



Los títulos jurídicos referidos a las obras públicas a través de la historia

La evolución de «obra pública»

La historia del poder o de la Administración es la de la búsqueda de títulos de intervención en las actividades sociales cotidianas. Títulos que se configuran inicialmente como políticos para pasar después —cuando están asumidos por la sociedad— a ser meras técnicas instrumentales.

Cada época ha tenido su título prevalente: la pax pública, el dominio público, la policía, el fomento, la obra pública, el servicio público y la actividad prestacional. En la plenitud y en las postrimerías de la Edad Media, la pax pública —concebida a semejanza de la pax Dei que atribuía a la Iglesia la potestad para garantizar la seguridad de los lugares sagrados— permitió al rey entender que le correspondía el poder de hacerlo en los caminos y en los mercados (el coto regio), naciendo

así el concepto de policía y, después, como regalía mayor, el de dominio público, pues, se dijo que, si el rey mantenía el orden en esos lugares, lo hacía porque eran de su titularidad. La policía fue el título de intervención arquetípico en la Modernidad; la policía del bienestar o fomento, en el siglo XVIII; la obra pública, en el siglo XIX y en la primera mitad del XX, y la providencia asistencial propia del Estado social, en la segunda mitad de la pasada centuria.



► Puente de la Constitución de 1812 en Cádiz.

Concepto clásico de obra pública

La intervención pública en materia de obras –luego llamadas públicas– durante el siglo XVIII está presidida por la idea de fomento. El Estado adquiere la conciencia de hacer caminos, canales, faros y puertos. Lo pusieron de manifiesto el P. Martín Sarmiento, B. Ward, Antonio Ponz y, sobre todo, Fernández de Mesa, al decir que “una Monarquía sin cómodos caminos es, una nave sin remos, un ave sin alas y un cuerpo paralítico, en que no puede correr como conviene el juego del gobierno y la economía”. Y ello se plasmó en la primera legislación general de caminos –el Real Decreto de 10 de junio de 1761, la Ordenanza de Intendentes Corregidores de 1749, la Cédula de 1 de noviembre de 1772, el Real Decreto de 8 de octubre de 1778, etc.– y en el denominado Informe de Betancourt, dirigido en 1803 por quien fuera Director del Gabinete de Máquinas en España e Inspector General de Caminos en Rusia a Don Pedro de Cevallos. Al considerar los caminos necesarios para el progreso, se comenzó la carretera de Madrid a La Coruña (1749), se construyó la de Reinosa a Santander (1750), se abrió el camino de Bilbao a Burgos (1751) y el de Irún a Álava (1751). En 1769, se ordenó colocar mojones de piedra, de media en media legua. Y de 1780 a 1789, se construyeron 195 leguas de



► Máquina explorando en la estación de Reinosa. Cantabria. 1912.

caminos y se repararon otras 200. Se fabricaron 322 puentes nuevos y se rehabilitaron 45. Se hicieron 1049 alcantarillas camineras, como recogía Córdoba Pacheco. Lo mismo se puede decir respecto de los puertos, pues en esa época se mejoraron, ampliaron o construyeron de nueva planta los de San Sebastián, Bilbao, Santander, Gijón, El Ferrol, Cádiz, Málaga, Cartagena y Barcelona y se empezó el alumbrado marítimo de una



► Acueducto de San Telmo. Málaga. Obra de ingeniería hidráulica del s. XVII.



► Puente de la Muza
en Balmaseda

forma regular, levantándose los faros de Monte Igueldo, Punta Galea en Bilbao, La Coruña, Cádiz, Málaga, Punta de la Podadera e isla Escombrera en Cartagena, Barcelona y Mallorca.

Siglos XIX y XX

En el siglo XIX, afirmado el carácter sagrado e inviolable de la propiedad, sólo podía obligarse a los particulares a su enajenación —mediante la expropiación— si se precisaba para la ejecución de una obra de utilidad pública u obra pública a secas. Se entendía por ésta, primeramente, los “caminos de todas clases, los canales de navegación, de riego y desagüe, los puertos de mar, los faros y el desecamiento de lagunas y terrenos pantanosos en que se interesen uno o más pueblos, la navegación de los ríos y cualesquiera otras construcciones que se ejecuten para satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general” (Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, aprobada por Real Decreto de 10 de octubre de 1845) y luego, más am-

