al tema del dominio público. Sólo cabe aquí decir que si se toma el citado artículo del Código Civil, sería de aplicación el criterio

67. Véase el concepto de obra pública que planeaba, ya reproducido en este trabajo, en: BIELSA, Rafael, *op. cit.*, p. 349.

68. BIELSA, Rafael, *op. cit.*, p. 349.

69. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, pp. 506 y 535 y ss.

70. FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, t. I, Reimpresión de la 2da ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot S.A.E. e I, 1995, p. 621. Explicaba más adelante Fiorini (pp. 621 y 622) que: “El principio lógico jurídico de la vinculación entre principal y accesorio concurre también para la interpretación de esta clase de contratos, donde el quehacer es complejo y producto del conjunto de colaboración técnica necesaria para su creación. Forma parte necesariamente del contrato de obra pública su programación, sus estudios y proyectos, como también los planes para su factibilidad y costos económicos. Los muebles para un edificio público pueden entrar en esta calificación si se ajustan a su fin público y aun también si se adquieren posteriormente para ajustarlos a un edificio público, pues no se trata en este caso de objetos separados e independientes sino que forman parte de lo principal: el inmueble que debe cumplir un fin público. El carácter funcional que adquieren los inmuebles para la actividad de la Administración pública, es lo que inviste a los muebles del contenido del fin público mediato o inmediato que satisface el inmueble. (...)”.

“*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, ya que si la ley no establece la restricción del concepto de obra pública refiriéndolo únicamente a los inmuebles, no cabe tampoco al intérprete, en este caso, hacerla.⁷¹

Otros *iusadministrativitas* argentinos se han enrolado hasta hoy en la órbita de este pensamiento que esbozamos.⁷² Aunque lo cierto es que el análisis gravita fundamentalmente en torno a la cuestión del objeto del contrato de obra pública, según lo ha venido configurando objetivamente, en particular, el legislador de ese país. Lo cual marca, a pesar de la amplitud que trasunta aquí la noción de obra pública en relación con la que la ubica con carácter inmobiliario, un punto de análisis parcial en relación con la obra pública como objeto o realidad material, pues queda ésta circunscrita al carácter de objeto contractual y lo que puede significar o abarcar a partir de ese prisma específico; cuando la vida jurídica de la obra pública como segmento de la realidad, va más allá de los marcos de un objeto de prestaciones contractuales.

Con independencia de las ideas al efecto arraigadas en un gran segmento de la doctrina y el Derecho argentinos, a partir de lo ilustrado, lo cierto es que esta concepción objetivamente amplia, tanto inmobiliaria como mobiliaria, de la obra pública, es minoritaria⁷³ frente al panorama general al respecto en otros países. Incluso, tampoco está (ni ha estado) absolutamente generalizada entre los estudiosos de ese país sudamericano. Lo que tal posicionamiento conceptual le confiere un grado de particularidad propio, circunscrito, básicamente a las especificidades, sobre todo, de la legislación y el Derecho argentinos.

71. GORDILLO, Agustín, ob. cit., p. 48.

72. V. gr.: DIEZ, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, 6ta ed., Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1991, p. 345; MÓ, Fernando F., op. cit., 15; ESCOLA, Héctor J., op. cit., p.762; Dromi, Roberto, op. cit., p. 584; Barra, Rodolfo Carlos, op. cit., pp. 228 y ss.; Farrando (h.), Ismael/Pérez Hualde, Alejandro y Martínez, Patricia R., “*Contratos administrativos en particular*” en Farrando (h.), Ismael Martínez, Patricia R. (dir.) et al, *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000, pp. 368 y 370; Druetta, Ricardo Tomás y Guglielminetti, Ana Patricia, *Ley 13.064 de Obras Públicas. Comentada y anotada, Serie legislación comentada*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 1; CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit., p. 589; García Pullés, Fernando, con la colaboración de DUBINSKY, Guido, en GARCÍA Pullés, Fernando, *Lecciones Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 409. –

