

LA NOCIÓN JURÍDICA DE OBRA PÚBLICA *(Primera 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. Introducción	02
II. Relevancia jurídico-administrativa de la noción de obra pública	08
III. Sobre la noción de obra pública	17

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, entre 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 noción jurídica de obra pública (primera parte)” y “La noción jurídica de obra pública (segunda parte y final)”.

** 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: 27-03-2020. Fecha de aprobación: 20/06/2020.

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. INTRODUCCIÓN

La necesidad de proveer la infraestructura necesaria para sostener, impulsar y desarrollar la vida en colectividad, ha sido una constante en la evolución social del hombre, desde que las comunidades humanas comenzaron a alcanzar un cierto grado de desarrollo que hizo indispensable el proveimiento de dicha infraestructura.

El desarrollo humano ha implicado –inexcusablemente– la acción del hombre sobre su entorno; de su capacidad, en constante ampliación y progreso, de transformación artificial de ese ambiente para crear gran parte de los elementos físicos que las exigencias de la vida en colectividad van demandando, a los efectos de proveer al desenvolvimiento y adelanto de esa vida, a lo que también está anclado la realización individual del hombre.

Si miramos hacia atrás en la marcha del ser humano –tanto como nos alcance la vista en retrospectiva–, mucho de la huella física de esa evolución nos ha quedado de la mano de grandes construcciones destinadas a cumplir cierta función de carácter social, que en no pocas ocasiones son testimonio inmejorable, monumento impenitente, de la grandeza –y también de sus imperfecciones– de viejas sociedades humanas, ya antiquísimas, ya más cercanas a nosotros en el tiempo.

De tal suerte, lo que hoy se designa bajo la expresión –el menos en castellano– de *obra pública* o de *infraestructura pública* –aún cuando no son equivalentes estas expresiones–, nos evoca una realidad objetiva –avances de la ciencia y la tecnología a un lado– de muy vieja data en el entorno social del hombre. Realidad objetiva que constituye un componente ligado a la necesidad de convivencia en común, el progreso social; y también ha resultado huella, expresión, testimonio, del tránsito y ascenso social del hombre.¹ Son hoy trazado de la huella humana al compás del flujo ascendente del avance de la sociedad en no pocos rubros; constituyen también testimonio de la inventiva del ser humano, de su capacidad de transformación del entorno, de apropiarse de él creativamente.

Desde antiguo, ha sido desde los resortes del poder público –entiéndase cómo se entienda éste en las diversas etapas históricas– que, principalmente, se han

1. Decía André Bénard que: “Les travaux publics sont aussi anciens que ceux qu’entreprennent les particuliers. En effet, il a fallu que les premiers hommes se soient assemblés et aient formé des villages, pour que, une première division du travail s’opérant, quelques-uns d’entre eux commencent à exécuter des ouvrages pour les autres. Dès cette époque, le besoin s’est certainement fait sentir pour nos premiers ancêtres, de réunir leurs forces pour créer des travaux dont le groupe entier devait profiter; murs d’enceinte pour protéger l’agglomération contre les entreprises des ennemis, édifices pour procéder en commun aux cérémonies du culte, palais pour les chefs, etc., etc.”. Y agregaba seguidamente: “Du reste, c’est à peine si l’histoire peut remonter jusqu’à ces peuples anciens, qui nous ont laissé comme trace de leur passage sur la terre, des ruines de monuments destinés aux usages publics que l’on découvre tous les jours un peu dans toutes les parties du monde, monuments dont les proportions nous étonnent, et composés souvent de blocs de pierre, dont le déplacement est quelquefois pour l’industrie moderne un problème embarrassant.”. Bénard, André, *Du contrat de marché ou entreprise de travaux tant publics que privés*, Thèse pour le doctorat, Paris, Faculté de Droit de Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1897, p. 1.

actuado las vías o mecanismos para generar obras en función de las necesidades de la colectividad de que se trate –igualmente entiéndase como se entiendan dichas necesidades–. Por lo tanto, desde épocas antiguas una de las actividades que ha quedado ligada a la esfera del poder público –quizás como no puede ser de otra manera por la naturaleza de lo que queda involucrado– es la promoción y realización de trabajos y obras que asumen un carácter de públicos en tanto trascienden el interés individual de un sujeto en particular, para proyectarse hacia las necesidades –según se han de interpretar en el momento histórico concreto de que se trate– de la colectividad en la que se enmarcan.

En el tránsito del siglo XXI al XX, un autor francés destacaba con convicción que luego de la seguridad y la justicia, los *travaux publics* (los trabajos públicos, las obras públicas) constituyen la función más esencial del Estado.²

Esta ligazón entre el poder público (el Estado) y las obras públicas, permite asumir ya, en tiempos modernos, que no hay obra o trabajo público que no resulte de la intervención –en grados diversos, en formas diversas, pero intervención al fin– del poder público en su realización; o, como dijera un autor francés en el siglo XIX: todo *travail public* (trabajo público, obra pública) su pone ante todo una intervención de la *puissance publique*, que ha ordenado su ejecución.³

En definitiva, la realización de trabajos u obras públicas aparece hoy como uno de los cometidos públicos, en tanto tienen que ver –y de qué manera– con el soporte material, físico, de la vida en colectividad y con el ejercicio del poder público que rige dicha vida. No solo –han sido y– son necesarios para el desenvolvimiento real de esa vida, sino que, por su trascendencia socio-económica y jurídica, han devenido en uno de los segmentos tradicionales más interesantes y relevantes dentro de la realidad social en sentido general.

2. Leroy-Beaulieu, Paul, *L'État moderne et ses fonctions*, Troisième édition, revue et augmentée, Guillaumin et Cie, Paris, 1900, p. 130. También, en un viejo texto español, su autor expresaba que “Siendo tan palpable la utilidad de las vías de comunicación, deben considerar los gobiernos su apertura como una de las atenciones más preferentes, dedicándose con celo a organizar las obras públicas de interés general, a ejecutarlas bien sea directamente por cuenta del Tesoro o por medio de empresas concesionarias, estimulando al propio tiempo la construcción de las redes de caminos y ferrocarriles provinciales y vecinales.”; De Alzola y Minondo, Pablo, *Las obras públicas en España. Estudio histórico*, Bilbao, Imprenta de la Casa de Misericordia, 1899, p. 27.

3. Pascalis, Henri, *Droit romain: Régime des travaux publics. Droit français: Détermination et délimitation du domaine public en matière de routes et de chemins*, Thèses pour le doctorat, Versailles, Imprimerie de E. Aubert, 1881, p. 2.

En palabras de un viejo autor francés de Derecho Administrativo:

En effet, Messieurs, les travaux publics, (...) exercent nécessairement la plus grande influence sur le commerce, l'industrie et l'agriculture. La construction et l'entretien des routes, le perfectionnement des les rivières navigables, la création des canaux, l'amélioration des ports, en fin la construction des chemins de fer, ont transformé la face du pays. Touts ces travaux ont augmenté dans des proportions considérables la valeur des terres en facilitant le transport des produits agricoles; ils ont développé l'industrie en créant des débouchés, et donné au commerce un prodigieux essor.⁴

Fue el siglo XIX el espacio temporal que marcaró de una vez la importancia socio-económica y política, así como jurídica, de las obras públicas. De la mano, y como expresión, del impulso y desarrollo del capitalismo en ese tiempo; y en lo que la proyección y realización de obras públicas resultó uno de los resortes esenciales.

Por lo que a la centuria decimonónica se le ha calificado como «la era de las grandes obras públicas»,⁵ «el siglo de las obras públicas», «un siglo de grandes obras públicas»,⁶«el siglo de auge de las obras públicas».⁷

Como dijera Tomás-Ramón Fernández: “El siglo XIX, y especialmente su segunda mitad, es, ante todo, un siglo de grandes obras públicas, en el que la sociedad industrial de nuestros días sienta sus bases infraestructurales. Carreteras, ferrocarriles, puertos, obras hidráulicas, etc.”⁸

4. Aucoc, Léon, *Introduction a l'étude du Droit Administratif*, Première conférence faite à l'École Impériale des Ponts et Chaussées, Paris, Imprimerie administrative de Paul Dupont, 1865, p. 8.

5. Carretero Pérez, Adolfo, “Configuración jurídica y presupuestaria de las Obras públicas”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 163, Julio-Agosto-Septiembre, 1969, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, p. 390.

6. Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, “Las obras públicas”, en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, *Commemoración de los cien números de la Revista*, vol. III, Enero-diciembre, 1983, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 2435.

7. Valcárcel Fernández, Patricia, *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Fundación CaixaGalicia, CIEF, Centro de Investigación Económica y Financiera, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 65 y 66.

8. Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *op. cit.*, pp. 2434 y 2435. Desde el contexto también español, otro autor destacaba: “Las Obras públicas constituyen una de las actividades fundamentales de la Administración de la primera mitad del Siglo XIX. En estos primeros años del siglo comienzan las operaciones encaminadas a establecer el Ferrocarril en España;(…). Se reactiva la política de construcción de carreteras –política iniciada

Visto así, el valor de las obras públicas se manifiesta en aristas diversas: en lo político, en lo económico, en lo social, hasta en lo histórico, cultural y –en lo que en este trabajo nos interesa– en lo jurídico.

Las obras públicas han sido y son factor de desarrollo social, instrumento al servicio del ejercicio del poder, de la política, de la política económica, de políticas públicas en general. También han resultado campo propicio para realidades encontradas: para el impulso de la vida en colectivo del hombre y el saneamiento de ciertos males sociales, especialmente, socio-económicos; y, en contraste, para la corrupción y los manejos tan alejados del bien común a las que debe enfilarse rectamente, en última instancia, el ejercicio del poder público. Han sido factor para potenciar el bienestar social; mas, de otro lado, ha sido elemento por el que se han proyectado o sobre el que se han fertilizado –la historia deja claro no pocos ejemplos– males sociales.