pliamente, quedaron incluidos “los caminos de hierro y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos” —Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877—. El título de intervención obra pública inspira gran parte de la regulación administrativa del siglo XIX y de los comienzos del XX. La Ley de Travesías de 11 de abril de 1849, la Ley de Caminos Vecinales de 28 de abril del mismo año, las leyes de carreteras de 7 de mayo de 1851 —llamada Arteta por su promotor—, de 22 de julio de 1857 —conocida como Ley Moyano—, de 4 de abril de 1877 —tildada como Ley Toreno—, el plan general de carreteras de 6 de septiembre de 1866, las sucesivas leyes de ferrocarriles, las de aguas de 1855 y 1879, la de puertos de 1880, la de obras hidráulicas de 7 de julio de 1911 y la Ley Cambó de paseos marítimos de 1922 —asumiendo la de 1918 del de Barcelona— encuentran su título legitimador en la noción de obra pública. Esa variada regulación reservaba siempre la titularidad de la obra a favor de la Administración pero, por otra parte, ponía de manifiesto su incapacidad empre-



► Muralla de Ávila.

sarial para ejecutarla. Así se estableció, como sistema normal para hacerlo, el del contrato. En efecto, aunque en las primeras normas citadas el régimen concesional tenía carácter subsidiario para el caso de insuficiencia pública e imposibilidad de su ejecución mediante el sistema de contrataciones –contrato de obras–, pronto cambió la situación. Desde 1855 y sobre todo desde 1877, es el régimen concesional –la concesión de obra pública– el que deviene ordinario. Un sistema concesional apoyado por la Administración mediante subvenciones y auxilios, concebido como contrato de resultado, sujeto a la regla del principio de riesgo y ventura, en el que no se garantiza al particular una rentabilidad por su inversión o por la explotación de la obra sino que ésta derivará del interés que despierte en la sociedad.

La obra pública clásica declina en los albores del siglo XX, pero no desaparece. La pasada centuria es la del servicio público, la de la actividad prestacional, a cargo del Estado. Este se reserva a su favor la titularidad de innumerables actividades que con-

sidera de interés general o social, hasta tal punto que se habló sin recato del Estado providencia o el Estado prestacional. Y la obra pública ve palidecer sus características propias para modularse con elementos funcionales propios del servicio público. El examen de las leyes de 26 de febrero de 1953, de carreteras de peaje, la 55/1960, de 22 de diciembre, sobre construcción, conservación y explotación de carreteras en régimen de concesión, los decretos leyes específicos de las autopistas en régimen de concesión dictados en los años sesenta de la pasada centuria y la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de autopistas en régimen de concesión, lo evidencian. La obra pública se ve fuertemente condicionada por la inclusión en su noción de los elementos definidores del servicio público, de tal suerte que sólo es obra pública la construcción de la fábrica pues su gestión y explotación está presidida por la idea de servicio. La prevalencia de esta idea de servicio tuvo además otra consecuencia: la ejecución directa de la obra pública por la Administración y, una vez construida, su apertura al uso público y gratuito, de manera general.



► Ejemplar de la Constitución de 1978 en el Congreso de los Diputados. Debajo, faro de Cudillero, Asturias (Foto Puertos del Estado).

La Constitución de 1978

La Constitución de 1978 se aprobó cuando la noción de Estado providencial o prestacional estaba en su punto álgido. Y así quedó plasmado en múltiples preceptos, configurándose una cons-

titución económica —en sentido jurídico— que pivota sobre dos principios rectores diametralmente opuestos —la libertad económica, de un lado, y la reserva pública de determinados bienes y servicios y la planificación económica, de otro—. Esos principios han venido siendo ponderados, con mayor o menor intensidad, durante los años de su vigencia.

La prevalencia de los títulos servicio público y actividad prestacional en la Constitución no significa que el de obra pública quedara orillado. Antes al contrario, pervive en la Norma Fundamental y, además, adquiere perfiles peculiares y de singular relevancia; perfiles que estaban unas veces atisbados ya y otras, con un grado de maduración relevante, a la hora de su aprobación.

En la Constitución de 1978 y en su legislación de desarrollo, la obra pública ha sido configurada, en primer término, como un título de distribución de competencias; en segundo lugar, se ha visto acentuado el aderezo indivisible del servicio —quedando además embebido en el concepto de infraestructura— y, finalmente, está hoy en fase de transformación para perder su nota característica: su titularidad pública.





