

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA/OBRA PÚBLICA DESLIGADO DEL DOMINIO PÚBLICO Y DEL SERVICIO PÚBLICO

Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNEROS CID
Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. Uso público, aprovechamiento general y titularidad pública de las obras e instalaciones.–2. Obra pública y servicios públicos competitivos: las prestaciones con garantía pública.–3. Titularidad privada de infraestructuras públicas.

1. USO PÚBLICO, APROVECHAMIENTO GENERAL Y TITULARIDAD PÚBLICA DE LAS OBRAS E INSTALACIONES

1. La obra pública se caracteriza esencialmente por su finalidad: satisfacción de necesidades colectivas, o como más rigurosamente se definían en el siglo XIX, por su destino al uso público o al general aprovechamiento.

Es pues consustancial con la obra pública la consecución de alguno de estos dos objetivos o fines, su uso común por todos los ciudadanos que lo requieran o el beneficio que a todos proporciona su ejecución y explotación.

2. Las diferencias entre el uso público y el aprovechamiento general ya se pusieron de manifiesto. Hay obras destinadas al *general aprovechamiento que no son de uso público*, tales como la señalización marítima, el balizamiento de los aeropuertos e instalaciones portuarias, el encauzamiento de los ríos, las obras de defensa en el litoral, etc.

Sin embargo, lo habitual es que una obra pública esté abierta a la utilización de todos los ciudadanos, es decir, al uso público, tal y como sucede en los casos de las carreteras, los ferrocarriles, los puertos y las instalaciones aeroportuarias.

AFDUAM 3 (1999), pp. 195-201.

3. La titularidad pública de estas obras ha sido una constante en el Derecho español que, tras la concepción expansiva del dominio público imperante en el Código Civil (bienes destinados a un uso o a un servicio público), ha identificado *obra pública con dominio público*.

4. La titularidad pública y el uso público han generado, asimismo, un efecto perverso para la financiación de la obra pública, consistente en su uso gratuito, dado que su coste ya ha sido financiado por los Presupuestos Generales del Estado que se nutren de los tributos e ingresos públicos que el Estado obtiene de sus ciudadanos.

Así pues, una obra pública financiada con los Presupuestos estatales, será ordinariamente de uso público libre gratuito (carreteras, vías públicas, parques y jardines, playas regeneradas, etc.). La ausencia de unos ingresos por uso de la infraestructura que amorticen parcialmente los gastos de la construcción de la obra llevará, sin duda alguna, a perder de vista su rentabilidad económica, configurándose ya como una obligación estatal de garantizar el uso público o de «prestar el servicio público».

5. Esto es todavía más evidente en los casos de obras de aprovechamiento general, que ordinariamente no serán susceptibles de explotación retribuida, debiéndose sufragar su ejecución y costear su mantenimiento a través de los Presupuestos Generales del Estado.

6. Sin embargo, todas estas cuestiones que han sido analizadas con minuciosidad en la evolución del Derecho español desde 1845 hasta la fecha, deben ponerse en tela de juicio desde el momento mismo en que la financiación pública de las infraestructuras ha entrado en una crisis irreversible, considerándose la ejecución y explotación de estas instalaciones y obras públicas como una actividad económica susceptible de ser realizada por la iniciativa privada por su carácter rentable.

El hecho de que la iniciativa empresarial privada pueda ejecutar y gestionar este tipo de obras no resta un ápice a su carácter público, pues pueden considerarse exactamente igual obras públicas por su destino a un uso público o a la satisfacción de una necesidad general (aprovechamiento general). No hay, pues, ningún problema jurídico en aceptar que una obra pública puede ser objeto de explotación retribuida y proporcionar una rentabilidad económica al empresario que la que construye y gestiona, y sin embargo, mantener su carácter de obra pública por ser de uso o aprovechamiento general. Por supuesto, además, se exigirá que tal infraestructura estuviera prevista en los instrumentos de planificación sectorial, que son el motor del desarrollo económico y social del país.

7. En conclusión, el uso público y el aprovechamiento general no exigen necesariamente la titularidad pública de las obras y menos aún su carácter como dominio público, con las consecuencias perturbadoras que ello produce en el tráfico jurídico y económico de unos bienes e instalaciones susceptibles de producir renta e inversiones. El dogma de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabili-

dad de las obras públicas produce más disfunciones que beneficios en lo que se pretende proteger. Si se garantiza el uso general o se sigue conservando la obra que es de aprovechamiento para todos los ciudadanos, de quién sean éstas y su inclusión en el tráfico económico son cuestiones secundarias (1).