Según ha recordado la profesora francesa Morand-Deviller:

Les économistes, dont Keynes sera le plus représentant, ont démontré avec brio le rôle capital joué par la réalisation de travaux d'infrastructure sur relance d'une économie en stagnation ou récession. La réussite de New Deal de F. D. Roosevelt, fondé en particulier sur la commande par l'État de «grands travaux», est là pour le démontrer, ce qu'exprime la diction populaire: «Quand le bâtiment va... tout va», pronostic que inclut aussi, il est vrai, les travaux privés de construction.⁹

Las obras públicas, en su relevancia, han sido valoradas de una forma tal que, en una vieja creencia que ha deambulado por los pasillos del poder público, y en las creencias populares de algunos, ellas han sido tenidas como una huella palpable por la que habría de recordarse mejor a los gobernantes, más que por otras cosas. Y más de uno de esos gobernantes se ocupó de ello bajo esa creencia, mirando

en 1794– (...). Se inician los abastecimientos de aguas a poblaciones, se reparan y se construyen hasta 1850 más de treinta puertos. En 1874 queda casi completada la red de faros marítimos. Se trata, en definitiva, de la época en que comienza la verdadera era moderna de nuestras Obras públicas.”; Rosado Pacheco, Santiago, *El Estado administrativo en la España del siglo XIX: liberalismo e intervencionismo (Notas históricas a propósito del fomento, la expropiación y la contratación administrativa. 1836-1869)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 13.

9. Morand-Deviller, Jacqueline, *Cours de Droit Administratif des biens*, 6e édition, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2010, pp. 607 y 608.

-puede ser- a muchas cosas, pero no siempre al recto ejercicio de su actividad como gobernantes.

Además de los planos señalados, y en lo que en este trabajo interesa, las obras públicas han sido una realidad jurídicamente relevante; un fenómeno jurídicamente trascendente, en especial para el Derecho Administrativo.

Dentro de los espacios de conformación del poder público, ha sido el espacio administrativo donde ha quedado enmarcado por excelencia el ámbito relacionado con la realización o ejecución de los trabajos u obras públicas.¹⁰ Por lo que no es de extrañar que esas nociones hayan ido cobrando relevancia a los fines de ordenación jurídica de ese ámbito administrativo, una vez que la misma fue asumiendo identidad e individualidad dentro de los segmentos o funciones en los que modernamente se asume como que se expresa el poder público.

De tal suerte, las obras públicas constituyen 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 típicamente *iusadministrativas*, articuladora y conformadora de relaciones jurídico-administrativas.¹¹ Por lo que es dable entender que las obras públicas pueden considerarse como una de las instituciones jurídico-administrativas fundacionales del universo institucional del Derecho Administrativo moderno como subsistema jurídico.

10. El profesor mexicano Fernández Ruiz asevera que "Las obras públicas, insistimos, figuran entre los testimonios más antiguos de la actividad administrativa del Estado, habida cuenta de que su construcción acredita la existencia de una autoridad en ejercicio de funciones administrativas, cuales son las de planear y ordenar su construcción, así como dirigirla y administrarla, y, en su caso, contrata dicha construcción.". Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, 2da ed., México, UNAM-Porrúa, 2003, p. 217.

11. De Asís Roig ha comentado que: "La obra pública es la técnica por excelencia de la actividad infraestructural de la AP. (...). Desde un punto de vista general, se trata de una institución instrumental y, por ello, subordinada a las actividades que la justifican, que ha desarrollado un papel principal en la configuración de la actividad administrativa de nuestros días." (La negrita es del original); De Asís Roig, Agustín E., "Lección 10. Obras e infraestructuras públicas", en Parejo Alfonso, Luciano (dir.) *et al, Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, 4ta ed. revisada y actualizada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 540.

II. RELEVANCIA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DE LA NOCIÓN DE OBRA PÚBLICA

Uno de los clásicos autores del período decimonónico, Gabriel Dufour, advertía que:

Sous l'ancienne monarchie, on n'avait point à se préoccuper de règles et de principes généraux en matière de travaux publics. Le roi réunissait à cet égard, dans ses mains, le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif; les lettres patentes délivrées pour chaque entreprise, renfermaient les dispositions législatives, les prescriptions réglementaires et les stipulations contractuelles nécessaires pour en assurer l'exécution. Les choses se passaient pour toutes les concessions, comme elles se sont passées, de nos jours, pour les concessions de chemins de fer qui devaient être soumises à l'homologation du pouvoir législatif. C'est là un fait qu'il ne faut pas perdre de vue dans l'étude des titres et actes anciens.¹²

Contemporáneamente, en la doctrina francesa se ha recogido que el particularismo, o la originalidad, del régimen jurídico de los *travaux publics* puede ser apreciado, o se observa, desde el Antiguo Régimen.¹³

De ahí que se haya indicado que “La matière des travaux publics a suscité la naissance d'un droit qui est à la fois ancien et original. Ancien, car les principaux procédés de réalisation des travaux publics, l'entreprise et la concession, sont déjà utilisé sous l'Ancien Régime. Selon certains auteurs, le droit appliqué à la réalisation des ouvrages «n'a pas changé dans ses grandes lignes depuis le temps de Colbert» (...).¹⁴

En definitiva, el interés jurídico por la idea de la *obra pública* arranca visiblemente para el moderno Derecho Administrativo desde el siglo XIX, como marco temporal

12. Dufour, Gabriel, *Traité Général de Droit Administratif appliqué*, t. IV, Deuxième édition revue et considérablement augmentée, Cotillon, Paris, Editeur, Libraire du Conseil d'État, 1855, p. 298, nota 1.

13. V.gr.: Godfrin, Philippe y Degoffe, Michel, *Droit administratif des biens. Domaine, travaux, expropriation*, 9e édition, Sirey Université, Éditions Dalloz, Paris, 2009, p. 237; Debbasch, C./ Bourdon, J./ Pontier, J.-M. y Ricci, J.-C., *Droit administratif des biens*, 3e édition mise à jour, Presses Universitaires de France, Paris, 1999, p. 306; Morand-Deville, Jacqueline, ob. cit., p. 609; Boussard, Sabine y Le Berre, Christophe, *Droit administratif des biens*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p. 253.

14. Debbasch, C., Bourdon, J., Pontier, J.-M. y Ricci, J.-C., op. cit., p.

en el que tiene lugar la etapa inicial de construcción científica moderna de ese subsistema jurídico, de la mano también del auge en la construcción de obras públicas y del desarrollo del capitalismo.

La relevancia jurídica de las obras públicas ha sido puesta de relieve por la doctrina *iusadministrativista*, en especial en el siglo XIX hacia acá. De hecho, en una de las más destacables obras sobre el tema en ese siglo, su autor comenzaba, como primera línea, enfatizando que los *travaux publics* son una de más importantes materias del Derecho Administrativo.¹⁵

Esa relevancia transita tanto por la perspectiva práctica, cuanto por la teórica. Y ha servido no solo para moldear a las obras públicas como institución jurídico-administrativa, sino también para moldear y asentar otras instituciones dentro de ese universo jurídico, y hasta ha contribuido a modelar y consolidar a ese propio universo como subsistema jurídico.¹⁶

Es necesario llamar la atención sobre el hecho que, si miramos la realidad que nos circunda en los últimos doscientos años y poco más, la relevancia jurídica de la obra pública, en lo teórico y en lo práctico, no ha seguido una línea siempre ascendente y no accidentada. Ha ido, sí, en línea de ascenso, si se adopta una perspectiva de miras externa a esa línea. Pero si se mira al interior de ella, y las particularidades de los ordenamiento jurídicos, veremos que su relevancia ha sido zigzagueante, con altas y bajas. Por momentos apareciendo con fuerza en el debate jurídico, en la legislación y en la jurisprudencia; y en otros momentos apagándose esa fuerza, pasando a una «zona de pasividad», reparándose poco en ella, especialmente en lo que al pensamiento *iusadministrativo* corresponde.

15. Christophle, Albert, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Deuxième édition par Paul Auger, t. I, Chevalier-Marescq et Cie, Éditeurs, Paris, 1889, p. I.

16. En una temprana percepción, ya Lèon Aucoc razonaba sobre el hecho que “*Qu’il y ait un lien entre les intérêts généraux et les intérêts locaux et spéciaux, cela est certain et cela est indispensable dans l’état actuel de la France: je vous l’expliquerai bientôt. Mais les départements, es communes et les établissements publics ne sont pas pour cela des administrés, ce sont des administrations publiques; et j’ai cru qu’il était utile de faire ressortir dans la définition du droit administratif cette notion fondamentale, qui a beaucoup de conséquences pratiques, par exemple, en matière de travaux publics.*”. Ver: Aucoc, Lèon, *Introduction...*, op. cit., p. 29; también de Aucoc, *Conférences sur l’Administration, et le Droit Administratif faites a l’École des ponts et chaussées*, t. I, Organisation et attributions des pouvoirs publics, Dunod, Paris, Éditeur, 1878, p. 17.

Hay cierto consenso en los estudios jurídicos sobre el hecho que la importancia de la idea de *travaux publics*, *trabajos públicos*, *obras públicas* u *obra pública*, arranca tempranamente dentro del moderno Derecho Administrativo francés, como criterio de adscripción de competencias al orden jurisdiccional administrativo.

Fue esa una línea que perfiló, con ribetes modernos, una tendencia históricamente anterior, que ya se manifestaba en Francia desde el Antiguo Régimen. Según precisaba Laferrière:

“Les contestations qui s'élevaient entre l'administration et ses entrepreneurs de travaux publics ont été déférées de tout temps à la juridiction administrative: sous l'ancien régime, aux intendants, sauf recours au Conseil du roi; pendant la période révolutionnaire, aux directoires de départements; depuis le Consulat, aux conseils de préfecture sauf appel au Conseil d'État, en vertu de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII (...).”¹⁷

Maurice Hauriou, con sus siempre agudas observaciones, destacaba que:

“Le contentieux de travaux publics, tant par l'importance des affaires qui sont jugées tous les ans que par la quantité des principes qui ont été posés par une jurisprudence vieille de trois siècles (car les grands travaux remontent au règne de Henri IV et ont été de la compétence des intendants et du conseil du roi avant d'être de celle des conseils de préfecture et du Conseil d'État), est le premier des contentieux administratifs. (...)”¹⁸

El punto de referencia formal, al tiempo de buscar el enraizamiento moderno de las obras públicas como noción jurídicamente relevante en el Derecho Administrativo, se señala en la Ley de 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800), concerniente a la división del territorio francés y la administración, por la que se creaban los Consejos de Prefecturas, pues entre las competencias jurisdiccionales que se le establecían figuraba:

17. Laferrière, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome II, Deuxième édition, Berger-Levrault et Cie, Paris, Libraires-Éditeurs, 1896, p. 119.

18. Hauriou, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Onzième édition, Société Anonyme du Recueil Sirey, Paris, 1927, p. 755.

Art. 4. Le conseil de préfecture prononcera: (...);

2o Sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marché; (...);

4o Sur les demandes et contestations concernant les indemnités dues aux particuliers, à raison des terrains pris ou fouillés pour la confection des chemins, canaux et autres ouvrages publics; (...).

Para algún escritor francés, el artículo 4 de la Ley pluvioso del año VIII reproduce en parte la ley 7-11 de 1790,¹⁹ en la cual se disponía sobre las competencias decisorias en materia litigiosa de los *directoire de district* y de los *directoire de département*:

Art. 3. Les entrepreneurs des travaux publics seront tenus de se pourvoir sur les difficultés qui pourraient s'élever en interprétation ou dans l'exécution des clauses de leurs marchés, d'abord par voie de conciliation, devant le directoire de district; et, dans les cas où l'affaire ne pourrait être conciliée, elle sera portée au directoire de département, et décidée par lui en dernier ressort, après avoir vu l'avis motivé du directoire de district.

Art. 4. Les demandes et contestations sur le règlement des indemnités dues aux particuliers, à raison des terrains prison fouillés pour la confection des chemins, canaux ou autres ouvrages publics, seront portées de même, par voie de conciliation, devant le directoire de district, et pourront l'être ensuite au directoire de département, lequel les terminera en dernier ressort, conformément à l'estimation qui en sera faite par le juge de paix et ses assesseurs.

Art. 5. Les particuliers qui se plaindront des torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'administration, se pourvoiront contre les entrepreneurs, d'abord devant la municipalité du lieu où les dommages

¹⁹. Lefébure, Edouard, *Des Interdits relatifs aux voies de communication, en droit romain. Principes de la compétence administrative, en droit français*, Thèse pour le doctorat, Paris, Imprimerie Jules le Clere et Cie, 1873, p. 73.

auront été commis, et ensuite devant le directoire de district, qui statuera en dernier ressort, lorsque la municipalité n'aura pu concilier l'affaire.²⁰

Antecedentes con mayor precisión o no a un lado, lo cierto es que las expresiones *travaux publics* (trabajos públicos) y *ouvrages publics* (obras públicas) se enraízan en el moderno Derecho Administrativo francés a partir de la mencionada Ley de 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800), en relación con la competencia contenciosa de los Consejo de Prefectura. Cuestión esa que se debe apreciar además, dentro de la dinámica estructural y funcional del modelo de *régimen administrativo* francés que se fue asentado modernamente en ese país desde fines del siglo XVIII y principios del XX.

La importancia del mencionado artículo 4 de la Ley de 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800), en relación con el tema que nos ocupa, ha sido interpretada de una forma tal, que alguna voz de la doctrina francesa ha precisado que la noción de *trabajos públicos* o de *obras públicas*,²¹ así como su régimen jurídico,²² tienen su origen en Francia en ese artículo de la citada ley.²³

La inclusión de las locuciones *travaux publics* (trabajos públicos) y *ouvrages publics* (obras públicas), la forma de esa inclusión y el alcance jurídico en los marcos que se le asignan en esa Ley de 28 pluvioso del año VIII (17 de febrero de 1800), van a ser interpretadas por el pensamiento jurídico posterior en dos grandes vertientes: una de carácter jurisdiccional o procesal y otra de carácter sustantivo. Es, a partir de esas vertientes, que se va desarrollando y consolidando gradualmente la relevancia jurídica de la idea de obra pública, en los dos ángulos desde los que esta idea se ha enfocado hasta hoy.

20. Tomado de Lefébure, Edouard, ob. cit., pp. 73 y 74.

21. René Chapus afirmaba que: “La notion de travail public et les régimes qui lui sont liés ont leur origine dans la loi de 28 pluviôse de l’an VIII (17 février 1800) (art. 4). (...)”. Chapus, René, *Droit administratif général*, Tome 2, 15e édition, Paris, Éditions Montchrestien – E.J.A., 2001, p. 545.

22. Según Godfrin y Degoffe: “Le particularisme du régime juridique des travaux publics pouvait déjà être observé sous l’Ancien Régime, mais c’est la loi du 18 pluviôse an VIII qui est véritablement à l’origine du développement des règles spécifiques qui régissent aujourd’hui ces opérations. (...)”. Godfrin, Philippe y Degoffe, Michel, op. cit., pp. 237 y 238.

23. En palabras de Peiser: “La théorie des travaux publics est l’une des plus anciennes du droit administratif puisqu’elle trouve sa source dans la loi du 28 pluviôse de l’an VIII qui a donné compétence aux conseils de préfecture pour connaître les litiges en matière de travaux publics; (...)”. (La negrita es del original). Peiser, Gustave, *Droit administratif des biens*, 18e édition, Mementos, Paris, Éditions Dalloz, 2005, p. 107.

Lo primero que debe señalarse es que al hilo de la mencionada ley francesa de 1800, *travaux publics* (trabajos públicos) y *ouvrages publics* (obras públicas) resultan criterio para determinar la competencia contenciosa de los Consejos de Prefectura. Señalando entonces la intervención de dichos consejos en la solución de los litigios en materia de obras públicas y creando en ellos, a tenor de ese criterio, un segmento competencial que le es propio, que irá sustanciado, en lo que corresponde, la llamada competencia administrativa contenciosa o «jurisdicción administrativa» en contraste con la «jurisdicción ordinaria», según el modelo de dualidad de jurisdicciones que finalmente se impuso en Francia. De esa forma, *travaux publics* (trabajos públicos) y *ouvrages publics* (obras públicas) se consolidan como criterio de adscripción de competencias a un «juez especial» y a una jurisdicción «especial» que se articulaba, fuera de la jurisdicción de los tribunales ordinarios, para conocer de los litigios de la Administración Pública.

La vis jurisdiccional administrativa de las *obras públicas* como noción jurídica, no queda sólo limitada al Derecho francés, sino que se extiende a otros ordenamientos.

Cuando en España se estaban echando las primigenias bases modernas de su sistema de justicia administrativa, en la importante Ley de 2 de abril de 1845, sobre los Consejos provinciales, se establecía, por su artículo 8, que dichos consejos debían también actuar como Tribunales en los asuntos administrativos, y bajo ese concepto oír y fallar, cuando pasasen a ser contenciosas las cuestiones relativas a: “3º Al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos y remates celebrados con la Administración civil o con las provinciales y municipales para toda especie de servicios y obras públicas. 4º Al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de las obras públicas.”²⁴

24. Para el caso español, valgan las explicaciones de uno de los primeros sistematizadores del Derecho Administrativo en ese país, Alejandro Oliván, cuando discurría: “En lo contencioso-administrativo, el litigio supone la existencia anterior de un acto de administración y nace de la reclamación a que este acto ha dado lugar. Lo que en su origen no era más que una operación de administración activa, se transforma en contencioso en ocasión del perjuicio que experimenta o pretende experimentar el que reclama. Este litigio es la lucha real o aparente del interés privado contra el interés común. (...)”; y en el párrafo siguiente proseguía: “A los litigios administrativos pueden únicamente dar origen: la repartición de cargas o disfrutes comunes; las operaciones resultantes de contrata, suministros y empresas de obras públicas; la aplicación de las diversas servidumbres de utilidad pública; las requisiciones exigidas por el servicio del Estado; la concesión de las cosas públicas reclamadas por tercero, y, en general, todo acto administrativo que, habiendo creado entre el Estado y una comunidad o individuo derechos recíprocos no fundados en el Derecho común, promueve contestaciones que no pueden resolverse sino por la interpretación de aquel acto. (...)”; Oliván, Alejandro, *De la Administración Pública con relación a España*, Madrid, Nueva Edición, s/e, 1843, p. 117. En esta cuerda, también explicaba Manuel Ortiz de

De lo anteriormente ilustrado, y mirando el desenvolvimiento y desarrollo teórico-práctico que ha tenido el Derecho Administrativo en los dos últimos siglos y poco más, puede sacarse en claro que la idea de *obra pública* (y *trabajos públicos*) ha devenido en uno de los más antiguos y sostenidos criterios de determinación de la jurisdicción administrativa o contencioso-administrativa; y, vinculado a ello, uno de los criterios de determinación material o sustancial del ámbito de funcionamiento administrativo.

La importancia de los trabajos y obras públicas dentro del contexto socio-económico y de la actividad del Estado en el siglo del «juez de lo administrativo», impulsó también la necesidad de ir desgajando las reglas propias de dichos trabajos y obras como categorías jurídicas particulares, así como las que conformaban el régimen jurídico propio de ellos. Lo que trajo consigo además la necesidad de fijar la noción de obra pública (trabajo público) como categoría básica de ese régimen jurídico. Tal como sostuvo Josse, puesto que existe un *droit des travaux public* una definición de esos *travaux* es indispensable para delimitar el campo de aplicación de las reglas especiales que se le aplican.²⁵

De ahí que todo ello fue compulsando una necesaria indagación teórico-práctica sobre estas cuestiones, y fue marcando la aparición temprana, y posterior evolución, de un «Derecho de las obras públicas» (Derecho de trabajos públicos) con cierta identidad y visibilidad – particularismo y originalidad, se ha dicho por los estudiosos,²⁶ incluso autonomía²⁷ o un lugar a parte²⁸ – dentro de ese submundo mayor que es la rama *iusadministrativa*.

Zúñiga: “(...) En efecto, por regla general puede asegurarse que los negocios propios de la Administración son todos aquellos, que correspondiendo á alguno de los objetos de esta, no entran en los límites del poder judicial; es decir, todos los que no han llegado á la esfera de *contenciosos*, por no poder ser promovidos en virtud de alguna de las *acciones civiles*. Trátase por ejemplo de construir una fuente pública para el aprovechamiento común de un pueblo; los vecinos tendrán derecho á dirigir sus peticiones á la autoridad administrativa, á fin de que aquella se coloque en el punto más conveniente y se construya del modo más útil al uso del vecindario; pero ninguno de ellos podrá ejercitar una acción civil, reclamando que la fuente se sitúe en otro paraje, ó se ejecute la obra bajo forma distinta que la proyectada. Serán pues privativos de la Administración y no de la Justicia, las gestiones que acerca de este particular se intenten. (...)”; Ortiz de Zúñiga, Manuel, *Elementos de Derecho Administrativo*, t. III, Imprenta y Librería de Sanz, Granada, 1843, consultado en la edición facsimilar: Ortiz de Zúñiga, Manuel, *Elementos de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, pp. 438 y 439.

25. Josse, P. L., *Les travaux publics et l'expropriation*, Paris, Éditions Sirey, 1958, p. 7.

26. Ver la forma en que se expresaban, por ejemplo: de Laubadère, André y Gaudemet, Yves, *Traité de Droit administratif*, Tome 2, *Droit administratif des biens*, 11e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence E.J.A., Paris, 1998, p. 335 y 336; Debbasch, C./ Bourdon, J./ Pontier, J.-M. y Ricci, J.-C., *ob. cit.*, p. 307; Godfrin, Philippe y Degoffe, Michel, *op. cit.*, p. 237; Morand-Deville, Jacqueline, *op. cit.*, p. 609.

27. Chapus, René, *op. cit.*, p. 545.

28. Godfrin, Philippe y Degoffe, Michel, *op. cit.*, p. 237.

De igual forma, se fueron trazando los perfiles de una «teoría jurídica de las obras públicas», que en la segunda mitad y hacia el final del siglo XIX, y los inicios del XX, respondiendo al estado de la ciencia jurídica de la época, y el de la ciencia del Derecho Administrativo en particular, mostraba ya un sitio ganado en los contenidos y la sistemática desde los que se asumía la enseñanza y tratamiento científico del subsistema jurídico-administrativo (el cual pugnaba aún por consolidar sus bases científicas).²⁹ Incluso, en ese contexto, emergían diccionarios, cursos, tratados, obras en sentido general, de importancia y largo aliento que se dedicaron exclusivamente a la cuestión de las obras públicas (trabajos públicos).³⁰

Con todo ello, a la vera de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, desde ese segmento en particular, se fue sustanciando, además, el desarrollo del Derecho Administrativo como subsistema jurídico. No es ocioso ilustrar tal percepción, con lo escrito por Gustave Peiser, quien ha enseñado que la *théorie du travail public* constituye una de las teorías más importantes del Derecho Administrativo, pues posibilitó que el Derecho Administrativo tuviera apreciables progresos en una época donde las grandes teorías que devinieron luego en tradicionales (contratos, responsabilidad) eran inexistentes.³¹

Tanto por su vieja data dentro del universo institucional endémico del subsistema jurídico administrativo, como por las implicaciones que ha tenido en el proceso de construcción teórica y práctica de ese subsistema, y de varias de las instituciones que abarca el universo *iusadministrativo*, es igualmente hoy una percepción asentada y pacífica dentro del pensamiento científico de esa rama, que la noción de *obra pública* se eleva a la categoría de pieza cardinal en el desarrollo del Derecho

29. Según de Laubadère y Gaudemet: “(...) A l’époque où la science du droit administratif commençait à peine de se découvrir elle-même, au XIXe siècle, la théorie des travaux publics est apparue comme l’une des premières constructions du droit administratif moderne. (...)”; de Laubadère, André y Gaudemet, ob. cit., p. 335. En esa propia cuerda, otros autores han apuntado sobre los *travaux publics* que “(...) ils ont donné naissance à l’une des premières théories du droit administratif. Alors que, au XIXe siècle, ce dernier commençait tout juste à sortir des limbes, on peut dire que la théorie des travaux publics était déjà passablement élaborée. (...)”; Auby, Jean-Marie, Bon, Pierre, Auby, Jean-Bernard y Terneyre, Philippe, *Droit administratif des biens*, 5e édition, Paris, Éditions Dalloz, 2008, p. 193.

30. V.gr., con un simple fin ilustrativo: Cottelle, M., *Cours de Droit Administratif appliqué aux travaux publics*, 2 tomos, Troisième édition, Paris, Damont et Dunod, Éditeurs, 1859; Perriquet, E., *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Tomos 1 y 2, Marchal, Billard et Ce, Imprimeurs-Éditeurs, Paris, 1883; Christophle, Albert, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Deuxième édition par Paul Auger, 2 tomos, Paris, Chevalier-Marescq et Cie, Éditeurs, 1889-1890; Lechallas, Georges, *Manuel de Droit Administratif, Services des ponts et chaussées et des chemins vicinaux*, t. I, Tomo II, 1era y 2da partes, Paris, 1889-1893-1898; Guyot, Yves, *Les travaux publics*, Ernest, Flammarion, Éditeur, Paris, 1897; Dardat, Emile, *Exécution des travaux publics*, Vve Ch. Paris, Dunod, Éditeur, 1901.

31. Peiser, Gustave, op. cit., p. 107.

Administrativo a lo largo del siglo XIX y en momentos posteriores. Justo cuando la rama administrativa echaba sus primigenias bases conceptuales y funcionales modernas, así como de varios de los componentes del aparato de categorías y técnicas jurídicas que hoy asume esa esfera administrativa.

Esa realidad le confiere a la obra pública una suerte de «carta de nobleza» (*lettres de noblesse*) –según gráfica expresión de Andrè de Laubadère³²– en la esfera *iusadministrativa*, reconociéndole como una de las primeras construcciones o teorías jurídicas,³³ o una de las más antiguas,³⁴ que se elaboran en el seno del Derecho Administrativo moderno.

En este orden de cosas, desde el Derecho Público español, Tomás-Ramón Fernández Rodríguez catalogó al concepto de obra pública como «uno de los conceptos claves en el proceso de formación de la dogmática *iusadministrativa*»;³⁵ aseverando consecuentemente que “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”.³⁶

El propio Fernández Rodríguez, en su importante trabajo sobre el tema que nos ocupa, ponía de manifiesto como «la legislación general y especial de obras públicas influyó en las instituciones e impulsó su renovación, erigiéndose en el

32. de Laubadère, Andrè y Gaudemet, Yves, *op. cit.*, p. 335.

33. Ver las afirmaciones, entre otros, de: de Laubadère, Andrè y Gaudemet, *op. cit.*, p. 335; Auby, Jean-Marie/ Bon, Pierre/ Auby, Jean-Bernard y Terneyre, Philippe, *op. cit.*, p. 193;

34. Por ejemplo: Peiser, Gustave, *op. cit.*, p. 107; Boussard, Sabine y Le Berre, Christophe, *op. cit.*, p. 253.

35. Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *ob. cit.*, p. 2429. Fernández Rodríguez esclarecía (p. 2435) que: “(...) 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, (...)”; enfatizando luego (p. 2436) que “(...) 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.”

36. Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *ob. cit.*, p. 2438. Siguiendo esa línea, Menéndez Menéndez y Fernández Acevedo, plantearon sobre la obra pública que: “(...) Nos hallamos, en este caso, ante uno de los conceptos clave en el proceso de decantación dogmática del Derecho administrativo moderno. A través del mismo, en efecto, se han perfilado algunas de las instituciones jurídico-administrativas de mayor relieve como, entre otras, la expropiación forzosa, el contrato administrativo, la responsabilidad patrimonial o el servicio público. Figuras, todas ellas, que se gestan y se desarrollan, de este modo, de la mano de la obra pública.”; Menéndez Menéndez, Pablo y Fernández Acevedo, Rafael, “Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública”, Menéndez Menéndez, Pablo (dir.), *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Ediciones, S.L., Madrid, 2003, pp. 33 y sigs.

principio motriz de la configuración dogmática del Derecho Administrativo de la época». Y terminaba enfatizando en torno a la realidad jurídico-institucional del Derecho Administrativo decimonónico que «nada es, en efecto, interpretable al margen de la obra pública, de su realización y explotación».³⁷

Por ello, la importancia de las obras públicas como realidad y categoría jurídica-administrativa, va más allá de los marcos institucionales propios de ella, para extender su valor jurídico en relación con otras instituciones del Derecho Administrativo (contrato, concesiones, responsabilidad, expropiación, por ejemplo); y para trascender en esa valía, además, hacia el de esta rama del Derecho toda, como ámbito del conocimiento y como segmento autónomo del ordenamiento jurídico.

III. SOBRE LA NOCIÓN DE OBRA PÚBLICA

A pesar de la relevancia de las obras públicas dentro del universo del Derecho Administrativo en los siglos XIX y XX, no ha sido ni intenso, ni profundo, el debate jurídico en torno a una determinación precisa de la noción de *obra pública*. No es hasta el siglo XX que los autores comienzan a reparar mejor, en alguna medida, en esa noción jurídica, buscando establecer sus contornos de manera más nítida, a los fines de una mejor ordenación jurídica del universo que implica.

Aún así, no ha sido ese un tema tratado «en demasía» o con la suficiencia requerida,³⁸ como puede esperarse para un fenómeno de tan vetusto linaje dentro del Derecho Administrativo, con una importancia no solo práctica, sino también con un alto valor atribuido en la conformación institucional y sustancial del Derecho Administrativo como subsistema jurídico.

En su conocida obra general, el portugués Marcello Caetano acotaba que la expresión «obras públicas» es de aquellas que, a fuerza de ser usadas, son entendidas por todos, pero pocos conocen su significado exacto.³⁹

37. Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 2436.

38. En el Derecho español, Rosado Pacheco, a fines de la década de 1980, advertía que el concepto de obra pública, en contraste con el de servicio público, "(...) ha recibido por el contrario, un tratamiento verdaderamente secundario y, se pudiera decir, que «de pasada». (...)". Rosado Pacheco, Santiago, "La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (Una reflexión sobre el concepto de obra pública)", en Gómez-Ferrer Morant, Rafael (coord.), *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Editorial, Madrid, 1989, p. 1141.

39. Caetano, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, 4.ª edição atualizada e revista, Coimbra, Coimbra

En las apreciaciones de Menéndez Rexach: “Con el concepto de obra pública ocurre como con casi todos los tópicos. En cuanto se rasca un poco en su superficie, el contenido se deshace entre los dedos. Al cabo de un tiempo de reflexión se ha perdido casi por completo la solidez que se le suponía y su significado se torna nebuloso. Cuando se intenta reconstruir, son tantos los matices y las excepciones que no se acierta a aislar su sustancia.”⁴⁰

Ese sentimiento o convicción –y realidad– en torno a la idea jurídica de obra pública, ha estado condicionado por varias causas, si se miran las particularidades de los ordenamientos jurídico-administrativos en los ciertos estadios de su desarrollo.

Por un lado, puede verse, como en el caso Francés, que en un principio la legislación no proveyó un criterio específico, con vocación generalizadora, para la determinación de los trabajos y las obras públicas, sino que el trazado de los mismos fue desgajándose de la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado y de los trabajos de la doctrina, especialmente en el siglo XX, a partir de situaciones reguladas sectorialmente.⁴¹

De otro lado, en aquellos ordenamientos (como puede ser el caso español) donde fueron apareciendo definiciones de obra pública en la letra de importantes leyes o normas jurídicas,⁴² las cuales tuvieron un peso importante para manejar teórica

Editora, Limitada, 1956, p. 626.

40. Menéndez Rexach, Ángel, “Prólogo”, en Jiménez de Cisneros Cid, Francisco Javier, *Obras públicas e iniciativa privada*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1998, p. 15. En la evaluación de Patricia Valcárcel Fernández: “A pesar de que la obra pública suele presentarse como un concepto propio y clave del Derecho administrativo – lo que daría alas a pensar que a lo largo del tiempo ha ido adquiriendo unos perfiles claros quedando exentos de controversias–, a poco que se descienda en su estudio no tardaremos en comprobar que las apariencias, en este caso, engañan, encontrándonos, en realidad, ante una noción poco elaborada que se puede situar en el limbo de la vaguedad y de la imprecisión, y a la que, cuando menos en el seno de la doctrina española, hasta fechas bien recientes no se la ha dispensado directamente o en sí misma considerada una atención comparable a la que tradicionalmente se ha venido prestando a otras figuras – como, por ejemplo, la del servicio público– con las que *a priori* pudiera pensarse comparte un nivel de protagonismo semejante.” Ver: Valcárcel Fernández, Patricia, *op. cit.*, p. 83.

41. Según Norbert Foulquier: “Comme de nombreuses notions du droit administratif, le travail public n’est défini de manière générale par aucun texte. Seules quelques lois qualifient de la sorte certains travaux. Le législateur a, par exemple, qualifié de travail public la pose des canalisations de produits chimiques, gaziers, pétroliers et les travaux de déminage. Relativement récentes, ces qualifications législatives, adoptées pour éviter toute incertitude quant à ces opérations, ne dérogent pas aux critères jurisprudentiels du travail public que le Conseil d’État a posés progressivement au cours du XXe siècle. (...)”. Foulquier, Norbert, *Droit administratif des biens*, Paris, LexisNexis, 2011, p. 499.

42. El panorama en torno a la noción de obra pública en el siglo XIX español va a estar dominado, a diferencia de Francia, por dos definiciones consagradas en normas positivas: la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, de 10 de octubre de 1845 y la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.

y prácticamente la noción de ese fenómeno dentro de esos ordenamientos,⁴³ Las excepciones de esta clasificación se fijarán por el Gobierno en los casos especiales que ocurrieren, y entonces podrán tener lugar las obras mixtas; esto es, las que reclamadas por el interés o por circunstancias particulares de utilidad pública, han de costearse simultáneamente por el Estado, y las provincias y los pueblos.” Mientras en la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 se regulaba: “Artículo 1.º Para los efectos de esta ley, se entiende por obras públicas 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. Pertenecen al primer grupo: 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. Y al segundo grupo: los edificios públicos destinados á servicios que dependan del Ministerio de Fomento.” esas definiciones fueron «matizadas» por la legislación especial,⁴⁴

En la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, de 10 de octubre de 1845, se dispuso: “Artículo 1º: Para los efectos de esta instrucción se consideran como obras públicas, los caminos de todas clases, los canales de navegación, de riego y de desagüe, los puertos de mar, los faros y el desecamiento de lagunas y terrenos pantanosos en que se interesen uno o más pueblos; la navegación de los ríos y cualesquiera otras construcciones que se ejecuten para satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general.

Artículo 2º: Bajo el nombre genérico de obras públicas se comprenden las del Estado, las provinciales y municipales; y la denominación de cada una de ellas, se determina por la procedencia misma de los fondos con que han de realizarse.

Las excepciones de esta clasificación se fijarán por el Gobierno en los casos especiales que ocurrieren, y entonces podrán tener lugar las obras mixtas; esto es, las que reclamadas por el interés o por circunstancias particulares de utilidad pública, han de costearse simultáneamente por el Estado, y las provincias y los pueblos.” Mientras en la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 se regulaba: “Artículo 1.º Para los efectos de esta ley, se entiende por obras públicas 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.

Pertenecen al primer grupo: 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. Y al segundo grupo: los edificios públicos destinados á servicios que dependan del Ministerio de Fomento.”

43. En los escritos del siglo XIX español, una gran parte de lo más representativo del *iusadministrativismo* ibérico de la época, se limita en sus estudios – según la fecha en que estos se realizaron – a seguir, remitir, reproducir o basarse en la noción de obra pública recogida en el Derecho positivo, ya sea en la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, de 10 de octubre de 1845 o en la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877. Ver por ejemplo: García Goyena, Florencio y Aguirre, Joaquín, *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en todo a la legislación hoy vigente*, corregida y aumentada por Joaquín Aguirre y Dou y Juan Manuel Montalbán, 4ta ed.reformada y considerablemente aumentada por José de Vicente y Caravantes, t. VI, Madrid, Imprenta y librería de Gaspar y Roig, editores, 1852, pp. 454 y 455; Colmeiro, Manuel, *Derecho Administrativo Español*, t. II, 3era ed., Madrid, Imprenta de José Rodríguez, 1865, p. 55; voz “Obras públicas”, en Cos-Gayón, Fernando y Cánovas del Castillo, Emilio, *Diccionario Manual de Derecho Administrativo español para uso de los funcionarios dependientes de los ministerios de Gobernación y Fomento, y de los alcaldes y ayuntamientos*, Madrid, Imprenta de los Herederos de Vallejo, 1860, pp. 776 y 777; Gallostra y Frau, José, *Lo contencioso-administrativo*, Imprenta y Fundición de Manuel Telló, Impresor de Cámara de S. M., Madrid, 1881, pp. 284 y sigs.; Abella, Fermín, *Tratado de Derecho Administrativo Español*, t. II, Madrid, Enrique de la Riva Impresor de la Casa Real, 1886, p. 1175 y 1176.

44. Para Rosado Pacheco, especialmente en el siglo XIX, «el concepto de obra pública estaba apoyado en una

afectando la vocación generalista y unitaria de aquellas nociones y complejizando su apropiación cognitiva, en tanto la idea de obra pública que operaba no podía entenderse adecuadamente sin entrar a considerarse lo dispuesto al respecto en esa legislación especial.⁴⁵

De lo dicho en el párrafo anterior es necesario llamar la atención sobre la circunstancia de que la realidad jurídica sectorial hubo de ser importante en la construcción inicial de la idea de obra pública y en su operatividad como categoría jurídico-administrativa. Y ello porque desde temprano se fue estableciendo una conexión de determinación entre la obra pública y la configuración de otras instituciones jurídico-administrativas particulares como son la expropiación forzosa, las concesiones administrativas, los contratos administrativos y la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Sin hablar ya de su relación con el contencioso-administrativo.

En ese orden de cosas, es ilustrativa la relación de la obra pública (trabajos públicos) con la expropiación forzosa, en tanto fue en torno a esta última donde se dieron algunas de las primeras determinaciones normativas y conceptuales de aquella. Así, para el caso español, según se reconoce en un sector doctrinal de ese país, una primera expresión conceptual, a nivel normativo, de la obra pública, aún cuando formalmente los términos exactos que allí se emplearon fueron el de *obras de interés público* y el de *obras de utilidad pública*, se cifra en la letra Ley de 17 de julio de 1836, sobre enajenación forzosa de la propiedad particular en beneficio público, donde se estableció:

Artículo 1º. 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 procedan los requisitos siguientes: *Primero*: Declaración solemne de que la obra proyectada es de utilidad pública, y permiso competente para ejecutarla. *Segundo*: Declaración

profusa legislación especial». Rosado Pacheco, Santiago, “La Ley General...”, *op. cit.*, p. 1141.

45. Explicaba Menéndez Rexach, para el caso español, que: “(...) La legislación general de obras públicas (Instrucción de 1845 y Ley de 1877) es de una extraordinaria complejidad, pero, cuando se la pone en conexión con las leyes particulares reguladoras de los cuatro ramos tradicionales de carreteras, ferrocarriles, obras hidráulicas y puertos, se constata con sorpresa que las mismas no son mero «desarrollo» de la legislación general, sino que están llenas de peculiaridades de difícil reconducción a un marco unitario.” Menéndez Rexach, Ángel, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

de que es indispensable que se ceda o enajene el todo o parte de una propiedad para ejecutar la obra de utilidad pública. *Tercero*: Justiprecio de lo que haya de cederse o enajenarse. *Cuarto*: Pago del precio de la indemnización. Artículo 2º 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.⁴⁶

La importancia de la conexión sustancial entre las nociones de obra pública y la expropiación forzosa, al menos en el siglo la potestad de la Expropiación forzosa en la Ley de 17 de julio de 1836. (...); Rosado Pacheco, Santiago, “La Ley General de Obras Públicas...”, *op. cit.*, pp. 1146 y 1147. En un trabajo posterior, Rosado Pacheco explicaba: “El concepto clásico de la expropiación forzosa como privación perpetua y absoluta de bienes inmuebles de los particulares apareció en España con la Ley de 7 de julio de 1936. La figura de la expropiación surgió en el Derecho Administrativo español apoyando el desarrollo del intervencionismo estatal, concretamente como brazo auxiliar para la construcción de las obras públicas que, como se ha visto antes, era la técnica más característica del Estado para la conformación de la sociedad. La causa central de la expropiación forzosa era la “Obra pública” que, como título justificativo, mereció una consideración

46. V. gr.: la afirmación del profesor Fernández Rodríguez, al sostener: “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, (...)”; Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 2448. También, ha concluido Rosado Pacheco que: “La idea de obra pública aparece por primera vez y, en sentido moderno, como fundamento de la potestad de la Expropiación forzosa en la Ley de 17 de julio de 1836. (...)”; Rosado Pacheco, Santiago, “La Ley General de Obras Públicas...”, *op. cit.*, pp. 1146 y 1147. En un trabajo posterior, Rosado Pacheco explicaba: “El concepto clásico de la expropiación forzosa como privación perpetua y absoluta de bienes inmuebles de los particulares apareció en España con la Ley de 7 de julio de 1936. La figura de la expropiación surgió en el Derecho Administrativo español apoyando el desarrollo del intervencionismo estatal, concretamente como brazo auxiliar para la construcción de las obras públicas que, como se ha visto antes, era la técnica más característica del Estado para la conformación de la sociedad. La causa central de la expropiación forzosa era la “Obra pública” que, como título justificativo, mereció una consideración positiva en el articulado de la Ley.”; un párrafo más adelante, ese español destacaba: “La consideración legal de la “Obra pública”, como título justificativo del comportamiento expropiatorio, es la primera vez que se formula en el Derecho español. (...)”; Rosado Pacheco, Santiago, *El Estado administrativo...*, *op. cit.*, p. 20. En las consideraciones de Menéndez Menéndez y Fernández Acevedo: “(...) la obra pública en sentido moderno aparece, por vez primera, como fundamento de la potestad expropiatoria, en tanto que única excepción que justificaba la privación de la propiedad privada mediante la enajenación forzosa. En este sentido, el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, tras declarar que la propiedad se configura como un derecho inviolable y sagrado, reconoce que la única posibilidad de ser privado de él se da «cuando la *necesidad pública*, legalmente constatada, lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización». Esa necesidad pública se concreta, precisamente, en la realización de obras públicas. Así se desprende, nítidamente, de nuestra primera ley expropiatoria, la denominada Ley de Enajenación Forzosa de la propiedad particular en beneficio público, contenida en el Real Decreto de 17 de julio de 1936. (...)”

positiva en el articulado de la Ley.”; un párrafo más adelante, ese español destacaba: “La consideración legal de la “Obra pública”, como título justificativo del comportamiento expropiatorio, es la primera vez que se formula en el Derecho español. (...)”; Rosado Pacheco, Santiago, *El Estado administrativo...*, *op. cit.*, p. 20. En las consideraciones de Menéndez Menéndez y Fernández Acevedo: “(...) la obra pública en sentido moderno aparece, por vez primera, como fundamento de la potestad expropiatoria, en tanto que única excepción que justificaba la privación de la propiedad privada mediante la enajenación forzosa. En este sentido, el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, tras declarar que la propiedad se configura como un derecho inviolable y sagrado, reconoce que la única posibilidad de ser privado de él se da «cuando la *necesidad pública*, legalmente constatada, lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización». Esa necesidad pública se concreta, precisamente, en la realización de obras públicas. Así se desprende, nítidamente, de nuestra primera ley expropiatoria, la denominada Ley de Enajenación Forzosa de la propiedad particular en beneficio público, contenida en el Real Decreto de 17 de julio de 1936. (...)”; Me posterior, que ha mirado a la evolución de esa primera noción. XIX, no pasó desapercibida por la doctrina de entonces y por la posterior, que ha mirado a la evolución de esa primera.⁴⁷

En el Derecho francés decimonónico, cuando se analizaba la definición de *travail public* en una de las obras de relevancia al respecto, se destacaba que

On reconnait aujourd’hui presque unanimement qu’un travail a le caractère de «travail public», toutes les fois qu’il serait possible de recourir à l’expropriation pour cause d’utilité publique, si elle était nécessaire à son exécution. L’utilité publique, est, en effet, la condition essentielle sans laquelle l’expropriation ne peut être prononcée, ni une entreprise qualifiée travail public. Aussi voyons-nous que, lorsque la loi de 1841

47. En las aseveraciones de Tomás-Ramón Fernández, desde el contexto español: “(...) 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. 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 pasar 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”. Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 2436

a voulu d'terminer les cases pour lesquelles l'expropriation pourrait être ordonnée, elle n'a rien trouvé de mieux que de dire qu'elle pourrait l'être pour l'exécution de tous les travaux publics. Il y a donc une corrélation évidente entre ces deux idées.⁴⁸

Como bien advirtiera un autor latinoamericano -Luis Varela-, en las postrimerías del período decimonónico, en un importante trabajo sobre la cuestión de las obras públicas, aun para anotar la insuficiencia de ese enfoque: "Es muy frecuente definir los trabajos públicos diciendo que son aquellos para la ejecución de los cuales se puede proceder á la expropiación del dominio particular".⁴⁹

Otro aspecto a considerar cuando se mira al proceso de construcción de la noción de *obra pública*, es su estrecho vínculo con otras dos categorías esenciales dentro del Derecho Administrativo: el *dominio público* y el *servicio público*.

En efecto, si bien como noción jurídicamente relevante en lo administrativo, la obra pública va operando en un inicio (finales del siglo XVIII y comienzos del XX) con cierta ganada entidad anterior a la que luego adquirirán el dominio público y el servicio público. Lo cierto es que en la media en que avanza la etapa decimonónica se van estableciendo importantes conexiones conceptuales, en lo sustancial, entre la obra pública, el dominio público y el servicio público. Al punto tal, que la primera llega a definirse en relación con alguno de los dos últimos; y la doctrina posterior llegó a advertir el estado de confusión que se dio entre esas instituciones jurídicas.

En un ejemplo que grafica lo anterior, podemos encontrarlo en el colombiano Carlos H. Pareja, quien apuntó en su momento:

Otro principio del régimen del dominio público es el de que las obras ejecutadas por el Estado en bienes de ese dominio o en su interés, con fines de servicio público, son obras públicas, en el sentido clásico de esta expresión, y están amparadas por las prerrogativas especiales que la ley les ha otorgado. En consecuencia, no hay

48. Christophle, Albert, Deuxième édition par Paul Auger, *op. cit.*, pp. 1 y 2.

49. Varela, Luis, "Apuntes de Derecho Administrativo para el Aula de Economía Política y Legislación de Obras Públicas", Segunda parte, en *Anales de la Universidad*, Año III, t. VI, Montevideo, Imprenta Artística, de Dornaleche y Reyes, 1894, p. 73.

obra pública propiamente dicha sino cuando ésta se realiza para la utilidad o el servicio público, y por alguno de los procedimientos del derecho administrativo; si la actividad de que se trata no tiene nada que ver con el servicio público, habrá obra particular del Estado, pero no obra pública. Así, las obras ejecutadas por una institución de utilidad común para beneficio de su dominio privado, no son obras públicas, sino privadas, y no pueden justificar la expropiación en su favor; además, para que haya obra pública es indispensable que esta se realice por una entidad de derecho público o por su cuenta y bajo su control.⁵⁰

Claro está, la realidad anterior estuvo asociada, por un lado, a una etapa de desarrollo del Derecho Administrativo donde sus categorías esenciales no estaban del todo delimitadas entre sí, produciéndose confusiones gnoseológicas entre ellas, en tanto cada una no había alcanzado aún su autonomía conceptual. Y, de otro lado, a periodos donde hubo preeminencia sustancial de una noción sobre otras – es el caso del servicio público – a partir de la operatividad de esa en la búsqueda de un criterio de definición del funcionamiento de la Administración Pública o del funcionamiento administrativo, del marco jurídico especial ordenador de ese funcionamiento y de la competencia jurisdiccional para resolver los conflictos que de ese funcionamiento de derivaban.

Esa realidad ha sido ya identificada, constatada, descrita y evaluada por el pensamiento *iusadministrativista* que se ha ocupado del estudio de la cuestión, desde hace ya mucho tiempo.⁵¹

En este sentido, resulta paradigmático lo analizado por José Luis Villar Palasí, cuando apreciaba que:

50. Pareja, Carlos H., *Curso de Derecho Administrativo teórico y práctico adaptado especialmente a la administración pública colombiana*, Vol. I, 2da ed. refundida y muy aumentada, Bogotá, Editorial El Escolar, 1939, p. 317. (La negrita es del original).