Distribución de competencias

La obra pública se erige en la Constitución de 1978 como un título de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, según previenen sus artículos 148 y 149. Las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio, los ferrocarriles y las carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en

el territorio de la Comunidad, los puertos de refugio, los puertos y aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales son competencia de las Comunidades Autónomas. Los puertos y aeropuertos de interés general, los ferrocarriles que transcurren por más de una Comunidad Autónoma, las obras públicas de interés general o cuya realización afecta a más de una de ellas son competencia del Estado. La de-



► Tren AVE

limitación entre las competencias estatales y autonómicas pivota sobre dos criterios: uno, el territorio, meramente físico y otro, el interés general, de índole cualitativa y cuya calificación corresponde al Estado (sentencias del Tribunal Constitucional 65/1998, de 18 de marzo de 1998 y 118/1996, de 27 de junio de 1996). Ahora bien, dichos criterios no son determinantes de la atribución. Y es que el Tribunal Constitucional ha llamado la atención sobre el ca-

rácter instrumental de la obra pública y, en consecuencia, su sujeción a otros criterios atributivos de competencia. La obra pública va íntimamente ligada al dominio público o a otras competencias materiales –tales como carreteras, aguas, costas, puertos, aeropuertos–. En estos casos, el dominio público y las citadas competencias materiales prevalecen sobre el título obra pública de tal suerte que quien ostente aquellas también es titular de ésta.

Se ha señalado antes que, desde de 1952, la noción de obra pública aparece cada vez más tñtada por la idea de servicio público. En la década de los setenta del pasado siglo, las obras públicas de carreteras, de presas, de puertos se califican jurídicamente como instrumentos mixtos de obra y servicio público. La doctrina ha puesto de manifiesto que la Constitución acoge ese planteamiento en relación

con los puertos, los ferrocarriles, las obras públicas de interés general o los aeropuertos (Constitución Española, artículo 149.1.20ª, 21ª, 22ª, 24ª). Pero, al no ser rígrida la formulación de este principio, la Constitución ha podido amparar una transformación profunda de la noción de obra pública operada por la legislación sectorial. La obra pública ya no es un título de intervención propio aderezado,



en más o en menos, por las características del servicio público. Ha evolucionado por unos derroteros mucho más amplios. Ha pasado, de una parte, a ser una realidad mixta de construcción y servicio público y, de otro lado, ha quedado embebida en el más amplio concepto de infraestructura –que supera la estrecha idea de la obra aislada para insertarse en un conjunto presidido por la idea de

► Vista de
avión aterrizando



sistema». No es el lugar para hacer un examen detenido y detallado de dicha evolución. Baste para evidenciarlo el caso de los puertos.

Los puertos fueron en el siglo XIX una mera obra pública, lugar costero de refugio para buques; en fin, obra pública. Al aprobarse la Constitución en 1978, conforme a la legislación entonces vigente –Ley de Puertos de 1928–, en el puerto estaba ya presente la idea de servicio público de suerte que era un espacio marítimo, ubicado en la costa, calificado como dominio público y dotado de servicios para asegurar la labor de transporte de los buques; giraba en torno a tres elementos: el espacio marítimo, las instalaciones portuarias y los servicios. Posteriormente, la Ley de Puertos de 1992 acentuó la idea de servicio público. Como se ha dicho por la doctrina, el puerto se concibe entonces como el lugar adecuado para el intercambio de los modos de transporte. Se configura como el lugar en el que concurren de manera coordinada el buque, el automóvil y el ferrocarril, deviniendo las labores precisas para asegurar dicha coordinación esenciales –carga y descarga o estiba y desestiba– inherentes al propio concepto de puerto. Ahora bien, esta idea del puerto como realidad mixta integrada por elementos propios del dominio, la obra y el servicio público e incardinada en la estructura de las funciones públicas ha quedado actualmente en gran parte superada. Hoy el puerto es, además de todo lo dicho, un espacio afecto al desarrollo de actividades plurales, unas, de carácter económico y otras, no, como las culturales o de esparcimiento. Se ha llegado a hablar de la “dimensión lúdica portuaria” (Arroyo). En el puerto, se ubican acuarios, centros comerciales, restaurantes, centros de congresos o museos. Esta proteica concepción del puerto está presente en la vigente Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante de 2011.

La Constitución de 1978 ha amparado una transformación profunda de la obra pública

Lo mismo que se ha expuesto para los puertos se puede predicar de los aeropuertos, de las estaciones de ferrocarril o de los faros. La importancia de las obras públicas, su asentamiento en bienes de dominio público y la relevancia de las actividades desarrolladas hacen que los poderes públicos no hayan cedido –en la mayor parte de los casos– su



► Puerto de Argeliras

titularidad y que el esquema definido constitucionalmente siga siendo válido. Pero, al tiempo, la necesidad de asegurar una gestión eficaz de las infraestructuras ha llevado a la legislación sectorial (Ley de Puertos citada, Ley 38/2015, del Sector Ferroviario, Ley 37/2015, de Carreteras, ambas de septiembre, etc.) –por influjo las más de las veces de la regulación comunitaria europea–, en primer término, a reducir la intensidad de la intervención pública pasando de un régimen de servicio público de las actividades a otro de interés económico general; en otros términos, los poderes públicos han dejado de ser titulares de la actividad para ser sus controladores especialmente intensos. Sin embargo, esos poderes públicos han conservado la titularidad de la obra. Todo ello ha comportado la privatización de la gestión de los servicios y su sujeción a las reglas de la libre competencia.

Nuevos horizontes

En esta senda, se abre por el ordenamiento un nuevo horizonte. Como se ha dicho, la titularidad pública ha sido la nota característica de las obras públicas desde el siglo XIX. Así se mantiene. Su gestión se ha depositado en manos privadas a través del correspondiente contrato de concesión, pero siempre se ha preservado aquella titularidad pública, aun debilitada respecto de ciertos servicios –estrechamente vinculados a la obra– que han dejado de serlo. Y aquí viene el salto cualitativo que las nuevas normas ofrecen: la pérdida de la titularidad pública de las obras y de su carácter de dominio público. La obra pública ya no se concibe necesariamente como una construcción, tintada de la idea de servicio, siempre de titularidad pública. Antes al contrario, se erige como de titu-



► Torre de control del aeropuerto de Málaga

laridad privada y de gestión privada, con la consiguiente exigencia de un canon por su uso, lo que quiebra la tradicional gratuidad. Sus nuevos rasgos definidores son su titularidad y gestión privada, su uso público y aprovechamiento general, bajo la intensa inspección y supervisión de la Administración. Baste mencionar en este sentido la situación de los aeropuertos de AENA, S.A., cuya

titularidad le está atribuida en régimen de propiedad privada y no de dominio público.

Por otra parte, la legislación dictada en materia de obra pública ha sufrido otra modificación relevante en lo tocante a su financiación. Se ha dicho antes que, durante gran parte del siglo XX, su construcción se hacía directamente por el Estado, con fondos propios, y se abría al uso público, de ordinario, gratuitamente. La exigencia de grandes capitales y la conformación de la estabilidad presupuestaria como uno de los pilares del Estado –que arranca del Tratado de Maastricht y culmina con la reforma de la Constitución en 27 de septiembre de 2011– ha llevado a buscar nuevas fórmulas de financiación de su construcción y explotación. Muchas han sido éstas: la creación de fondos, con o sin personalidad, cuyos recursos están vinculados a la concreta financiación de la obra; la aplicación de contribuciones especiales con la misma finalidad; la financiación privada mediante fórmulas de colaboración (*project management*); la utilización instrumental de toda clase de personificaciones –públicas y privadas–; la vuelta al contrato de concesión de obra pública –que revivió ya en la Ley de Contratos de 1995 y, de manera vigorosa, con la Ley de 2003– y finalmente la articulación de nuevas fórmulas contractuales como son los contratos de gestión con inversión (BOT), de gestión con financiación (BTO) y de gestión con *leasing*. En esta vorágine evolutiva, la obra hidráulica –tradicionalmente simple especialidad de la obra pública– conserva sin embargo sus perfiles peculiares –ya descritos en las Leyes de Aguas de 1866 y 1879–, consistentes, de una parte, en una íntima ligazón con la idea de dominio público y, de otro lado, en la exclusión de su titularidad privada.

La obra pública sigue siendo hoy día un título jurídico de intervención pública. Ahora bien, desde la aprobación de la Constitución y por mor de la legislación dictada a su amparo o en su desarrollo, sus perfiles propios y características definidoras tradicionales se han difuminado, de una parte, en la noción de infraestructura y, de otro lado, superando los estrechos cauces de la idea de servicio público, en la de servicio económico o de interés general, de titularidad y gestión privada, sujeta a las reglas de la competencia, a fin de asegurar su eficacia, su eficiencia, su agilidad y su rentabilidad.

Belén Bada de Cominges
Subdirectora general de Legislación