2. OBRA PÚBLICA Y SERVICIOS PÚBLICOS COMPETITIVOS: LAS PRESTACIONES CON GARANTÍA PÚBLICA

1. La ruptura del monopolio y exclusividad en la prestación de los servicios que exijan una infraestructura pública, como era el caso del ferrocarril, los puertos, los aeropuertos, la red de oleoducto y gaseoducto, etc., y la consiguiente afirmación del derecho al acceso a las infraestructuras por parte de los operadores comunitarios, han cambiado de forma radical la explotación de este sector.

2. Ciertamente que la gestión y administración de las infraestructuras existentes, y la ampliación y mejora de las obras públicas que haya que realizar, se podrán efectuar directamente por la Administración o a través de la constitución de un ente instrumental, bien con personalidad jurídico-pública (AENA, GIF, Autoridades Portuarias), o bien de naturaleza mercantil (Sociedades Estatales para la construcción y explotación de carreteras y obras hidráulicas, GISA, ARPEGIO, GICALSA, etc.).

Pero estas operaciones no pueden ya nutrirse de los fondos presupuestarios, sino que deberán *rentabilizar la infraestructura*, amortizando las obras realmente construidas y las nuevas instalaciones y obras de ampliación y mejora de las existentes, para lo cual tendrán necesariamente que emplear mecanismos de gestión empresarial, entre los que se encuentra como pieza elemental las contraprestaciones a exigir por el uso de la infraestructura, hasta ahora denominado *canon de utilización*.

De aquí se derivan dos consecuencias relevantes. En primer lugar, la necesidad de trasladar a los usuarios, al menos parcialmente, los costes de construcción y explotación de las nuevas obras públicas, que ya no podrán ser objeto de uso público gratuito de forma indiscriminada (2). Es verdad que el impacto de las tarifas o pea-

(1) De hecho, las concesiones de obras públicas y las obras de servicio particular pero abiertas al público sobre dominio público son transmisibles *inter privatos, mortis causa*, e inscribibles en el Registro de la Propiedad, lo que demuestra que están en el tráfico jurídico y económico, si bien se salva que éste es inembargable, imprescriptible e inenajenable y la concesión sólo es un derecho real sobre éste.

(2) Ni siquiera en el sector de las carreteras, acostumbrado por regla general a ser destinado gratuitamente al uso público (con cargo a impuestos), es posible mantener esta situación. En todo caso, en aquellos sectores de las infraestructuras en donde se repercute la amortización de ésta parcialmente a los usuarios (abastecimiento de agua, uso de puertos y aeropuertos, etc.) la tendencia a incrementar esta técnica y emplear extensivamente la financiación privada en la construcción y explotación, o sólo

jes por el uso de la obra pública podrá amortiguarse o reducirse a través de las compensaciones económicas de la propia Administración, mediante las aportaciones de fondos públicos, en cuyo caso la técnica más indicada será el denominado *canon de demanda*, que permite cuantificar la rentabilidad social y el uso real de la infraestructura, consiguiéndose de esta forma mejores niveles de eficiencia.

La segunda consecuencia es la necesidad de transformar la naturaleza jurídica y el contenido económico de la prestación patrimonial pública en que consiste el canon por utilización de las infraestructuras. Cuando no existen alternativas a la obra pública, el carácter de ingreso jurídico-público, de naturaleza tributaria incluso, viene claramente resuelto por la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional. Pero las nuevas infraestructuras a crear tratarán de completar o mejorar la red básica ya existente: no es concebible la creación de una autopista de peaje en una zona que no dispone de una carretera convencional o de una autovía, entre otras cosas porque no existirá tráfico ni intensidad media de vehículos que justifiquen la viabilidad económica y técnica de una inversión similar (3). Pues bien, en esos casos, cuando se trata de completar la red de carreteras, de crear nuevas instalaciones portuarias complementarias a las ya existentes (nuevas terminales de contenedores), el tendido de una nueva línea de ferrocarril de alta velocidad, entonces la contraprestación económica a obtener por el Ente gestor de la infraestructura no puede limitarse a gravar el coste del servicio, olvidándose de la amortización de las obras y del necesario beneficio empresarial, sino que una *gestión autónoma* y eficiente exigirá que la contraprestación o retorno económico incluyera todos los elementos o factores como sucedería en una empresa privada.

3. Por otro lado, la crisis del concepto de servicio público, el retroceso del papel del Estado en la prestación de estas actividades económicas, sobre todo en el sector del transporte, que hasta la fecha habían sido configuradas como verdaderas prestaciones de servicio público, y que son actualmente manifestaciones económicas a realizar por la iniciativa privada, pero con garantía pública por su destino e

en esta última fase. Ésta es, por otro lado, la tesis de Derecho Comunitario al menos desde la Comunicación de la Comisión «*El curso futuro de la política común de transportes. Un enfoque global para la elaboración de un marco comunitario de movilidad sostenible*», de 2 de diciembre de 1992, que constituye el Libro Blanco de Transporte.