51. Véase, por ejemplo, lo que señalaran: Capitant, René, “La double notion de travail public”, en *Revue de Droit Public et de la Science politique en France et a l'etranger*, Tome quarante-sixième, XXXVIe année, Marcel Giard, Libraire-Éditeur, Paris, 1929, pp. 507 y 508; Villar Palasí, José Luis, *Derecho Administrativo*, t. I, *Introducción y teoría de las normas*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Madrid, Universidad de Madrid, 1968, p. 155; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, *Contratos administrativos. De los contratos en particular*, 3era ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pp. 504 y ss.; Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *op. cit.*, pp. 2429 y 2430; Villar Ezcurra, José Luis, *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 52 y sigs.; Rosado Pacheco, Santiago, “La Ley General...”, *op. cit.*, p. 1139 y sigs.; Jiménez de Cisneros Cid, Francisco Javier, *Obras públicas e iniciativa privada*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1998, pp. 45 y sigs.; Valcárcel Fernández, Patricia, *op. cit.*, p. 67, pp. 128 y ss.; y Menéndez Menéndez, Pablo y Fernández Acevedo, Rafael, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

En los comienzos de nuestro Derecho administrativo, dominio público, obra pública y servicio público son técnicas de mutuo apoyo y de igual cobertura, que sólo cobran independencia al ir logrando sustantividad en los comienzos de nuestro siglo. Así en el artículo 339 de nuestro Código civil se delimitan los bienes de dominio público por el uso público (número 1) o por estar destinados a algún un servicio público. El artículo 3.o de la Ley de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855 es típica muestra de este baturrillo conceptual, que tanto juego iba a dar a lo largo de un siglo: «Todas las líneas de ferrocarriles, destinadas al servicio general, son de dominio público y serán consideradas como obras de utilidad general.»(...).⁵²

Un ejemplo ilustrativo en la cuerda de razonamiento que vinculaba la idea de obra pública con el dominio público – que por *Administrativo*, t. I, *Introducción y teoría de las normas*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Madrid, Universidad de Madrid, 1968, p. 155; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, *Contratos administrativos. De los contratos en particular*, 3era ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pp. 504 y ss.; Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *op. cit.*, pp. 2429 y 2430; Villar Ezcurra, José Luis, *Servicio público y técnicas de conexión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 52 y sigs.; Rosado Pacheco, Santiago, “La Ley General...”, *op. cit.*, p. 1139 y sigs.; Jiménez de Cisneros Cid, Francisco Javier, *Obras públicas e iniciativa privada*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1998, pp. 45 y sigs.; Valcárcel Fernández, Patricia, *op. cit.*, p. 67, pp. 128 y ss.; y Menéndez Menéndez, Pablo y Fernández Acevedo, Rafael, *op. cit.*, pp. 38 y 39. recurrido no deja de ser útil – es el parecer de Maurice Hauriou, en su comentario al *arrêt Espitalier* (de 10 de noviembre de 1900, del Tribunal de Conflictos de Francia), donde apreciaba que en la argumentación del Tribunal de Conflictos sobre la *Rotonde de la ville d’Aix* se asimilaba la *obra pública* a la dependencia del *dominio público*. De ahí el énfasis de Hauriou en que: “(...) Toute dépendance du domaine public, alors même qu’elle n’aurait jamais, au préalable, été l’objet d’un travail de création ou de construction ou d’aménagement, est un ouvrage public. (...)”.⁵³ Y que: “Certes, ce n’est pas

52. Entre los varios trabajos en que este maestro español advierte estas situación, referimos aquí –de donde extraemos la cita–: Villar Palasí, José Luis, *op. cit.*, p. 155. Véase también: Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *ob. cit.*, pp. 2430; Villar Ezcurra, José Luis, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

53. Hauriou, Maurice, *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929*, Tome III, D’après les notes d’arrêts de Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou, Paris, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), 1929

nous qui verrons inconvénient à ce que l'opération de travaux publics soit ainsi étroitement rattachée au domaine public. Cela répond à une idée très juste. (...). L'opération de travaux publics devient ainsi un moyen de gestion du domaine public. (...)."⁵⁴

De ese modo, lo que se evidencia en ese horizonte era que la *obra pública* se concebía, esencialmente, con un nexo bien cercano al *dominio público*;⁵⁵ resaltando la primera, en su configuración, tanto como una operación de construcción o transformación física del dominio público, cuanto un bien inmueble integrante del dominio público.

El paso del Derecho Administrativo hacia el siglo XX, y el avance en los primeros años de esa centuria, estuvo marcado por los reacomodos funcionales y conceptuales, en una tendencia en la que destacan las aportaciones que se derivaron de la delineación del *servicio público* como forma de la actuación pública y como categoría jurídico-administrativa. De allí, para una parte influyente de la ciencia *iuspublicística* de ese tiempo, emergió el *servicio público* como criterio base de identificación del espacio de actuación pública, y como eje de determinación sustancial del universo categorial que involucraba el subsistema jurídico administrativo.

Por lo que no resulta nada extraño encontrar soluciones, contextualizadas en ese panorama, que se orientaron esta vez por establecer un puente de dependencia o de conexión estrecha entre las ideas de *obra pública* y la de *servicio público*, con un valor determinante del segundo sobre la primera.

(Nouveage tirage 1931), p. 373.

54. Hauriou, Maurice, *La Jurisprudence Administrative...*, Tome III, *op. cit.*, p. 373.

55. Véase, para el caso del Derecho Administrativo español, lo planteado por: Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, *ob. cit.*, p. 2430. Según escribía por su lado Francisco Javier Jiménez de Cisneros Cid (*op. cit.*, pp. 45 y 46): "La conexión entre el concepto de obra pública y dominio público, y más específicamente, la configuración de las obras públicas como un supuesto de bien de dominio público por estar destinado a un uso público (canales, caminos, puertos, puentes, art. 339.1 del Código Civil) o a un servicio público (art. 339.2 del Código Civil), no es un resultado original al que lleguen el Código Civil y la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, sino el precitado final de una larga evolución que se produce mediados del siglo XIX y en cuya génesis han tenido no poca importancia las aportaciones doctrinales."; y en líneas posteriores (p. 47) acogía que las obras públicas eran estudiadas por los autores previos a la Ley de Obras Públicas de 1877 dentro de los bienes públicos y con el mismo régimen jurídico que las pertenencias del dominio público, para afirmar además: "(...) No hay pues duda alguna: para la doctrina española de esos años la obra pública es un ejemplo de dominio *por estar destinado a una utilidad común o uso general*". Ver también, entre otros, a: Rosado Pacheco, Santiago, "La Ley General de Obras Públicas...", *op. cit.*, pp. 1155 y ss.; Menéndez, Pablo y Fernández Acevedo, Rafael, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

De hecho, ya desde el siglo XIX se venía abriendo paso una orientación conceptual de este tipo,⁵⁶ que va a consagrarse, en diversa escala de matices, en opiniones doctrinales como las de Henry Berthélemy, quien al conceptualizar los *travaux publics* decía previos a la Ley de Obras Públicas de 1877 dentro de los bienes públicos y con el mismo régimen jurídico que las pertenencias del dominio público, para afirmar además: “(...) No hay pues duda alguna: para la doctrina española de esos años la obra pública es un ejemplo de dominio *por estar destinado a una utilidad común o uso general*”. Ver también, entre otros, a: Rosado Pacheco, Santiago, “La Ley General de Obras Públicas...”, *op. cit.*, pp. 1155 y ss.; Menéndez, Pablo y Fernández Acevedo, Rafael, *op. cit.*, pp. 38 y 39. que eran trabajos de *construction, d’aménagement et d’entretien* ejecutados por una persona moral administrativa en vista de un servicio público.⁵⁷

Dentro de esta vertiente, resulta paradigmático el francés Gastón Jèze cuando, a pesar de reconocer que la jurisprudencia de su país no llegaba a admitir esa dependencia entre trabajo público (obra pública) y servicio público como condicionante de la configuración del *travail public*, sentenciaba que «la noción de *travail public* y la noción de servicio público son lógicamente indisolubles».⁵⁸

De los movimientos constructivos de las arquitecturas del *dominio público* y del *servicio público* como categorías jurídico-administrativas, resultaron nuevos elementos en pos de ganar en conciencia al tiempo de fijar la distinción entre

56. Ver como se pronunciaba, pro ejemplo, Batbie sobre la definición de *travaux publics* en: Batbie, A., *Traité théorique et pratique de Droit Public et Administratif*, Tome VII, Deuxième édition, L. Larose et Forcel Librairies-Éditeurs, Paris, 1885, pp. 133 y sigs.

57. Berthélemy, Henry, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, Huitième édition, Rousseau & Cie Éditeurs, Paris, 1916, p. 565.

58. Jèze, Gastón, “Caractères essentiels des principaux contrats administratifs”, Estudio de jurisprudencia, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Tome quarante-deuxième, XXXIIe année, Marcel Giard Librairie-Éditeur, Paris (5e), 1925, p. 459; en la nota 1 al pie de esa propia página, y correspondiendo con el fragmento reproducido al que pertenece esta nota, Jèze escribía: “Corneille, *conclusions dans l'affaire Astruc*, 7 avril 1916, R. D. P., 1916, p. 374: «*La théorie particulière du travail public est... un dérivé de la théorie plus générale du service public*». En el Derecho español, Gascón y Marín afirmó que: “Muy directamente relacionada con la noción de «servicio público» está la «obra pública», nociones unidas en la legislación al regular la forma contractual de obras, servicios, ventas y arrendamientos; pero que conviene considerar separadamente, ya que son cosas diferentes *servicio público, obra pública y edificio público*, aunque la construcción de un edificio pueda ser obra pública, y la realización de la obra pública requiere la existencia de varios servicios públicos, como el de construcciones civiles o militares, y la realización de un servicio público requiere la construcción de obras y edificios públicos”; y el viejo maestro español estampaba que: “Es esencial en la obra pública la finalidad de servicio público, de medio para realizar este.”; Gascón y Marín, José, *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y legislación española*, t. I, *Doctrina general*, 12ma ed. revisada, C. Bermejo, Madrid, Impresor, 1952, pp. 245 y 246.

dominio público, obra pública y servicio público. Lo que permitió arrojar cierta claridad sobre la relación y convergencia de esas categorías y sus regímenes jurídicos; y, por otro lado, contribuyó a la afirmación de la identidad e independencia de ellas como figuras jurídicas.

Asimismo, se puso en evidencia que los criterios del *dominio* y el *servicio públicos* podían operar como indicadores de la sustancia configuradora de la *obra pública*;⁵⁹ pero también que los primeros resultaban insuficientes para encuadrar la proyección completa de esa sustancia, pues la perspectiva de la segunda no se agotaba en ellos, ni siempre ha de tener correspondencia estricta con aquellos para perfilarse como tal.⁶⁰

En definitiva, el proceso evolutivo que siguió a lo largo del siglo XX el Derecho Administrativo y sus instituciones jurídicas correspondientes, fijaría los moldes de la noción de *obra pública*, a la par de sus conexiones con las realidades que han de conformar el *dominio público* y el *servicio público*, advirtiendo en esa evolución la presencia de la relación con el dominio público y el servicio público, pero sin quedar atrapada en dicha relación.⁶¹

Finalmente, otra cuestión sobre la que hay que llamar la atención, al tiempo de la apreciación de la noción jurídica de obra pública y su desenvolvimiento en todo este tiempo, radica en el impacto que ha tenido en la construcción de esa noción su operatividad a efectos jurisdiccionales administrativos.

59. Para René Capitant (*op. cit.*, p. 510), por un lado: “Dans le sens actif, l’expression travail public désigne une catégorie de service public. On appelle travail public tout service public à objet immobilier, c’est-à-dire s’exerçant sur un immeuble, oeuvrant un immeuble. Il faut donc qu’un service public ait un objet immobilier pour être un travail public. (...) Un travail public est donc un service public immobilier (...)”; y, por el otro (p. 522): “Le travail public, dans son sens passif, c’est-à-dire l’ouvrage public, n’est plus une catégorie de service public, comme précédemment, mais une dépendance du domaine public.”

60. Escritores como André de Laubadère e Yves Gaudemet (*op. cit.*, p. 341) hacían la salvedad, sobre la evolución de la noción de *travail public*, que: “La notion de travail public a toujours été comprise dans un sens relativement large. Elle n’a notamment jamais été limitée par l’exigence d’une stricte relation avec, par exemple, des notions telles que celles de domaine public ou de service public.”

61. Resumía Rolland sobre la definición de *travail public* que: “(...) Elle n’est cependant donnée par aucun texte. Elle résulte d’une évolution assez longue de la jurisprudence. Celle-ci a d’abord lié étroitement les notions de travail public et de domanialité publique. Le travail public était un travail portant sur un immeuble du domaine public. La définition a été ensuite étendue au travail portant sur une propriété immobilière privée se trouvant affectée à un service public (Const. D’Ét. 28 nov. 1903, Genselet, Rec., p. 739). Ultérieurement, la jurisprudence a étendue la définition au travail fait pour la compte d’une personne morale de droit public sur une dépendance domaniale ou sur une propriété immobilière privée utilisée pour une entreprise privée d’intérêt public. Finalement est considéré actuellement comme travail public tout travail de construction, d’aménagement ou d’entretien d’un immeuble exécuté pour le compte d’une personne morale de droit public dans un intérêt public. Il résulte de là que plusieurs conditions sont nécessaires, mais suffisantes pour qu’il y ait travail public.” Rolland, Louis, *Précis de Droit Administratif*, Neuvième édition, Paris, Librairie Dalloz, 1947, p. 548.

Y ello no es cosa menor, pues un dato significativo en esto es el hecho que la noción misma de obra pública ha tenido, en algunos ordenamientos jurídico-administrativos como el francés, un fuerte influjo jurisprudencial, a raíz de la ausencia – durante mucho tiempo – de una definición normativa de ese instituto en cuestión, con vocación generalista dentro de dicho orden jurídico.⁶² Frente a las indeterminaciones, vaivenes y sectorialización de la legislación, donde no siempre se ha podido consagrar en el panorama que componen los diversos ordenamientos jurídico-administrativos, a nivel normativo, un criterio preciso sobre la idea de obra pública, en algunos de esos ordenamientos, ha sido la jurisprudencia administrativa, en razón de las necesidades de su actuación jurisdiccional, la que ha aportado sustancialmente al desgajamiento, a esos efectos en concreto, de los trazos esenciales de la noción de obra pública; que luego han sido tomados por la doctrina, como uno de los materiales esencial, amalgamado con lo establecido en la legislación correspondiente, para las construcciones teóricas que al respecto ha elaborado.

Por tales razones, en Francia, se ha llegado a advertir la importancia que ha tenido la jurisprudencia en la conformación de la noción jurídica de obra pública (trabajos públicos).⁶³ Señalándose expresamente el «carácter jurisprudencial de la noción de obra pública» (trabajos públicos);⁶⁴ y concluyéndose, desde antiguo, que ante la laguna dejada por el legislador en la definición de obra pública es necesario «recurrir a los pronunciamientos de la doctrina y de la

62. En un viejo texto especializado francés, su autor advertía (en conclusión que trascendió a la realidad normativa del siglo XX y lo surcó, y que en sentido similar ha sido señalada por la doctrina de ese país en diferentes momentos hasta hoy) que: “L’expression «travaux publics» se trouve dans plusieurs textes de lois, notamment dans le décret des 7-11 octobre de 1790, dans le article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui a attribué aux Conseil de préfecture tout le contentieux de ces travaux, et dans l’article 3 de la loi du 3 de mai 1841 sur l’expropriation pour cause d’utilité publique. Mais nulle part le législateur n’en a donné la définition.” Christophle, Albert, Deuxième édition par Paul Auger, *op. cit.*, p. 1.

63. Ver, por ejemplo, lo expuesto por: Christophle, Albert, Deuxième édition par Paul Auger, *op. cit.*, p. 1; Rolland, Louis, *ob. cit.*, pp. 547 y 548 ; Prieux, Henri, *Traité pratique de Droit de travaux publics*, Premier Volume, 4e édition revue et augmentée, Éditions du Moniteur des Travaux Publics, Paris, 1954, p. 41; Josse, P. L., *op. cit.*, p. 7; de Laubadère, André y Gaudemet, Yves, *op. cit.*, p. 340; Auby, Jean-Marie, Bon, Pierre, Auby, Jean-Bernard y Terneyre, Philippe, *op. cit.*, p. 197; Debbasch, C., Bourdon, J., Pontier, J.-M. y Ricci, J.-C., *op. cit.*, p. 311; Peiser, Gustave, *ob. cit.*, p. 108; Morand-Deville, Jacqueline, *op. cit.*, pp. 610 y 611; Foulquier, Norbert, *op. cit.*, p. 499; Boussard, Sabine y Le Berre, Christophe, *op. cit.*, p. 253.

64. V.gr.: De Laubadère, André e Gaudemet, Yves, *op. cit.*, p. 340; Auby, Jean-Marie, Bon, Pierre, Auby, Jean-Bernard y Terneyre, Philippe, *op. cit.*, p. 197.

jurisprudencia»,⁶⁵ o que «la definición resulta entonces de la doctrina y de la jurisprudencia».⁶⁶

De tal suerte, la idea de obra pública no siempre ha operado con el mismo alcance, sino que ha visto mover sus contornos definitorios, para encuadrar ciertas situaciones de hecho dentro de sus marcos sustanciales jurídicos y aplicarles los cánones de la particular tutela jurídico-administrativa que implica; y, a partir de ahí, atraer hacia la competencia del juez administrativo el conocimiento de las cuestiones litigiosas que en ellas se susciten y que les tengan por centro.⁶⁷

Según estimaba Josse, en razón de los pronunciamientos sobre la definición de trabajos públicos, en su momento elaborados por el Consejo de Estado y seguidos por la Corte de Casación francesa (*Req. Syndicat d'électricité de Seyssel*, 25 de marzo de 1935, D. P. 1937. 1. 17 y nota de Blaevoet) "(...) Cette définition, par l'accord des deux juridictions suprêmes, avait une valeur pratique; elle donnait certaine extension à la notion de travaux publics, beaucoup plus pour considérations d'opportunité que par une l'application de principes juridiques, afin de pouvoir soumettre aux règles d'un droit particulier, réservant les prérogatives de l'administration, tous les travaux présentant un intérêt général. (...)".⁶⁸

Es así que la noción de obra pública, tanto a efectos sustanciales como jurisprudenciales, ha podido funcionar y desplegar una vis expansiva o extensiva en su alcance, expandiendo o excediendo sus contornos esenciales, ampliando el contenido material que cubre formalmente como categoría jurídica y extendiendo a ese contenido la específica tutela jurídica que como régimen de Derecho implica. En razón de esa vis expansiva o extensiva, en su

65. Christophle, Albert, Deuxième édition par Paul Auger, *op. cit.*, p. 1.

66. Josse, P. L., *op. cit.*, p. 7.

67. Duez y Debeyre, reparaban en el hecho de que la jurisprudencia administrativa francesa había asumido una definición amplia de *travail public* (que denominaban *notion générale du travail public par nature*), apuntando que: "Cette notion de travail public par nature est large et l'évolution de la jurisprudence au XIX^e siècle a été dans le sens d'une extension progressive de cette notion. Pourquoi? A fin de maintenir la compétence administrative sur un contentieux afférent à une matière importante sans encombrer le Conseil d'État puisque le juge de première instance est le conseil de préfecture." Duez, Paul y Debeyre, Guy, *Traité de Droit Administratif*, Paris, Librairie Dalloz, 1952, p. 914.

68. Josse, P. L., *op. cit.*, pp. 7 y 8.

tracto histórico como noción jurídicamente relevante para lo administrativo, ella ha funcionado con un carácter atractivo o con una vis atractiva para justificar la inclusión de situaciones dentro del específico régimen de las obras públicas (Derechos de los trabajos públicos) y, así, dentro de la competencia del juez administrativo.⁶⁹

69. Philippe Godfrin y Michel Degoffe, explicaban que al atribuir el *contentieux des travaux public* (contencioso de trabajos públicos o contencioso de obras públicas) a la jurisdicción administrativa, la competencia de atribución a esa jurisdicción obligó inmediatamente a definir con precisión la operación de trabajos públicos (obras públicas), y la jurisprudencia daría un contenido muy extensivo a esa noción, entre otras razones (en este caso la señalan como *raison doctrinale*), porque “(...) Una simplification du contentieux sera obtenue en constituant un véritable bloc de compétences en matière de ou matérielles, qu’un lien, même ténue, rattache à l’exécution d’un travail puavaux publics au profit des conseils de préfecture. Tous les actes, juridique blic, relèveront du contrôle des conseils de préfecture. Tous les litiges relatifs, principalement ou accessoirement, à une opération de travail public seront de la compétence de cette juridiction. C’est cette politique jurisprudentielle qui est à l’origine du «caractère attractif des notions de travail public et d’ouvrage public».” Godfrin, Philippe y Degoffe, Michel, *op. cit.*, p. 238.