73. Fuera de Argentina, algún autor ha optado también por incluir a los bienes muebles dentro del alcance objetivo de la obra pública. Por ejemplo: el mexicano NAVA NEGRETE, Alfonso, “*Derecho de las obras públicas...*”, op. cit., p. 383; y NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho Administrativo mexicano*, op. cit., p. 588; el ecuatoriano Granja Galindo, Nicolás, ob. cit., p. 358; y la uruguaya VÁZQUEZ, Cristina, op. cit., pp. 39 y 40, esta última apoyándose en la doctrina argentina que se ha decantado por esta línea. Sin embargo, en contraste con la posición de la profesora VÁZQUEZ, y no refiriéndose a ella, sino a las consideraciones de aquella doctrina argentina, el uruguayo DELPIAZZO reparaba en el hecho que ese enfoque particular sobre la obra pública (como comprensivo en su objeto tanto a bienes inmuebles como muebles) no ha sido acompañado por la doctrina del Uruguay, incluso la más reciente, y tampoco por la jurisprudencia, ni administrativa ni jurisdiccional. Por lo que, en el panorama del Derecho Administrativo uruguayo, un planteamiento como el de Cristina Vázquez resulta aislado.

III. LA NOCIÓN JURÍDICA DE OBRA PÚBLICA

Toca ahora recoger todas las piezas válidas señaladas en las páginas anteriores, para aproximarnos a lo que finalmente se puede entender, jurídicamente, por *obra pública*.

Antes de entrar en esas precisiones, debemos mencionar algunos aspectos necesarios, que sirven a esa noción, que son, incluso, comunes a entender en cualquier de las dos perspectivas que la idea de obra pública reviste; tal cual se ha hecho ya, tanto en el plano doctrinal, como en el práctico.

Por lo pronto, téngase que toda obra pública entraña una actividad humana. Por lo que una obra pública siempre va a requerir de la intervención del intelecto y de la acción del ser humano sobre la realidad que le circunda y en la que convive. Una obra pública, en principio, siempre será una obra del ser humano – no importa el grado de apoyo o uso de medios tecnológicos que emplee en ella –; una operación o un resultado generado por el ser humano. Lo que excluye a la naturaleza, a los eventos naturales, como fuerza generadora de una obra pública; y, en consecuencia, a la posibilidad de que existan obras públicas naturales o por naturaleza, por acción o creación de la naturaleza.

Lo anterior induce también a considerar que las obras públicas tienen siempre un carácter artificial, no natural. Involucran, esencialmente, la inteligencia y la acción material o física del hombre; y son el resultado del manejo físico del entorno humano en razón de las necesidades de la convivencia social. Las obras públicas, como fenómeno real, pueden reconducirse al ambiente generado o ambiente construido por el ser humano. Esto es, al ambiente artificial determinado y generado por la existencia humana y los imperativos de su vida en sociedad.

Considérese también como elemento para inferir la noción jurídica que aquí nos interesa, el carácter material de toda obra pública. Quiere ello decir que toda obra pública refiere a una actividad material o a un resultado material, que pueda concretarse o materializarse en el mundo físico, en la realidad física de las cosas. Por lo tanto, no basta la mera actividad intelectual del hombre para tener lo que es una obra pública, sino que esa actividad intelectual debe ir acompañada

de las correspondientes operaciones materiales sobre la realidad física que le circunda. Esto hace que las actuaciones u obras intelectuales (las «obras del espíritu» - dice Foulquier⁷⁴ - humano) y los procedimientos u operaciones de carácter jurídico, o que sólo impliquen un efecto en el plano ideal o de las ideas del hombre, por sí mismos, sin reflejo efectivo en el entorno físico circundante, o un efecto meramente jurídico, pero no material, físico, corpóreo, no constituyen propiamente obras públicas.

Otro punto a considerar, como ya se enunció en el epígrafe anterior, es el carácter inmobiliario de la obra pública. Esta tiene por objeto un bien inmueble, ya porque como actividad se realiza sobre dicho bien (incluye tanto los inmuebles por naturaleza, como por destino), ya porque como resultante se tiene una cosa de naturaleza inmobiliaria. Ello excluye, a partir de esta posición mayoritaria en el Derecho Administrativo (legislación, jurisprudencia y doctrina), que una obra pública pueda referirse a bienes muebles en sí mismos o a incorpóreos. Este elemento de la noción cierra o restringe el espectro objetivo de la idea de la obra pública y la trascendencia de ella al campo ordenador del Derecho, al colocar en su punto de mira esencial un tipo de bienes (inmuebles) determinado.

Claro está, una obra pública no está dirigida a, o no implica, con carácter necesario o imprescindible, la creación de *res nova* o cosa nueva. Pero, para que pueda hablarse de ella, sí es pertinente que haya una incidencia material o física del ser humano, encaminada a generar, o que genere, un efecto objetivo o material diferenciador - una situación objetiva o material diferenciada, distinguible -, en cualquier grado (creación, transformación, renovación, modificación, mantenimiento), en relación con la situación, materialmente entendida, de la realidad física anterior a esa actuación. En palabras más esclarecedoras, Sayagués Laso apuntaba que una obra pública supone la incorporación de un elemento material al bien inmueble o su modificación.⁷⁵

Otro aspecto esencial en el trazado de la noción jurídica de obra pública, ha de situarse en el plano teleológico, pues toda obra pública es tal en cuanto su finalidad es la satisfacción del, o de un, interés general. Esta cuestión es la que,

74. FOULQUIER, Norbert, *op. cit.*, p. 500. 350

75. SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, p. 88.

quizás, le aporta el color *iusadministrativo* a esa institución jurídica, en tanto marca el carácter público de la obra y determina la necesidad de su ordenación especial por un segmento particular del ordenamiento jurídico: el Derecho Administrativo; en contraste con la ordenación jurídica de las obras realizadas por los individuos en función de sus intereses individuales, que cae en los predios del Derecho Privado.

La conexión de la obra pública con ese fin de interés general como elemento sustancial para su noción jurídica, puede darse de diversos modos (directa o indirectamente), a través de diferentes vías (ya sea resultado de, o sirviendo para, la realización o ejecución de servicios públicos; recayendo sobre bienes de dominio público, o sobre bienes de entidades públicas no sometidos a ese régimen demanial, pero necesarios para el cumplimiento de sus cometidos públicos, o – algo más excepcional – sobre ciertos bienes privados reportando la realización de esa obra una utilidad pública). Inexcusablemente, debe estar presente de una forma fundamental en ella la presencia de la satisfacción de un interés general como fin esencial, para calificar, jurídicamente, a una obra como pública.

Otro punto para la definición de obra pública, al menos desde la perspectiva del Derecho, estriba en que la realización de la misma debe incardinarse en el marco objetivo del funcionamiento administrativo regido por el Derecho Administrativo. Las obras públicas son, en principio, parte de los cometidos que realiza el poder público (genéricamente hablando) dentro del ámbito de competencias de las que es titular (también hablando en términos genéricos), correspondiendo propiamente ese ámbito competencial al de la función administrativa. Por lo que el carácter público de la obra en cuestión tiene que ver con la pertenencia a esta zona de funcionamiento administrativo o de competencias administrativas, no importa el sujeto que directamente la ejecute (puede realizarlo un sujeto distinto del titular, de carácter privado o no, con el correspondiente título habilitante para ello); sino que lo que interesa es que la realización de la obra, como competencia, sea de titularidad pública o que ella, como cosa resultante, tenga finalmente a un ente público como titular (aquí, será obra pública porque es de titularidad pública).

Lo anterior conecta entonces con el hecho de para tener a una obra como obra pública, no es suficiente mirar sólo a que es realizada por el Estado u otro ente

público (por el poder público) – aunque ejecutada por otro sujeto -. A pesar de que algunos autores han sostenido ese elemento como definitorio para una obra pública,⁷⁶ en Francia, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, se ha asumido (con carácter generalizado) la idea de que ella debe ser por «cuenta de una persona pública», expresión esa que se le ha dado una interpretación en el marco francés, que permite una flexibilidad tal, que no sólo mira al sujeto (público o privado) que la realiza o ejecuta efectivamente, y la forma de ejecución (directa o indirecta), sino a la conexión última con el funcionamiento administrativo que están llamadas a realizar las entidades públicas.

Juntando los signos precedentes con la doble perspectiva que entraña la noción de obra pública, quizás es tiempo ya de trazar, en esa doble perspectiva, la noción jurídica que ha constituido el motivo de este trabajo.

De tal suerte, podemos referir, por un lado, que desde un enfoque dinámico, funcional o activo, obra pública es *toda operación o actividad de creación, mantenimiento o transformación material o física, de titularidad pública, sobre un bien inmueble, realizada con un fin de interés general.*

Desde su enfoque estático, pasivo, obra pública es *la cosa o bien inmueble, de titularidad pública, realizado con un fin de interés general.*

76. Concluía MARIENHOFF que lo que caracteriza a la obra pública es su realización o construcción por el Estado, directa o indirectamente, MARIENHOFF Miguel S., *op. cit.*, pp. 506 y 507. También pueden verse como ejemplos de esta orientación: BEZZI, Osvaldo Máximo, *op. cit.*, p. 11; BALBÍN, Carlos F., *op. cit.*, pp. 17 y 18.