(3) Los cálculos utilizados en este sector para garantizar una Tasa de Rentabilidad de la inversión del 12 %, en los supuestos de financiación privada de autopistas sin ayudas o subvenciones públicas, determinan que para inversiones en autopistas de 600 millones/km., se requieren tráfico del corredor que superen los 10.000 vehículos/día; para inversiones de 900 millones/km., 15.000 vehículos/día; para inversiones de 1.200 millones/km., 20.000 vehículos/día, y para 1.500 millones/km., 24.000 vehículos/día. Fuente. Europistas, PRIOR PENA, J.: *Análisis de la financiación privada de autopistas*, noviembre de 1995, p. 15, en los «Encuentros sobre la participación de la iniciativa privada en la financiación de los sistemas de transportes», organizados por el Colegio Nacional de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos en Sevilla, 1995.

importancia en la sociedad, hacen también ineludible la reforma en la construcción, explotación y titularidad de las obras públicas e infraestructuras (4).

En cuanto a las ya construidas, la apertura al mercado o liberalización puede llegar a alcanzar incluso a su titularidad, enajenando así los activos, obras e instalaciones, aunque esto no será lo habitual, al menos en nuestro país (5). Pero las nuevas instalaciones y obras, para las que exista demanda suficiente, garantizándose su construcción y apertura al uso público por parte del Estado, no deberían plantear problemas en cuanto a su titularidad, pues si ya existen empresas privadas que gestionan en régimen de concurrencia y libre competencia los antiguos servicios públicos (hoy, actividades privadas con garantía pública por parte del Estado), no debería existir tampoco dificultad alguna para aceptar que esta libre concurrencia pueda llevarse al marco de las obras públicas e infraestructuras. Hay, sin embargo, un elemento fáctico que distorsiona esta solución, puesto que desde un punto de vista económico no tiene sentido duplicar enormes inversiones para realizar una obra pública, lo que produce de hecho la aparición de los monopolios naturales, y por tanto, la falta de competencia en este ámbito. Pero ésta debería ser la única dificultad, y no la jurídica, pues nada se opone a que una obra pueda ser de titularidad privada y abierta al uso público, gestionada además ordinariamente con criterios de rentabilidad económica y gestión empresarial.

3. TITULARIDAD PRIVADA DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS

1. Hoy, en nuestro Derecho, las obras e infraestructuras públicas son todas de titularidad pública y de dominio público, bien por estar destinadas a un uso público, bien por estar afectas a un servicio público, con lo que la reflexión anterior parece estar condenada al más absoluto de los fracasos.

2. Sin embargo, hay un sector en nuestro Derecho positivo en donde es perfectamente posible la existente de dotaciones e infraestructuras abiertas al público pero de titularidad privada: se trata de los equipamientos y dotaciones urbanísticas de carácter privado, recogidas en el artículo 25 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico.

La existencia de hospitales privados, colegios, guarderías e instalaciones deportivas de titularidad privada y configurados como equipamientos y dotaciones es

(4) Sobre estas cuestiones, *cf.* el profundo trabajo de GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés, «Interconexión del dominio público y el servicio público». (Un estudio comparativo de dos títulos de potestad), tesis doctoral leída en la Universidad de la Laguna, 1998, pp. 81 a 87 y sobre todo 239 y ss.

(5) En Gran Bretaña ya se ha visto que ha sido una técnica bastante habitual en los casos de las infraestructuras necesarias para la energía eléctrica, el gas o incluso los puertos. *Cfr.* VILLAR ROJAS, F.: La privatización de los servicios públicos, *cit.*, pp. 215-216, 235-237, 255-257, *passim*, con numerosos ejemplos. También RUIZ OJEDA, A.: *London Docklands: una experiencia de financiación privada...*, *cit.*, pp. 464-469.

algo tan evidente que no necesita de explicación adicional. Pero también, la propia evolución de la sociedad ha permitido configurar como dotaciones privadas determinadas actividades que han estado, hasta la fecha, en manos públicas, tanto su titularidad como su gestión. El caso de los cementerios de titularidad y gestión privada es el más llamativo y el que mayor fuerza expansiva presenta en algunas zonas y Comunidades españolas. Pero no es el único caso: polideportivos privados, plantas de tratamiento de residuos de carácter privado, depuradoras e instalaciones vinculadas al tratamiento del agua (6), etc., se suceden en los últimos años como ejemplos de dotaciones urbanísticas, es decir, de obras e instalaciones públicas, de gestión privada pero también *de titularidad privada*.

3. Se puede sostener, al menos teóricamente, que en realidad nos encontramos ante obras de servicio privado abiertas al uso público, y que como tales no forman parte de ningún Plan General de obras públicas o de Planes sectoriales de actuación del Estado, Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios. Pero esto no es exactamente así, pues desde luego todas las dotaciones anteriormente citadas deben estar reflejadas en los correspondientes Planes Generales de ordenación urbana del municipio, y además éstos le otorgarán el carácter de uso dotacional privado, por lo que no ha pasado desapercibida su ejecución e implantación para el Ayuntamiento.

4. Igual sucede en el caso de las plantas potabilizadoras, desaladoras o de tratamiento de residuos y de vertidos que necesariamente han de instalarse en aquellas urbanizaciones y nuevos asentamientos urbanos, que no tengan garantizado el suministro de agua o no puedan prestar el de tratamiento y depuración de vertidos.

No es nada infrecuente que tales instalaciones se configuren como elementos comunes de la urbanización, y por tanto, de titularidad privada, y no obras de urbanización, que una vez construidas son recibidas y entregadas al Ayuntamiento correspondiente. Aquí juega, además, para esa consideración jurídica, un dato económico relevante, cual es el mantenimiento y conservación de las instalaciones y de las obras, que suele elevarse a cifras muy cuantiosas a las que no podrá hacer frente el ayuntamiento con sus presupuestos generales. La existencia de estas instalaciones de titularidad privada permite a sus propietarios realizar actividades comerciales con otros terceros, a los que se puede vender el agua potabilizada repercutiéndose, de este modo, los costes de inversión y la amortización correspondiente de la inversión.

5. No es pues un contrasentido la existencia de obras públicas de titularidad privada, controladas y vigiladas por la Administración, incluidas en sus Planes sectoriales, y abiertas al uso común o público de todos aquellos que lo soliciten, previo abono de las cantidades fijadas por su uso.

(6) Es significativo el Real Decreto 1327/1995, de 18 de julio, por el que se regularon las instalaciones de desalación de agua marina o salobre, cuyo art. 2 sujeta a la aplicación de esta norma «a todas las instalaciones públicas o privadas cuya finalidad sea la desalación de agua marina o salobre».

Es más, en el futuro los plazos de las concesiones de obra pública tendrán necesariamente que ampliarse a fin de poder amortizar y rentabilizar las grandes inversiones que la ejecución de cualquier obra pública produce para los particulares y, si se quiere que la iniciativa privada colabore en la financiación de estas infraestructuras, no quedará otro remedio más que ampliar los plazos de reversión de las obras en favor de la Administración (7). Además ello es preferible a tener que garantizar, vía Presupuestos Generales del Estado, el equilibrio financiero de la concesión, cuando no hay usuarios por la falta de rentabilidad social y la mala planificación de la obra.

En consecuencia, lo razonable será volver al contrato de concesión de obra pública, entendido como un contrato de resultado a riesgo y ventura, con mayores plazos de amortización y reversión de las obras, que no a garantizar la rentabilidad económica de una concesión que en el mejor de los supuestos ha sido deficientemente proyectada.

Pues bien, si los plazos pueden ampliarse a fin de hacerla más atractiva a la inversión privada, ¿por qué no llevar hasta sus últimas consecuencias esta idea y permitir la titularidad privada de las obras e infraestructuras, garantizándose en todo caso la apertura al uso de todos los ciudadanos, y controlando el Estado la ejecución, conservación y el establecimiento de la propia tarifa, a fin de evitar notorias situaciones de injusticia o abuso sobre el mercado?

El uso público o el aprovechamiento general, que son la razón y fundamento de la obra pública, estarían garantizados con la atribución a la Administración de esas facultades de policía, control y establecimiento de la tarifa a percibir por el empresario, y a éste se le garantiza la titularidad lo que hará mucho más atractiva la inversión, al permitírsele no sólo su transmisión sino la verdadera disposición sobre las instalaciones, al ser su propietario. Para ello, obviamente, es necesario acabar con el concepto de dominio público y su proyección sobre las obras públicas, lo que deberá efectuarse ineludiblemente en los próximos años, a fin de dotar a la Administración de los instrumentos y técnicas que garantizan una gestión empresarial en las actividades y funciones que el Ordenamiento jurídico le encomienda.

(7) Esto ya ha sucedido con la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que ha ampliado el plazo de las concesiones de autopistas de peaje desde 50 a 75 años: *cf.* 157.1, que ha modificado la redacción del art. 30.1 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión.