

LA OBRA PÚBLICA Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA EN FRANCIA. EN ESPECIAL, EL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD (*OUVRAGE PUBLIC MAL PLANTÉ NE SE DÉTRUIT PAS*) (*)

Por

JAVIER BARCELONA LLOP
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE OBRA PÚBLICA: 1. *Travail public - ouvrage public*. 2. *Distintivos jurídicos de la obra pública*: a) Carácter inmobiliario. b) Necesidad de un *aménagement*. c) Afectación a un fin de interés general. 3. *Autonomía del concepto de obra pública*: a) Independencia entre las nociones de *travail public* y de *ouvrage public*. b) Independencia entre las nociones de obra pública y de dominio público.—III. LA PROTECCIÓN DE LA OBRA PÚBLICA A TRAVÉS DE TÉCNICAS DIFERENTES A LA INTANGIBILIDAD: 1. *Protección penal de la obra pública*. 2. *Obras públicas de dominio público*.—IV. LA FORMULACIÓN TRADICIONAL DEL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA: 1. *Fundamento y consecuencias*. 2. *Los derechos de los afectados por la obra pública inmodificable*: a) La teoría de la expropiación indirecta. b) La responsabilidad patrimonial extracontractual por los daños permanentes causados por la existencia de una obra pública.—V. LA INTANGIBILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA, HOY: 1. *La decisión Époux Denard, époux Martin, de 19 de abril de 1991, del Consejo de Estado*. 2. *La decisión Consorts Baudon de Mony c. Électricité de France, de 6 de enero de 1994, del Tribunal de Casación*. 3. *El juez administrativo y los poderes de injoction*.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque a veces se le atribuye, no es seguro que fuera HAURIUO quien acuñara el adagio *ouvrage public mal planté ne se détruit pas*. Sí es seguro,

(*) El presente estudio ha sido elaborado gracias a una subvención de la DGICYT que facilitó una estancia en París en 1996 (PR 95-339). A lo largo de ella, y una vez más, el profesor Franck MODERNE hizo gala de su cordialidad y buena disposición. El tiempo transcurrido desde entonces y el cierre de estas páginas (verano del año 2000) ha obligado a actualizar la bibliografía. En la tarea ha sido muy útil el eficaz Servicio de Préstamo Interbibliotecario de la Biblioteca de la Universidad de Cantabria, al que quedo públicamente reconocido.

Las abreviaturas utilizadas son las siguientes: «AJDA»: *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*; Cass. Civ.: Tribunal de Casación (Sala Civil); C.E.: Conseil d'État; «CJEG»: *Cahiers juridiques de l'Électricité et du Gaz*; conc.: conclusiones del Comisario del Gobierno (publicadas junto con el *arrêt* en la fuente que se cita); D.: *Recueil Dalloz*; «EDCE»: *Études et Documents. Conseil d'État*; «JCP»: *Juris-Classeur Périodique*; «LPA»: *Les Petites Affiches*; R.: *Recueil Lebon*; «RA»: *La Revue Administrative*; «RDPSP»: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*; «RFDA»: *Revue Française du Droit Administratif*; R.T.: *Recueil Lebon Tables*; S.: *Recueil Sirey*, unificado con el *Recueil Dalloz* a partir de los años cincuenta en el *Recueil Dalloz Sirey* (D.); T.A.: Tribunal Administratif; T.C.: Tribunal des Conflits.

en cambio, que esas ocho palabras resumen un principio importante del Derecho público francés. En su presentación clásica significa que no está al alcance de juez alguno (ni civil ni administrativo) ordenar la destrucción, modificación o desplazamiento de una obra pública ni siquiera aunque haya sido erigida ilegalmente, que sólo la Administración está facultada para decidir sobre el desplazamiento, modificación o destrucción de sus obras públicas. Ello repercute de forma importante sobre la situación jurídica de al menos dos grupos de personas: los propietarios del fondo sobre el que una obra pública ha sido construida irregularmente y quienes sufren lesiones derivadas de su mera presencia. Ni unos ni otros tienen a su alcance obtener una resolución judicial que resuelva sus problemas si la solución pasa por incomodar a la obra pública. Tendrán derecho a obtener una compensación económica, pero nada más. *Ouvrage public mal planté ne se détruit pas*.

Las dimensiones del asunto se intuyen mejor si se considera que la amplitud del concepto de obra pública facilita que el conjunto inmobiliario abarque tanto a las grandes infraestructuras como a obras de muy poca envergadura. Una autopista y una sencilla canalización destinada a la evacuación de las aguas de lluvia son igualmente intangibles en la medida en que sean obras públicas. En la medida en que sean obras públicas, insisto, porque sólo los inmuebles que reúnen las características propias de la obra pública se benefician del alto grado de protección jurídica que dispensa el principio de intangibilidad. Únicamente las obras públicas son intangibles, sólo a ellas ampara una garantía jurídica semejante, desconocida en los demás territorios que forman el dominio de los bienes públicos en Francia. Puede decirse sin exageración que la intangibilidad es el rasgo más característico, por endémico, del régimen jurídico de las obras públicas. Incluso hay quien sugiere que la autonomía del concepto de *ouvrage public*, acerca de la que algo se dirá, permite seleccionar cuándo se aplica el régimen tuitivo comandado por la regla de la intangibilidad, lo que significa que ésta influye en el proceso intelectual conducente a la determinación de cuándo existe una obra pública o no (1). Es a este propósito revelador que el Consejo de Estado haya rehusado incluir un inmueble en la categoría de la obra pública por ser su disciplina jurídica incompatible con el principio de intangibilidad (2).

(1) S. PIERRE-CAPS: *La notion d'ouvrage public. Tendances de la jurisprudence récente*, «RDPSP», 1988, núm. 6, 1678 y 1716.

(2) C.E., 11 de febrero de 1994, *Compagnie d'Assurances Préservatrice Foncière*, «RFDA», 1994, 502, conc. TOUTÉE. Los comentaristas de la decisión sostienen que el Consejo de Estado niega la condición de obra pública a un inmueble adquirido por la Administración en régimen de copropiedad por ser la ordenación jurídica de esta clase de bienes incompatible con el principio de intangibilidad (vid. J. DUFAU en «AJDA», 1994, 550; J. F. DAVIGNON en «JCP», 1994, núm. 22338, 496-497; P. SABLIERE: *Domaine public, ouvrage public et copropriété*, «CJEG», 1994, 204). Esa fue, por lo demás, la tesis mantenida por el Comisario TOUTÉE. Como contraste, sépase que en sus conclusiones al asunto *Office public d'habitations à loyer modéré de la ville de Nancy*, de 10 de marzo de 1978, citado *infra*, nota 33, el Comisario LABETOULLE preconizó la compatibilidad entre la obra pública y el régimen de copropiedad porque de ahí derivaría la ventaja de aplicar al conjunto del inmueble

De origen antiguo y jurisprudencial, el principio de intangibilidad ha campado a sus anchas durante un siglo y medio, dominado con mano de hierro e impuesto la preeminencia incondicionada y sin matiz alguno del interés público sobre el privado. Hoy, sin embargo, está siendo objeto de ciertas revisiones que lo más probable es que anuncien su adaptación a los tiempos que corren. No puede afirmarse que tenga los días contados, pero sí que su fuerza lleva camino de hacerse un poco menos irresistible. Su arraigo histórico y su justificación teórica le garantizan una subsistencia nada menesterosa, pero hay indicios que animan a creer que soplan vientos de cambio y que, probablemente, la formulación clásica del principio de intangibilidad está en trance de sufrir mutaciones significativas. Nada permite auspiciar que el proceso, que apenas ha hecho sino comenzar, conduzca a su erradicación; es más, razones hay para que la obra pública siga siendo acreedora de un elevado grado de tutela por parte del Derecho. Lo que sucede es que la superioridad jurídica de la obra pública sobre otros intereses lleva camino de ser algo menos aplastante que antes. El estatuto jurídico de la obra pública está siendo colonizado por nuevas reglas de Derecho llamadas a facilitar la reconducción del principio de intangibilidad a límites más razonables y, con ello, a introducir un cierto equilibrio donde no lo había. Hasta ahora, los resultados no son espectaculares, pero los pioneros han llegado ya y el desbroce ha comenzado.

Estas páginas pretenden dar cuenta de lo que el principio de intangibilidad ha significado (IV) y de la incidencia que sobre su fisonomía tradicional tienen determinados acontecimientos recientes (V). Sería inoportuno acometer la exposición sin precisar, siquiera sea de manera somera e instrumental, el objeto sobre el que se proyecta la garantía jurídica que el principio proporciona. De ahí que se incluya un apartado dedicado al concepto de obra pública (II). Asimismo, se refieren sucintamente otras modalidades de protección de la obra pública (III) con el solo propósito de ofrecer una panorámica de conjunto del estatuto jurídico de esta clase de inmuebles.

II. CONCEPTO DE OBRA PÚBLICA

1. *Travail public - ouvrage public*

El volumen de la «Revue du Droit Public et de la Science Politique» de 1929 contiene un estudio de René CAPITANT que ha tenido gran influencia. En él se sostiene que la noción de *travail public* posee dos sentidos: uno activo y otro pasivo. El primero designaría las operaciones materiales de ejecución, que constituirían una especie del género *service public*. El segundo haría lo propio con el resultado de las mismas, con la obra efectivamente

la regla de la intangibilidad. Aquí se aprecia que para unas opiniones la intangibilidad de la obra pública desaconseja lo que aconseja para otras, y que la regla se tiene en cuenta a la hora de resolver si un inmueble es una obra pública o no.

ejecutada que, por definición, formaría parte del dominio público (3). No sería exacto, empero, atribuir a dicho autor la paternidad de la distinción entre los conceptos de *ouvrage public* y *travail public*. En las postrimerías del siglo XIX, HAURIUO había hablado ya de la individualidad jurídica de la obra pública y en el *Précis* se había adelantado a CAPITANT al diferenciar entre la operación de *travaux publics* y la obra pública, su fruto (4). ¿Dónde, pues, la comúnmente reconocida originalidad del estudio de CAPITANT? En el énfasis que puso en la independencia jurídica entre uno y otro concepto, desde entonces admitida sin ambages: ni un *travail public* desemboca siempre en la creación de una obra pública, ni ésta es siempre consecuencia de una actividad de aquella clase. Frente a la íntima vinculación establecida entre ambas nociones, tanta que CAPITANT afirma que era habitual que se utilizaran de manera intercambiable, a partir del estudio de este autor el análisis de una y otra se hace por separado.

Análisis que arranca de una constatación: el legislador no ha definido nunca al *travail public* ni a la obra pública. El primero nace modernamente para el mundo del Derecho con el artículo 4 de la Ley de 28 pluvioso del año VIII, por el que se atribuye competencia a los Consejos de Prefectura para conocer de los litigios concernientes a los *travaux publics*. A partir de él, los Tribunales han asumido la tarea de identificar casuísticamente cuándo existe una operación de esa naturaleza. Misión no imposible pero sí importante, porque el concepto de *travail public* arrastra singularidades jurídicas tan dignas de consideración que se ha dicho que su régimen jurídico presenta tantos signos de particularismo que tiene un lugar aparte en el seno del Derecho administrativo (5).

Al concepto de obra pública le pasa algo parecido. Huérfano de definición legal o normativa, han sido los jueces quienes le han conferido un contenido más o menos preciso. Cometido esencial puesto que la identificación de una obra pública tiene como consecuencia la aplicación de un régimen jurídico que sólo a ella es referible. Si la noción de *travaux publics* arrastra tras de sí una ordenación jurídica repleta de singularidades, la de *ouvrage public* trae consigo un estatuto jurídico especial en el que la intangibilidad brilla con potente luz propia. De ahí que sea tan importante determinar cuándo una obra pública existe, porque entonces, y sólo entonces, hará acto de presencia el principio de intangibilidad.

2. Distintivos jurídicos de la obra pública

La doctrina suele referirse al concepto de obra pública en términos muy sencillos, al menos en apariencia: es un inmueble adaptado o acondicionado (*aménagement*) y afectado a un fin de interés general (6). Términos

(3) R. CAPITANT: *La double notion de travail public*, «RDSP», 1929, 507 ss.

(4) M. HAURIUO: nota a C.E., 2 de marzo de 1899, *Héritiers de Joly*, S. 1899.III.121; *Précis de Droit administratif et de Droit public*, París, Sirey, 1919 (9.ª ed.), 830 ss.

(5) J. DUFAU: *Droit des travaux publics*, París, PUF, 1998, 15.

(6) Cfr. J. M. AUBY: *L'ouvrage public* (I), «CJEG», 1961, 62 ss. [la segunda parte de

aparentemente sencillos, digo, porque bajo la definición se esconde una realidad compleja y matizada, sobre la que se ha pronunciado una copiosa jurisprudencia, que es el instrumento que hay que manejar preponderantemente (7). Con el único propósito de presentar genéricamente al objeto jurídico del que se predica en exclusiva la intangibilidad y sin espacio para matices importantes pero que son de otra ocasión, cabe indicar lo siguiente.

a) *Carácter inmobiliario.*

Es un elemento indiscutido y constantemente exigido: la obra pública es un inmueble, ya por naturaleza, ya por destino, siendo necesaria su incorporación física al suelo (8). No se descarta, empero, que un bien mueble sea un *ouvrage public* si consituye un elemento accesorio e indivisible de un inmueble (9) o si, incorporado de forma permanente a éste, cabe considerarlo un inmueble *par destination* (10). Al margen de algún supuesto conflictivo (11), la condición inmobiliaria de la obra pública no suscita problemas dignos de mención en este lugar.

b) *Necesidad de un aménagement.*

La expresión *aménagement spécial* es importante en el Derecho francés de los bienes públicos. A partir de 1956 la jurisprudencia comienza a utilizarla con el propósito de reducir la extensión objetiva del dominio público;

este trabajo, aparecida en la misma revista, 1962, se identificará con la indicación (II)]; J. DUBAU: *op. cit.*, 81-82; C. LAVIALLE: *Droit administratif des biens*, París, PUF, 1996, 201; Ph. GODFRIN: *Droit administratif des biens*, París, Masson, 1994 (4.ª ed.), 204; J. MORAND-DEVILLER: *Cours de Droit administratif des biens*, París, Montchrestien, 1999, 645; L. LUCCHINI: *Le fonctionnement de l'ouvrage public*, «AJDA», 1964, 357-358.

(7) Algunos autores imputan a esta jurisprudencia que sea menos explícita que la recaída a propósito de los conceptos de *travail public* o de dominio público. Las decisiones importantes, dicen, carecen de las motivaciones teóricas que se encuentran en las que se refieren a las otras dos nociones. No obstante, se reconoce que es ahí donde hay que buscar los elementos del concepto de obra pública. Así, A. DE LAUBADÈRE, J. C. VENEZIA e Y. GAUDEMET: *Traité de Droit administratif*, París, LGDJ, tomo II, 1992 (9.ª ed.), 407.

(8) Así, por ejemplo, es una obra pública el tejadillo de un puesto situado en un mercado público por encontrarse *ancré au sol*; T.C., 12 de enero de 1987, *Mme. Derouet c. Société les Fils de Mme. Geraud et Compagnie d'Assurances Abeille Paix*, «AJDA», 1987, 367, nota J.-B. AUBY.

(9) Vid. C.E., 15 de febrero de 1989, *M. Dechaume*, «RFDA», 1990, 231, conc. STIRN. El Consejo de Estado sigue el criterio del Comisario del Gobierno y admite que una portería de fútbol forma parte indisociable de un estadio municipal, éste, sin duda, obra pública.

(10) Vid., acerca de un órgano concebido y fabricado en función de las características del estudio de la ORTF en el que iba a ser instalado de forma permanente, C.E., 10 de febrero de 1978, *Société Muller*, «RDPS», 1979, 543, nota M. WALINE; o, en relación con las puertas mecánicas del Grand Palais, C.E., 16 de diciembre de 1987, *Ministre de la Culture c. Dame Tallon*, R.T., 997.

(11) Como el de los *bacs* o transbordadores, cuya interesante evolución jurídica ilustran las conclusiones de BRAIBANT a T.C., 15 de octubre de 1973, *Sieur Barbou c. Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, «AJDA», 1974, 94, y la nota de F. MODERNE en D. 1975, jur., 184.

para que éste exista, se dirá, no basta la afectación, es preciso además que el bien esté *spécialement aménagé* (12). De igual modo, un inmueble sólo puede ser una obra pública si ha sido objeto de un *aménagement*. La noción de *ouvrage public* presupone, en efecto, la ejecución de trabajos de adaptación o acondicionamiento. La obra pública es siempre fruto de la actividad humana, por lo que los bienes de la naturaleza no encajan en el concepto, salvo que sobre ellos se haya realizado un *aménagement* (un curso fluvial canalizado, por ejemplo). Como dijera CAPITANT, y la doctrina posterior reitera, no hay obra pública si no hay obra del hombre, aunque sea de poca envergadura (13).

Aunque hay algún caso límite, como el de las pistas de esquí (14), el requisito del *aménagement spécial* no es muy conflictivo, pero conviene hacer notar que no desempeña un papel idéntico al que tiene en la teoría del dominio público. En ésta, el concepto de *aménagement spécial*, alumbrado para reducir las dimensiones de la dominialidad, no ha conseguido su propósito. No parece que suceda lo mismo en el caso de las obras públicas, en el que la modificación artificial de la realidad física es algo esencial (15). Pero, además y sobre todo, si el requisito del *aménagement* es en la teoría del dominio público una construcción jurídica, en la de las obras públicas es «un élément apodictique de la définition de l'ouvrage public car il n'est d'ouvrage qu'œuvré» (16).

c) *Afectación a un fin de interés general.*

De igual manera que en el régimen del dominio público, la noción de afectación desempeña aquí un papel de primera magnitud. Afectación que lo es a un fin o destino de interés general y constituye un requisito indis-

(12) Cfr. J. BARCELONA LLOP: *Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia*, núm. 137 de esta REVISTA, 1995, 554-555.

(13) CAPITANT: *op. cit.*, 523; DUBAU: *op. cit.*, 88-89; LAVIALLE: *op. cit.*, 202; J. M. AUBY y P. BON: *Droit administratif des biens*, París, Dalloz, 1993 (2.ª ed.), 297; R. CHAPUS: *Droit administratif général*, París, Montchrestien, 1992, vol. II (6.ª ed.), 452.

(14) Para la jurisprudencia no son obras públicas. Vid. C.E., 12 de diciembre de 1986, *Marcello Rebora c. Commune de Bourg-Saint-Maurice*, «CJEG», 1987, 601, conc. BONICHOT (en sentido opuesto al de la decisión) y nota L. RICHER. En cualquier caso, en el asunto *Commune d'Huez*, de 23 de enero de 1959 (R. 67), el Consejo de Estado sostiene que los remontes de una estación invernal son obras públicas, criterio que ha extendido a las barreras de protección situadas sobre las pistas de esquí o en los bordes de ellas; vid. *Gérard Vieville c. Commune de Saint-Martin-de-Belleville et autre*, «AJDA», 1987, 487, nota J. B. AUBY. Una exposición de conjunto en F. MODERNE: *Pistes hippiques et pistes de ski: variations sur la notion d'ouvrage public*, «LPA», 6 de marzo de 1988, núm. 28, 4 ss. También, PIERRÉ-CAPS: *op. cit.*, 1719-1720.

(15) Así, por ejemplo, la condición de obra pública de los aeropuertos no se extiende a los corredores aéreos situados sobre sus pistas por carecer de un *aménagement spécial*. Vid. C.E., *Compagnie Air Inter et autres*, de 2 de diciembre de 1987, «RDSP», 1988, 278, conc. MASSOT. La doctrina discrepa sobre el acierto de la solución. Crítico, DUBAU: *op. cit.*, 91; en otra dirección, o cuando menos con muchas dudas, CHAPUS: *op. cit.*, 452; LAVIALLE: *op. cit.*, 202; y la crónica de M. AZIBERT y M. DE BOISDEFRE en «AJDA», 1988, 157.

(16) Así, RICHER en su comentario al asunto *Rebora*, cit. *supra*, nota 14, 607.

pensable del concepto de obra pública. Ahora bien, si en la órbita del dominio la afectación es aneja a la propiedad administrativa sobre los bienes, en la de la obra pública no, puesto que hay inmuebles privados que, justamente por su afectación, encajan en el concepto de *ouvrage public*. AUBY lo ha explicado con claridad meridiana: si la noción de obra pública apunta al régimen particular de unos bienes que revisten un interés general, es plausible que dicho régimen se extienda más allá de la propiedad administrativa si los inmuebles están afectados a una finalidad de esa clase y en la medida en que sea así (17). Las hipótesis jurisdiccionalmente admitidas son diversas: bienes del concesionario afectados al uso público o a la prestación de un servicio público, conducciones y canalizaciones de gas, agua o electricidad pertenecientes a los abonados, calles privadas abiertas al público, etc. (18). En todas ellas, la titularidad privada del inmueble no enerva la aplicación del concepto de obra pública, aunque en algún supuesto entre en escena un elemento adicional que aquí no cabe sino apuntar (19).

Por último, indíquese que en relación con un caso muy concreto, existe una falta de armonía entre el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación. Frente al criterio del primero, el segundo se niega a reconocer la condición de obra pública a los elementos del llamado *mobilierario urbano* por ser de propiedad privada de los concesionarios que asumen su instalación y mantenimiento (20).

(17) AUBY: *op. cit.* (I), 67. Y añade: «de la misma forma que el *travail public* puede ser ejecutado por una persona privada, que el servicio público puede ser gestionado por un particular, que bienes privados pueden estar protegidos por servidumbres administrativas, la obra pública puede ser propiedad de personas privadas».

(18) Cfr. AUBY: *op. y loc. ult. cit.*; AUBY y BON: *op. cit.*, 301; CHAPUS: *op. cit.*, 458; DE LAUBADÈRE *et al.*: *op. cit.*, 410; DUFU: *op. cit.*, 103 ss.; PIERRÉ-CAPS: *op. cit.*, 1685 ss.; J.-B. AUBY: nota al asunto *Mme. Derouet*, citado; y las ya mencionadas conclusiones del Comisario BONICHOT a la decisión *Rebora*, del Consejo de Estado.

(19) En el caso de las canalizaciones y conducciones se aplica la teoría del accesorio, en cuya virtud aquéllas se consideran obras públicas en la medida en que estén físicamente conectadas con inmuebles que sean, ellos mismos, *ouvrages publics*. Como dice AUBY en su *op. cit.* (I), 68, son bienes que se incorporan a una obra pública preexistente de la que se convierten en una dependencia. Vid. C.E., 14 de marzo de 1986, *Ville de Saint-Germain-en-Laye* (cfr. PIERRÉ-CAPS: *op. cit.*, 1689-1690); T.C., 3 de julio de 1995, *SCI du 138, rue Victor Hugo à Clamart c. EDF et Société Urbaine de Travaux*, «JCP», 1995, IV, 2331. Es interesante hacer notar que la jurisprudencia civil sostiene que estas obras siguen siendo públicas aunque ya no cumplan con la finalidad para la que fueron concebidas, lo que no se concilia bien con la exigencia de afectación para que pueda hablarse de obra pública. Cfr. Cass. Civ., 9 de diciembre de 1986, *EDF c. Grosset-Janin*, «CJEG», 1987, 825, nota R. SAVIGNAT; Tribunal de Apelación de Dijon, 5 de diciembre de 1984, *Gaz de France et Union d'Assurances de Paris c. compagnie préservatrice foncière*; Tribunal de Apelación de Chambery, 25 de febrero de 1985, *Electricité de France et Union des assurances de Paris c. Mme. Grosset Janin et Compagnie d'assurances Groupe de Paris*, «AJDA», 1985, 624, nota O. SACHS. La mejor doctrina reputa a este supuesto como una excepción al criterio de la afectación o destino de la obra pública; cfr. AUBY y BON: *op. cit.*, 299, por nota.

(20) DUFU: *op. cit.*, 109-110; CHAPUS: *op. cit.*, 458; PIERRÉ-CAPS: *op. cit.*, 1688-1689, 1696-1697.

3. Autonomía del concepto de obra pública

Entre el concepto de obra pública y el de *travail public* existe independencia jurídica, aun cuando haya conexiones evidentes entre uno y otro y sean numerosas las ocasiones en que aparecen de la mano. Asimismo, y frente a lo que sostuviera CAPITANT, hoy la obra pública no está indisolublemente vinculada al dominio público. De ahí que se hable de la autonomía del concepto de *ouvrage public*, con cuya referencia se cierra el rápido recorrido por el concepto de obra pública, iniciado exclusivamente a los efectos antes indicados.

a) Independencia entre las nociones de *travail public* y de *ouvrage public*.

Entre una operación de *travaux publics* y una obra pública no existe correlación necesaria. Hay *travaux publics* que no desembocan en la construcción de un inmueble (21). Además, la obra pública puede resultar de la ejecución de *travaux* estrictamente privados. Así, los ejecutados por un particular por su propia cuenta y en su exclusivo interés, pero sobre una obra pública (22), o los inmuebles construidos por particulares que luego son adquiridos por una entidad pública que los destina a un fin de interés general (23). Existen también *ouvrages publics* que lo son desde un principio a pesar de ser temporalmente de propiedad privada y no haberse ejecutado al amparo de un *marché de travaux publics* (24).

(21) Téngase en cuenta que en el concepto de *travaux publics* se incluyen operaciones de muy diversa índole, no sólo constructiva. Son *travaux publics* los de mantenimiento, limpieza, demolición, etc., siempre que se ejecuten sobre un inmueble y cumplan los demás requisitos exigidos para que la noción sea aplicable en un supuesto dado.

(22) Vid. C.E., 6 de marzo de 1987, *Gaz de France*, «CJEG», 1987, 821, conc. MARIMBERT, nota P. SABLIERE. Este autor discrepa acerca de la consideración como privados de los trabajos realizados por un particular en su beneficio y por su propia iniciativa sobre las canalizaciones de gas, pero no sobre la condición de obra pública del resultado.

(23) C.E., 16 de noviembre de 1962, *Ville de Grenoble*, «AJDA», 1962, 183. El Consejo de Estado califica allí de obra pública a una presa construida en su día por unos industriales que, tras diversas vicisitudes, acabó en manos de *Electricité de France*.

(24) DUFU (op. cit., 95) cita a este propósito el asunto S.A. *SOFAP-Marignan immobilier et autres*, resuelto por el Consejo de Estado en fecha de 25 de febrero de 1994. Esta decisión es muy importante dentro del proceso de evolución que está sufriendo en Francia el derecho de los bienes públicos y a ella me he referido en otro lugar en tal sentido (BARCELONA LLOP: *Novedades*, cit., 567-568). Según lo pactado entre la ciudad de Lille y una empresa privada, la primera cedió a la segunda durante 65 años, y a cambio de una importante cantidad de dinero, un terreno de 6.500 metros cuadrados con la carga de construir en él unas instalaciones destinadas a dependencias municipales, aunque se preveía la existencia de locales que la empresa explotaría libremente. La colectividad local sólo adquiriría la propiedad sobre las edificaciones al concluir el plazo citado, pudiendo utilizar mientras tanto las dependencias que precisara mediante el pago de un alquiler. Indica DUFU que a la calificación del resultado constructivo como *ouvrage public* no se opondría que su propiedad sea privada durante el plazo pactado ni que su ejecución no haya tenido lugar al amparo de un *marché de travaux publics*. La decisión comentada puede consultarse en

Junto a los supuestos mencionados, hay otro que merece una referencia. Desde el *arrêt* del Tribunal de Conflictos *Préfet du Var c. Effimieff et Association Syndicale de Reconstruction de Toulon*, de 28 de marzo de 1955, conviven en Francia dos nociones de *travaux publics*. La antigua, cuya formulación arranca de la decisión del Consejo de Estado *Commune de Monségur c. Lalanne*, de 10 de junio de 1921, y la moderna, que sigue la pauta trazada por la decisión *Effimieff*. Esta no ha sustituido a la anterior y comparte territorio con ella; de ahí que la identificación de si una operación determinada es o no un *travail public* se haga manejando un conjunto de indicadores diversos, pertenecientes a una u otra noción según los casos (25).

Si a la concepción tradicional es inherente que una persona jurídico-pública sea la beneficiaria de los trabajos, hayan sido o no concedidos (26), la inaugurada por el *arrêt Effimieff* permite considerar *publics* a los *travaux* ejecutados en beneficio de particulares y de inmuebles estrictamente privados, a condición de que respondan a una finalidad de interés general o de servicio público (27). Pivotando sobre el concepto de servicio público, al

«RFDA», 1994, 51, conc. ARRIGHI DE CASANOVA; D. 1994, 536, nota M. LOMBARD; «AJDA», 1994, 550, nota H. PÉRINET-MARQUET.

(25) Valga la remisión, entre las obras generales, a DUBAU: *op. cit.*, 21 ss.; GODFRIN: *op. cit.*, 197 ss.; LAVIALLE: *op. cit.*, 187 ss.; AUBY y BON: *op. cit.*, 182 ss. Demuestra una vez más su extraordinaria utilidad M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, Sirey, 1993 (10.ª ed.), 218 ss., 522 ss., 606 ss. Además, P. L. JOSSE: *Les travaux publics et l'expropriation*, París, Sirey, 1958, 9 ss.; «Travaux publics», en R. ODENT y M. WALINE (dirs.): *Répertoire de Droit public et administratif*, París, Dalloz, 1959, tomo II, 960 ss.; J. DUBAU: *À propos de l'arrêt Effimieff et de la notion de travaux publics*, «CJEG», 1983 (enero), 1 ss.; M. BOYON: «Travaux publics (Contentieux des)», en F. GAZIER y R. DRAGO (dirs.): *Encyclopédie de Droit Public. Répertoire de contentieux administratif*, París, Dalloz-Sirey, 1992, tomo II, actualizado en 1995; D. CHABANOL y J.-P. JOUGELET: *Marchés publics de travaux. Droits et obligations des signataires*, París, Eds. Le Moniteur, 1994 (2.ª ed.), 12 ss.

(26) Cfr. C.E., 10 de junio de 1921, *Commune de Monségur c. Lalanne*, S. 1921.III.49, conc. CORNEILLE y nota HAURIU; 28 de junio de 1928, *Époux de Sigalas c. Société hydro-électrique et métallurgique de Paris*, S. 1928.III.113, conc. JOSSE y nota HAURIU; 30 de mayo de 1975, *Société d'Équipement de la Région Montpellieraise*, R. 326; 26 de febrero de 1982, *Commune de Bagnères-de-Bigorre et M. Cervera*, «RDSP», 1982, 1457; 18 de marzo de 1988, *Société Civile des Néopolders*, R. 129. Este requisito tradicional se ha ampliado hasta alcanzar a hipótesis no contempladas inicialmente, lo que ha permitido aplicar el régimen de los *travaux publics* a operaciones en las que aparecen interpuestas personas jurídico-privadas pero no ajenas a la Administración (sociedades de economía mixta, sociedades anónimas de capital mayoritariamente perteneciente a un establecimiento público). Vid. T.C., 8 de julio de 1963, *Société Entreprise Peyrot c. Société de l'autoroute Estrel-Côte d'Azur*, D. 1963, 534, conc. LASRY y nota JOSSE; 12 de noviembre de 1984, *Société d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines et autres*, «AJDA», 1985, 159, conc. GENEVOIS; C.E., 12 de octubre de 1988, *Ministre des Affaires Sociales et de l'emploi c. Société d'Études, de Réalisation, de Gestion Immobilière et de Construction*, publicado como anexo al clarificador comentario de E. FATOME: *Réflexions sur les notions de travail effectué pour le compte d'une personne publique et maître d'ouvrage*, «CJEG», 1990, 119 ss.; C.E., 3 de marzo de 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, R. 69, conc. GUILLAUME, «AJDA», 1989, 391 ss., nota DUBAU; T.C., 10 de mayo de 1993, *Société Wanner Isofi Isolation et Société NERSA*, «CJEG», 1994, 86, conc. MARTIN y nota D. DELPIROU.

(27) La decisión *Effimieff* en «RA», 1955, 285, nota G. LIET-VEAUX; además, C.E., 20 de abril de 1956, *Ministre de l'Agriculture c. Consorts Grimouard*, «RDSP», 1956, 1058, conc. LONG y nota M. WALINE; C.E., 12 de abril de 1957, *Mimouni*, D. 1957, 413, conc. TRICOT y nota P. L. JOSSE; C.E., 7 de noviembre de 1958, *Entreprise Eugène Revert*, «RDSP», 1959, 596, conc. NEUMANN.

que confirió un importante impulso (28), en la noción moderna los fines de interés general presentes en determinadas operaciones bastan para conferir a éstas el carácter de *travaux publics* si la Administración se involucra de alguna manera en ellas y aunque se ejecuten sobre inmuebles privados y en su beneficio. Pues bien, la independencia entre las nociones de *travail public* y *ouvrage public* queda acreditada por el hecho de no alcanzar la extensión conceptual debida al asunto *Effimieff* al resultado de los trabajos. Estos podrán merecer el calificativo de públicos, pero se excluye la existencia de una obra pública si los trabajos se han realizado en beneficio de particulares y la aplicación del principio de intangibilidad queda descartada (29).

b) *Independencia entre las nociones de obra pública y de dominio público.*

Entre obra pública y dominio público existe, sin duda alguna, una conexión muy estrecha. Numerosas construcciones afectadas a la prestación de un servicio público o al uso público son dependencias dominiales inmobiliarias y, a la vez, *ouvrages publics* (30). Sin embargo, no sería exacto afirmar la inescindibilidad entre obra pública y dominio público. Ya hemos visto que hay obras públicas de propiedad particular, pero también las hay de titularidad pública integradas en el patrimonio privado de la Administración. Así, el Consejo de Estado, en el asunto *Ville de Carcassonne*, de 20 de noviembre de 1964, ya citado aquí, resolvió aplicar el régimen de la responsabilidad extracontractual por daños causados por las obras públicas a un accidente sufrido en un camino rural que formaba parte del dominio privado de la ciudad de Carcassonne. Con independencia de su naturaleza jurídica y como dijo el Comisario del Gobierno BERTRAND, con cuyas conclusiones el *arrêt* fue conforme, «cet chemin était un ouvrage public, dès lors qu'appartenant à la ville il était affecté après aménagement à la circulation générale».

(28) Cfr. A. DE LAUBADÈRE: «Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français», que cito por su inclusión en A. DE LAUBADÈRE, J. RIVERO, G. VEDEL y A. MATHIOT: *Pages de doctrine*, París, LGDJ, 1981, tomo II, 219 ss. La idea esbozada en el texto queda perfectamente expresada en las siguientes palabras de JOSSE en su nota al asunto *Mimouni*: «la importancia de la noción de servicio público, tras un largo letargo, está por completo restablecida». Lo mismo en las conclusiones del Comisario BERTRAND a C.E., 20 de noviembre de 1964, *Ville de Carcassonne*, «AJDA», 1965, 184.

(29) Vid., enfatizando justamente tal efecto, T.C., 6 de febrero de 1956, *Consorts Sauvy c. l'État*, R. 586; T.C., 22 de febrero de 1960, *Sieur Borel c. M.R.L.*, «RA», 74, 1960, 143, nota G. LIET-VEAUX.

(30) Ejemplo de lo primero (obras públicas afectadas a la prestación de un servicio público) son las instalaciones situadas sobre el dominio público vinculado a la prestación de los servicios portuarios. Vid. Cass. Civ., 23 de junio de 1981, *Association du Comité de Défense des Intérêts du Quartier de Mourepaine c. Société Tanker Service et Port Autonome de Marseille*, «CJEG», 1982, 285, nota D. DELPIROU. Para ilustrar lo segundo (inmuebles afectados al uso público) es interesante el caso de los cementerios. Vid. C.E., 12 de diciembre de 1986, *Consorts Ferry c. Commune de Grez-sur-Loing*, «AJDA», 1987, 283, nota X. PRÉTOT, así como el completo estudio de E. BOEHLER: *Le cimetière, ouvrage public*, «LPA», 133 (4 de noviembre de 1988), 12 ss.; 134 (7 de noviembre de 1988), 4 ss., y 135 (9 de noviembre de 1988), 4 ss.

A idéntica conclusión se ha llegado en otros supuestos que tienen en su base la pertenencia de los inmuebles al dominio privado de la Administración. Aunque no sin polémica, está establecido que los bosques estatales no forman parte del dominio público a pesar de que hayan sido objeto de un *aménagement spécial* y estén abiertos al público (31). Sin embargo, el Tribunal de Conflictos, en el asunto *Sieur Henri Martin c. Sieur Sauvadet et autres*, de 8 de febrero de 1965 (R. 811), considera obra pública a una carretera forestal que presta servicio a dos localidades, por lo que la primera existe a pesar de estar incrustada en un conjunto inmobiliario patrimonial. Si se compara esta solución con alguna otra de la misma época, también relativa a obras ejecutadas en bosques patrimoniales, se aprecia que es su destino a un fin de interés general y distinto al estricto interés del dominio privado el argumento que prepondera sobre la naturaleza jurídica de los espacios concernidos (32).

Y, en fin, en una célebre decisión de 1978 el Consejo de Estado sostuvo la condición de obra pública de los inmuebles construidos por los establecimientos públicos conocidos bajo la siglas OPHLM (33). La pertenencia de los inmuebles al dominio privado de dichos entes estaba en la época claramente establecida (34), puesto que hasta unos años después la jurisprudencia no admitió que los establecimientos públicos pudieran ser titulares de bienes demaniales (35). Pero el Consejo de Estado, siguiendo el criterio del Comisario LABETOULLE, les reconoció la condición de obra pública, confirmándose de manera definitiva que, a pesar de las estrechas relaciones que mantienen entre sí las teorías del dominio público y de la obra pública, no hay entre una y otra un *lien nécessaire*.

A los supuestos indicados, que pueden considerarse los convencionales, quizá haya que añadir el resultante de la conversión de France Télécom en una sociedad anónima de capital mayoritariamente público, hecha por la Ley 96-660, de 26 de julio de 1996. La operación ha provocado la salida de los bienes de France Télécom del dominio público puesto que han

(31) Referencias en BARCELONA LLOP: *op. cit.*, 555-556, nota 31.

(32) Cfr. la decisión citada con T.C., 10 de junio de 1963, *Société Lombardi et Morello c. Commune de Laruns et S.N.C.F.* (R. 786), que afirma la competencia judicial para conocer de un asunto relativo a los trabajos realizados sobre un camino forestal cuyo único destino es servir a la explotación del monte.

(33) Es decir, *Offices Publics d'Habitation à Loyer Modéré*. La decisión es *Office public d'habitations à loyer modéré de la ville de Nancy*, de 10 de marzo de 1978, «AJDA», 1978, 401, conc. LABETOULLE.

(34) Vid. C.E., 23 de febrero de 1979, *Vildart*, «RPDPSP», 1979, 1763. En sus conclusiones al asunto citado en la nota anterior, el Comisario LABETOULLE afirma que «les immeubles d'habitation possédés par un office d'HLM relèvent de la domanialité privé».

(35) Esta cuestión, polémica durante un tiempo, queda resuelta a partir de C.E., 6 de febrero de 1981, *Epp*, y C.E., 21 de marzo de 1984, *Guy Mansuy*. El primero puede leerse al final del trabajo de F. MODERNE: *Les établissements publics peuvent-ils disposer d'un domaine public propre? Vers la fin d'un malentendu*, «RA», 1982, 36 ss.; el segundo en «RPDPSP», 1984, 1059, nota Y. GAUDEMET, y «RFDA», 1984, 54, obs. A.A. Con posterioridad, C.E., 4 de noviembre de 1987, *Chambre de Commerce et d'Industrie de Bordeaux c. MM. Le Sauvage et Clemenceau*, «CJEG», 1988, 322, conc. LAROQUE y nota P. SABLIERE; T.A. de Limoges, 23 de julio de 1992, *SNC d'Aboville c. Consorts Renault et EDF*, «CJEG», 1992, 498, nota D. DELPIROU.

sido desafectados, pero no han sido apartados del cumplimiento de obligaciones de servicio público, como oportunamente ha destacado el *Conseil Constitutionnel* en su decisión de 23 de julio de 1996. Por tal razón, la doctrina no parece descartar la aplicación del concepto de obra pública (36), aunque falte un pronunciamiento jurisdiccional expreso sobre el particular.

III. LA PROTECCIÓN DE LA OBRA PÚBLICA A TRAVÉS DE TÉCNICAS DIFERENTES A LA INTANGIBILIDAD

Existente la obra pública, hace acto de presencia un régimen jurídico incontestablemente protector del inmueble. En él destaca, y con fuerza, la regla de la intangibilidad, sin duda el más importante de los elementos que lo componen y ausente en el estatuto jurídico de otros bienes. No obstante, no cabe ignorar que la obra pública se beneficia también de otras reglas protectoras, cuya alusión conviene siquiera sea de forma sumaria.

1. *Protección penal de la obra pública*

Al margen de la existencia de regímenes especiales aplicables a determinadas instalaciones (37), hace mucho tiempo que, con carácter general, están penalmente tipificadas las agresiones a las obras públicas. Así, el artículo 257 del Código Penal de 1832 castigaba a quienes destruyeran, abatieran, mutilaran o degradaran monumentos, estatuas y otros objetos destinados a la utilidad o a la decoración públicas, erigidos por una autoridad pública o con su autorización. Hoy, el artículo 322-2 del Código Penal de 1992 tipifica la destrucción o degradación de bienes destinados a la utilidad o a la decoración pública, pertenecientes a una persona pública o encargada de una misión de servicio público (38).

Los objetos protegidos por un tipo penal y otro son de variada naturaleza, pero entre ellos están, sin duda alguna, las obras públicas. No obstante, media entre ambos preceptos una diferencia fundamental. El antiguo

(36) Cfr. J.-M. PERYCAL: *A propos de la création de l'entreprise nationale France Télécom: réflexions sur le devenir du statut de ses biens immobiliers*, «RDPS», 1997, 797. Acerca de la Ley 96-660 y su incidencia sobre el estatuto jurídico de los bienes de *France Télécom*, vid., además del artículo citado, MORAND-DEVILLIER: *op. cit.*, 155 ss., y el breve estudio de Ch. LAVIALLE: *L'ouverture minoritaire du capital de France Télécom au secteur privé, le domaine public et la propriété privée*, «RFDA», 1996, 1124-1126.

(37) R. COIN: *La répression pénale des atteintes causées aux ouvrages de transport et de distribution d'énergie électrique*, «CJEG», 1986, 348 ss.

(38) Sobre el antiguo artículo 257, vid. R. MERLE y A. VITU: *Traité de Droit criminel. Droit Pénal Spécial*, París, Cujas, 1982, vol. II, 2040 ss.; COIN: *op. cit.*, 341 ss.; R. VOIN: *Droit pénal spécial*, París, Dalloz, 1988 (6.ª ed., por M.-L. RASSAT), 170 ss.; J. M. AUBY: *op. cit.* (II), 6; BOEHLER: *op. cit.*, núm. 134, 10; L. DI QUAL: *Une manifestation de la désagrégation du droit de propriété: la règle «ouvrage public mal planté ne se détruit pas»*, «JCP», 1964, doct., núm. 1852, §6. Para el vigente artículo 322-2, M.-L. RASSAT: *Droit Pénal Spécial. Infractions des y contre les particuliers*, París, Dalloz, 1997, 216-217; DUFAU: *Droit*, cit., 439 ss.

artículo 257 permitía incluir en su ámbito de aplicación a obras de titularidad privada siempre y cuando hubieran sido erigidas mediante acuerdo o autorización administrativa. El vigente artículo 332-2 se refiere exclusivamente a las obras de propiedad pública, por lo que las agresiones a las obras públicas de propiedad particular, cuya existencia nos consta, podrán ser castigadas sólo en aplicación del tipo de destrucción, degradación o deterioro intencionales de las cosas, del que el artículo 333-2 es una modalidad agravada. En cualquier caso, se exige que la conducta agresora revista una cierta entidad y que la infracción sea intencional. Si el elemento subjetivo falta, el autor de la agresión sólo puede ser condenado a la reparación del daño en vía civil (39). Además, es irrelevante que la obra se haya ejecutado sin el cumplimiento de las formalidades legales requeridas. Las irregularidades jurídicas que se hayan podido cometer en la construcción del inmueble no repercuten sobre la represión penal de las agresiones a la obra pública. Este criterio se aplica también en caso de oposición a las operaciones de *travaux publics* y el Tribunal de Casación lo ha justificado en que los ciudadanos no pueden erigirse en jueces de la legalidad de las actuaciones públicas, frente a las que deben reaccionar a través de los cauces que el ordenamiento establece (40).

2. Obras públicas de dominio público

La obra pública que es de dominio público se beneficia del régimen especial de protección de los bienes de esta clase, comandado por los principios de imprescriptibilidad e inalienabilidad. Poco hay que decir aquí acerca de ellos, salvo recordar su fuerte arraigo. Asimismo, cabe señalar que el Consejo Constitucional francés ha extendido a la propiedad pública las garantías del derecho de propiedad que derivan del artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, por lo que es notorio que las obras públicas de dominio público están concernidas por dicha extensión, habida cuenta de la pujanza que tiene en Francia la consideración de ser el dominio público una propiedad administrativa (41).

Adicionalmente, ciertas obras públicas dominiales están protegidas por el régimen de las llamadas *contraventions de grande voirie*, que se traduce en la imposición de sanciones al infractor de las reglas relativas a la conservación y afectación del dominio público, así como, frecuentemente, en la sujeción del sancionado a la obligación de restituir el dominio público al estado en que se encontraba antes de la contravención. De ahí su naturaleza mixta, represiva y restitutoria, ya advertida por LAFERRIÈRE en su contestación a quienes sostenían que debían ser los tribunales penales los

(39) En el caso de agresiones a las obras de transporte y distribución de energía eléctrica, es factible la represión de ilícitos no intencionales en aplicación de textos especiales; cfr. COIN: *op. cit.*, 348-349.

(40) Cfr. MERLE y VITU: *op. cit.*, vol. I, 349; COIN: *op. cit.*, 343.

(41) La decisión del Consejo Constitucional aludida en el texto es la 94-346, de 21 de julio de 1994, que comento en *Novedades*, cit., 572 ss.

competentes para sancionar esta clase de infracciones, si bien el autor hizo notar que importaba más la reparación de los daños causados al dominio público que la represión de la conducta ilegal (42).

En su fisonomía actual, y prescindiendo de aspectos procesales, el régimen de las *contraventions de grande voirie*, cuyo campo de aplicación sobrepasa el de las obras públicas demaniales, se caracteriza por los trazos siguientes (43):

i) Es inherente al sistema de *contraventions de grande voirie* la expresa previsión normativa. Previsión que, según ha clarificado la Decisión 87-151, de 23 de septiembre de 1987, del Consejo Constitucional, debe estar en un texto legal si la multa sobrepasa una determinada cantidad (44). En el momento presente, el régimen que se comenta se aplica a las obras públicas integradas en el dominio público marítimo artificial, en el fluvial artificial y en el ferroviario (45). Todas las demás, aunque sean de dominio público, quedan al margen de él puesto que ninguna norma permite sostener lo contrario.

ii) El órgano competente para imponer la sanción y decidir sobre la reparación o el resarcimiento es el juez administrativo. Naturalmente, la Administración dispone de la prerrogativa de acción de oficio de conformidad con los cánones comunes (46), pero si no concurre una situación de urgencia justificativa del ejercicio de la potestad, ha de dirigirse al juez. La Administración está, además, obligada a hacerlo, obligación que admite excepciones amparadas en razones de interés general (orden público, ciertas consideraciones de naturaleza económica o social), pero nunca en la simple conveniencia administrativa. Los jueces, por lo demás, controlan una eventual decisión administrativa de no actuar y pueden censurarla jurídicamente, bien por error de hecho o de Derecho, bien por desviación de poder.

(42) Vid. E. LAFERRIERE: *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, reimp., París, LGDJ, 1989, tomo II, 600 ss. Su exposición es muestra palpable de que, desde antiguo, las obras públicas pueden ser objeto ordinario de *contraventions de grande voirie* siempre y cuando, por supuesto, pertenezcan al dominio público

(43) Vid. J.-M. PERRET: *Les contraventions de grande voirie*, París, PUF, 1994; J. M. AUBY: *L'action domaniale*, «AJDA», 1983, 507 ss.; Y. BRARD: *Domaines public et privé des personnes publiques*, París, Dalloz, 1994, 92 ss.; CHAPUS: *op. cit.*, vol. II, 356 ss.; AUBY y BON: *op. cit.*, 151 ss.; GODFRIN: *op. cit.*, 164 ss.; MORAND-DEVILLIER: *op. cit.*, 196 ss.; A. KOUÉVI: *L'obligation de poursuite en matière de contravention de grande voirie*, «AJDA», 2000, 393 ss.

(44) B. GENEVOIS: *L'autorité compétente pour instituer une contravention de grande voirie (À propos de la décision du Conseil Constitutionnel, n.º 87-151 L du 23 septembre 1987)*, «RFDA», 1988, 273, con el texto de la decisión. Esta puede consultarse también en L. FAVOREU: *Recueil de jurisprudence constitutionnelle. 1959-1993*, París, Litec, 1994, RJC-II, 125.

(45) Véanse las referencias oportunas en PERRET: *op. cit.*, 99 ss. Este autor incluye en el dominio público protegido por el régimen de las *contraventions de grande voirie* al afectado a las telecomunicaciones, pero como, según nos consta, los bienes de *France Télécom* ya no forman parte del dominio público, no se benefician de la técnica de protección que se comenta. Sobre este concreto extremo, PEYRICAL: *op. cit.*, 799.

(46) Sobre los mismos, J. BARCELONA LLOP: *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Santander, Universidad de Cantabria, 1995, 275 ss. y la bibliografía allí citada.

iii) La sanción impuesta al contraventor de *grande voirie* es compatible con otra que puedan acordar los jueces penales si el comportamiento infractor es subsumible en dos textos diferentes. De igual manera, cabe la imposición de tantas sanciones como contravenciones se hayan producido aunque hayan sido cometidas por una misma persona de manera simultánea.

iv) El autor responde objetivamente y al margen de todo elemento intencional, no admitiéndose otra causa de exoneración que la fuerza mayor o circunstancias asimilables a ella.

v) La infracción prescribe al año de su comisión, pero la acción administrativa para obtener la reparación del daño causado, la llamada *action domaniale*, es imprescriptible puesto que el dominio público lo es. Esta circunstancia es reveladora de las diferencias jurídicas que existen entre la sanción y la reparación; si la primera sigue los cánones de las medidas represivas en orden a los principios de legalidad y personalidad, a la prescripción, la amnistía y las medidas de gracia, la segunda no. De ahí que el juez administrativo pueda decidir sobre la reparación del daño causado aunque la sanción no sea viable en Derecho (porque el ilícito ha prescrito, por ejemplo) y obligar incluso a los causahabientes del infractor. Esto prueba que, como ya hiciera notar LAFERRIÈRE, preocupa más la reparación del daño que la represión del comportamiento ilícito.

Distinto del referido es el régimen de las *contraventions de voirie routière*, que se aplica a obras públicas muy destacadas puesto que son las que integran el dominio público viario estatal, departamental y local (autopistas, carreteras, etc.). Desde 1926, los jueces penales son competentes para castigar las agresiones a dicho conjunto patrimonial e imponer las oportunas medidas de reparación. La acción tendente a conseguir ésta es, en consonancia con la naturaleza de los bienes dañados, imprescriptible (47).

IV . LA FORMULACIÓN TRADICIONAL DEL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA

1. *Fundamento y consecuencias*

Como se ha comentado al inicio de estas páginas, la intangibilidad de la obra pública conduce a que los jueces, pertenezcan al orden judicial o administrativo, no puedan ordenar a la Administración que destruya, modifique o desplace una obra pública, siquiera ocupe ilegalmente una propiedad privada o haya sido construida irregularmente. Se insiste en que es una regla que sólo protege a la obra pública, que es endémica del régimen jurídico de esta clase de inmuebles. De ahí que sea uno de sus elementos más destacados, si no es el más.

(47) Vid. AUBY: *op. ult. cit.*, 513; CHAPUS: *op. cit.*, vol. II, 354-356.

Aunque de origen jurisprudencial, los tribunales, consecuentes con la casi legendaria sobriedad textual de sus decisiones, no han exteriorizado las razones por las que se han reconocido inhabilitados para ordenar a la Administración que modifique, desplace o destruya una obra pública. Algún antiguo *arrêt* del Tribunal de Casación hace referencia a la separación entre autoridades administrativas y judiciales (vid. nota 56), pero prácticamente nada más. Han sido los autores quienes, constatada la consolidación jurisprudencial del principio de intangibilidad de la obras públicas, se han interrogado por su fundamento y han creído hallarlo. Así, y aunque no falta quien entiende que el principio de intangibilidad carece de cimientos teóricos suficientes (48), la doctrina apela a razones diversas. Se alude, así, al interés general que toda obra pública representa, a la regla que prohíbe a los jueces dirigir órdenes de hacer o *injoctions* a la Administración, a la onerosidad e inutilidad práctica de una orden de demolición o modificación de la obra pública habida cuenta de que la Administración podría volver a implantarla en el mismo lugar sólo que, esta vez, cumpliendo las formalidades pertinentes, al interés general que toda obra pública representa o, en fin, a más de una de las explicaciones indicadas (49). De todas formas, es el argumento del interés general el más frecuentemente utilizado, motivo por el cual el fundamento de la intangibilidad estaría localizado en las características inherentes al inmueble, no en otro sitio (50). Ello facilita además que, aun ejecutada ilegalmente, la obra pública prevalezca sobre otras consideraciones, puesto que las infracciones que se hayan podido cometer, y por graves que sean, no comprometen el interés general al que, por definición, toda obra pública sirve (51).

El acta de nacimiento del principio de intangibilidad suele datarse en la decisión conflictual del Consejo de Estado *Robin de la Grimaudière*, de 7 de julio de 1853 (52), pero no es completamente seguro que sea así (53).

(48) Así, GODFRIN: *op. cit.*, 254. En sentido muy similar, J.-P. MAUBLANC en su nota al *arrêt Époux Denard, époux Martin*, que se comenta más adelante, 66.

(49) Sobre los diversos fundamentos que la doctrina ha ensayado, vid. el amplio análisis de Ch. BOUTAYEB: *L'irrésistible mutation d'un principe: l'intangibilité de l'ouvrage public*, «RDSP», 1999, núm. 5, 1452 ss.

(50) Cfr. BOUTAYEB: *op. cit.*, 1463 ss.

(51) Téngase en cuenta que, según una jurisprudencia antigua y constante, las irregularidades cometidas en la ejecución de una operación de *travaux publics* no privan a ésta del carácter de tal y las que hayan acompañado a la construcción de una obra pública no impiden que el inmueble lo sea si reúne las características jurídicas pertinentes. Vid. T.C., 29 de junio de 1895, *Réaux c. Commune de Léoville*, S. 1897.III.49, nota HAURIU; T.C., 26 de mayo de 1894, *De Gasté c. Hospices de Bagnols*, S. 1896.III.33, nota HAURIU; C.E., 26 de enero de 1894, *Lebreton, Faucheux et autres*, R. 71; Cass. Civ., 19 de julio de 1922, *Ville de Bourges c. Raynaud*, S. 1926.I.64; Cass. Civ., 25 de abril de 1923, *L'État et Desauty c. Époux Pellé*, S. 1924.I.292; C.E., 29 de octubre de 1954, *Sieur Prudot*, R. 567; T.C., 21 de marzo de 1966, *Préfet du Haut-Rhin c. Cour d'Appel de Colmar, Commune de Soultz c. Société J. Althoffer et Cie.*, «CJEG», 1967, 385, conc. DUTHEILLET DE LAMOTHE.

(52) Por ejemplo, AUBY: *L'ouvrage public*, cit. (II), 7; DUFAY: *Droit*, 444; CHAPUS: *op. cit.*, 459; DI QUAL: *op. cit.*, §3.

(53) En sus conclusiones a C.E., 19 de abril de 1991, *Époux Denard, époux Martin*, el Comisario del Gobierno TOUTÉE expresa su incapacidad para encontrar el origen del principio en la decisión citada, aunque admite que la doctrina sostiene otra cosa; cfr. «RFDA»,

Incluso parece factible localizar algún pronunciamiento anterior y más explícito. Así, por ejemplo, los *arrêts* del Consejo de Estado de 14 de octubre de 1836, *Leballe c. Joly* (54), y de 30 de diciembre de 1841, *Buecher et Lorentz c. les concessionnaires du chemin de fer de Strasbourg à Bâle* (55). En cualquier caso, es incontestable que en la segunda mitad del siglo XIX está consolidado que los tribunales carecen de poderes para ordenar la supresión o modificación de las obras públicas. Lo afirma inequívocamente el Tribunal de Casación en el asunto *Horliac c. Darblay et Préfet de la Seine*, de 27 de enero de 1868 (56), o, con no menos energía, en un *arrêt* de 21 de julio de 1874: «il est de principe que l'autorité judiciaire est incompétente pour ordonner la suppression d'un travail public» (S. 1874.I.443). Decisiones posteriores abundaron en la misma línea, generando un pétreo cuerpo jurisprudencial presidido por la negativa de los jueces civiles a adoptar decisión alguna que pudiera afectar a una obra pública (57).

La actitud abstencionista del juez civil ha sido confirmada por el Tribunal de Conflictos (58). Y, es más, no se modifica ni siquiera en presencia

1992, 59. Me permito compartir la opinión de TOUTÉE. Si no interpreto mal la decisión *Robin de la Grimaudière*, el Consejo de Estado se limitó a afirmar la competencia de la autoridad judicial para conocer de una petición de suspensión de los trabajos de apertura de un camino vecinal hasta el cumplimiento de las formalidades expropiatorias y el pago de la indemnización. Vid. S. 1854.II.213.

(54) S. 1837.II.124: «considérant (...) que l'ouvrage d'art exécuté par le entrepreneur Joly, comprend, dans les limites de son tracé, une portion du sol dont le sieur Leballe avait la possession a titre de propriétaire, possession qui aurait été troublée sans qu'à l'égard de la dite parcelle il y eût eu déclaration d'utilité publique et accomplissement des formalités antérieures à l'expropriation, qui sont prescrites par les lois de 1810 et 1833; Que l'autorité judiciaire était compétente pour statuer sur cette question de possession, et pour ordonner que le sieur Leballe, serait sur le vu de sa décision, réintégré dans sa possession, sauf le jugement ultérieur de la question de propriété par les tribunaux et l'accomplissement par la administration des formalités volues par les lois précitées; Mais que l'entrepreneur Joly, n'ayant agi dans l'espèce que d'après un tracé adopté et des ordres donnés par l'administration, le dit jugement ne pouvait ni prescrire des règles contraires auxdits actes, ni prononcer contre l'entrepreneur aucune condamnation de dommages-intérêts; Que l'administration seule pouvait prononcer la révocation des mesures qu'elle avait prescrites et la destruction des travaux opérés par ses ordres».

(55) S. 1842.II.124: «Si l'autorité judiciaire était seule compétent pour statuer sur cette question de possession [ocupación por un concesionario de terrenos privados sin previo cumplimiento de las formalidades expropiatorias], les concessionnaires Koechlin n'ayant agi dans l'espèce que d'après un trace adopté et des ordres données par l'administration, les jugements ci-dessus visés ne pouvaient prescrire des mesures contraires auxdits actes; Que l'administration seule pouvait prononcer la révocation des mesures qu'elle avait prescrites et la destruction des travaux opérés par ser ordres».

(56) S. 1868.I.213: «aux termes des lois qui ont établi la séparation des deux autorités administratives et judiciaire, il ne peut appartenir aux tribunaux ni d'arrêter le cours de travaux publics, ni de porter atteinte, en les supprimant, aux actes administratifs qui les ont ordonnés».

(57) Por ejemplo, Cass. Civ., 16 de julio de 1900, *Commune de Gabian c. Gept et autres*, D. 1901.I.35; 7 de junio de 1904, *Commune de Saint-Laurent-du-Jura c. Roidor*, D. 1906.I.24; 4 de julio de 1904, *Chemin de Fer P.L.M. c. Matuissière et Forest*, D. 1906.I.25.

(58) En el asunto *Sieur Raobaud c. Syndicat du Lotissement Sainte-Anne*, de 10 de febrero de 1942 (R. 591), ha dicho el Tribunal de Conflictos que los tribunales judiciales no pueden ordenar «l'exécution de travaux sur les ouvrages ayant le caractère d'ouvrages publics» ni su modificación. Y en el *arrêt Consorts Sawvy c. l'État*, de 6 de febrero de 1956, que la autoridad judicial no puede «prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte,

de una vía de hecho. Es sabido que una operación administrativa incursa en vicios de especial gravedad y atentatoria contra las libertades públicas o el derecho de propiedad se desnaturaliza y provoca que el juez civil adquiera competencia para ordenar a la Administración que ponga término a la situación irregular y para condenarla, en su caso, a la reparación de los daños causados (59). Sin embargo, las consecuencias habituales que en el plano procesal y en el de los poderes del juez derivan de la comisión de una vía de hecho administrativa quedan enervadas cuando se entromete la obra pública. Constatada su presencia, los jueces civiles rehúsan adoptar cualquier decisión que pueda importunarla (60). Como dijo el Comisario del Gobierno ODENT en sus conclusiones al asunto *Debuschère*, del Tribunal de Conflictos, de 7 de diciembre de 1950, aunque la toma de posesión y la ocupación de un terreno sean constitutivas de una vía de hecho, la existencia de una obra pública impide que los tribunales judiciales sean competentes para decidir acerca de su restitución. En la misma línea, el Tribunal de Casación ha resuelto, en el *arrêt Commune de Manosque*, de 17 de febrero de 1965, que la comisión de una vía de hecho no altera la condición de obra pública de una carretera ejecutada al margen de toda formalidad jurídica, motivo por el cual «les tribunaux judiciaires [sont] incompétents pour ordonner leur destruction» (61). No obstante, es preciso que la obra pública esté concluida, pues los tribunales judiciales se consideran capaces de ordenar la interrupción de *travaux publics* en curso de ejecución si constituyen vías de hecho (62). He aquí una nueva muestra, y con importantes repercusiones jurídicas, de la ya señalada autonomía del concepto de obra pública respecto del de *travail public*.

Pero no sólo el juez civil, también el juez administrativo está vinculado por la regla de la intangibilidad. Ya antes de la implantación de la jurisdic-

sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public». Exactamente lo mismo en el asunto *Sieur Borel c. M.R.L.*, de 22 de febrero de 1960. Este y el anterior han sido citados *supra*, nota 29.

(59) Cfr. BARCELONA LLOP: *Ejecutividad*, cit., 370 ss., y la bibliografía y jurisprudencia francesas allí manejadas. Además, S. PETIT: *Le contentieux judiciaire de l'administration*, París, Berger-Levrault, 1993, 107 ss.; del mismo, *La voie de fait administrative*, París, PUF, 1995; G. MALEVILLE: «Voie de fait», *Juris-Classeur Administratif*, fascículo 1051, 1993 (actualizado en 1995).

(60) Cfr. AUBY: *L'ouvrage public*, cit. (II), 7; AUBY y BON: *op. cit.*, 307; DUFAY: *Droit*, cit., 446-447; PETIT: *Le contentieux*, cit., 132; *La voie de fait*, cit., 114-115; MALEVILLE: *op. cit.*, §157 a 160 (1993), §157 (1995); MORAND-DEVILLER: *op. cit.*, 651 y 670; J.-M. LE BERRE: *Les pouvoirs d'injection et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'Administration*, «AJDA», 1979 (febrero), 18; DI QUAL: *op. cit.*, §8; BOEHLER: *op. cit.* (núm. 134), 11; BOUTAYEB: *op. cit.*, 1467.

(61) La referencia a ODENT en DUFAY: *Droit*, cit., 446; el asunto *Commune de Manosque*, en «RDPSP», 1965, 991, acompañado de un comentario de M. WALINE de título bien significativo: «Impossibilité, pour l'autorité judiciaire, d'ordonner la destruction d'un ouvrage public, même si son édification a eu le caractère d'une voie de fait».

(62) DUFAY: *Droit*, cit., 447; LUCCHINI: *op. cit.*, 360; Ch. BLAEVOET: «De l'intangibilité des ouvrages publics», D. 1965, chr. XLI, 242; LE BERRE: *op. cit.*, 18; DI QUAL: *op. cit.*, §8; P. DEDENYS y D. PERRIN: *Voie de fait et travaux publics: contentieux et règlement*, «LPA», 5 de agosto de 1985, núm. 93, 25 y 27; Y. PLOUVIN: *Du travail public constitutif de voie de fait*, «CJEG», 1986, 430-431; F. MODERNE: *Étrangère au pouvoir du juge, l'injection, pourquoi le serait-elle?*, «RFDA», 1990, 814-815.

ción delegada en 1872, el Consejo de Estado precisó que si en virtud de la Ley de 28 pluvioso del año VIII los Consejos de Prefectura eran competentes para conocer de las reclamaciones por daños derivados de la ejecución de *travaux publics*, no podían ordenar «sur une voie publique ou sur ses dépendences, l'exécution de travaux déterminés, dont l'administration seule pouvait apprécier la convenance, et ordonner, s'il y avait lieu, l'établissement» (63). Más tarde, insistirá en que los jueces administrativos carecen del poder de decidir la supresión de las obras públicas, aunque esté a su alcance pronunciarse sobre los daños y perjuicios causados al afectado (64).

Ejemplo paradigmático de la posición del Consejo de Estado sobre el particular es el asunto *Mme. Ripert*, de 31 de mayo de 1979 (65). La señora Ripert se había dirigido en varias ocasiones a la Administración solicitándole que hiciera lo necesario para paliar las molestias que le ocasionaba una obra pública colindante. Ninguna de sus peticiones fue atendida y estaba acreditado el importante perjuicio que la obra pública causaba a la interesada. Ante la pasividad administrativa, Ripert solicitó que, por medio de *référé*, le fuera autorizada la realización de los trabajos precisos para solucionar su problema, sin perjuicio de que luego reclamara a la Administración el reembolso de los gastos. Denegada la petición por el Tribunal Administrativo de París, la interesada acudió al Consejo de Estado solicitando la anulación de la decisión.

El Comisario del Gobierno THÉRY sostuvo que había razones de peso para autorizar el *référé* instado por Ripert. Pero el Consejo de Estado fue de otra opinión. Considerando que el juez del *référé* no ostenta poderes diferentes a los ordinarios de todo juez administrativo, dijo que «le juge administratif, et par voie de conséquence le juge des référés, n'a pas le droit d'autoriser un particulier à porter atteinte à un ouvrage public en vue d'y faire exécuter des travaux; que, par suite, Mme. Ripert n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande».

La intangibilidad de la obra pública, que por cierto el Comisario THIÉRY ni siquiera había mencionado, se impuso, así, sobre cualquier otra consideración. No hay mucha diferencia, entonces, con lo que sucede en la jurisdicción civil, si bien los jueces administrativos entienden que el principio de intangibilidad no les impide brindar a la Administración la posibilidad de elegir entre pagar daños y perjuicios o destruir o desplazar la obra pública (66). Esto hay que relacionarlo con que sólo la Administración está legitimada para disponer de la obra pública, ordenar su desplazamiento, modificación o destrucción. Si se le permite elegir entre *tocar* la obra o indemnizar, es ella al fin y al cabo quien decide.

La exposición que precede debe completarse con un dato adicional:

(63) C.E., 28 de mayo de 1852, *Babelard*, S. 1852.2.555.

(64) C.E., 4 de agosto de 1902, *Sieur Livois*, R. 635; 10 de marzo de 1905, *Sieurs Berry et Chevillard c. Commune de Poilly-Sur-Tholon*, R. 254.

(65) «AJDA», 1980, 106, conc. THÉRY.

(66) Vid. DUFAY: *Droit*, cit., 445; CHAPUS: *op. cit.*, vol. II, 460; GODFRIN: *op. cit.*, 254; BOEHLER: *op. cit.* (núm. 134), 11.

existen algunas excepciones al principio de intangibilidad. En 1959, JOSSE señalaba que la ejecución irregular de *travaux mixtes*, esto es, que interesan a la vez a la Administración civil y a la defensa nacional, podía dar lugar, de conformidad con la legislación especial aplicable, a un pronunciamiento judicial ordenando al contraventor que repusiera los inmuebles a su estado primitivo (67). Al mismo supuesto se refirió muy poco tiempo después J. M. AUBY, y a otros dos más: los trabajos que ejecutan una convención u obligación de Derecho privado y las obras públicas de distribución de electricidad implantadas por los concesionarios en condiciones constitutivas de vías de hecho (68). Respecto de la primera, el Tribunal de Casación se ha pronunciado con claridad (69), pero en relación con la segunda se suscitan ciertas dudas puesto que la jurisprudencia no es uniforme y los autores ponen de manifiesto algunas debilidades argumentales en la misma (70).

2. *Los derechos de los afectados por la obra pública inmodificable*

¿Qué derechos asisten a quienes sufren en su patrimonio jurídico consecuencias perjudiciales asociadas a la obra pública intangible? En palabras de JOSSE, «l'octroi d'allocations pécuniaires est donc le mode habituel de réparation dans la matière de travaux publics. En définitive, le droit des travaux publics est fondé sur des prérogatives exceptionnelles reconnues à l'Administration dans l'intérêt général mais il est fondé en même temps sur le souci d'assurer dans un but d'équité une compensation à ceux qui auraient à souffrir plus particulièrement de l'exercice de ces prérogatives» (71). Compensación que se explica en razones diferentes según que la ejecución

(67) JOSSE: *Travaux publics*, cit., 967 y 968.

(68) AUBY: *op. cit.* (II), 8.

(69) Vid. la decisión *Commune de Sabran*, de 3 de octubre de 1962, que transcribe BLAEVOET en su *op. cit.*, 243, por nota. Otras referencias en LE BERRE: *op. cit.*, 16; MODERNE: *Étrangère au pouvoir du juge*, cit., 815-816.

(70) Cfr. WALINE: *op. cit.*, 988-989; AUBY y BON: *op. cit.*, 307; DUBAU: *Droit*, cit., 448-449; CHAPUS: *op. cit.*, vol. II, 461; PLOUVY: *op. cit.*, 431; P. CARRIAS: *La nouvelle expropriation indirecte*, D. 1994, chr. 328. Del artículo 12 de Ley de 15 de junio de 1906, sobre distribución de energía, parece desprenderse que el legislador ha querido descartar, para el caso concreto a que se refiere, el principio de intangibilidad. Según el precepto, el concesionario de distribución de energía está habilitado, previa declaración de utilidad pública, para la ejecución de determinados trabajos, que pueden llevarse a cabo sobre propiedades privadas; sin embargo, los dueños de éstas pueden realizar en ellas cualesquiera obras (de demolición, de reparación, de edificación, de cierre, etc.) sin que a ello se oponga la existencia de las obras construidas por el concesionario, que podrán ser desplazadas. La doctrina considera que esa excepción a la regla de la intangibilidad hay que circunscribirla a los estrictos términos del artículo 12 de Ley de 1906, por lo que no puede aplicarse a supuestos diferentes a los contemplados en él. Cfr. DUBAU: *Droit*, cit., 449-450. Del mismo autor, criticando la jurisprudencia que ha entendido que la Ley de 1906 incorpora una excepción al principio de intangibilidad operativa en cualquier supuesto de obras de distribución de energía eléctrica, *De l'installation des ouvrages de distribution d'énergie électrique sur les propriétés privés. Principes juridiques. Solutions jurisprudentielles*, «CJEG», 1953, 91-92.

(71) JOSSE: *op. cit.*, 967.

de la obra pública implique una privación irregular de la propiedad, o sea su mera existencia la que ocasione daños a los particulares. En el primer caso, se ha aplicado durante mucho tiempo la teoría de la llamada *expropiación indirecta*; en el segundo, los interesados podrán tener derecho a una reparación en virtud de una serie de reglas especiales dentro del sistema de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración pública.

Veamos por separado uno y otro supuesto, no sin recordar que se ha dicho, y posiblemente con razón, que frente a la coartada financiera a veces esgrimida para justificar la intangibilidad de la obra pública (su destrucción acarrearía el coste adicional de su reconstrucción conforme a Derecho), el interés financiero de la colectividad puede a veces satisfacerse de mejor manera destruyendo la obra ilegal que indemnizando a los afectados por ella (72).

a) *La teoría de la expropiación indirecta.*

Escribe LAFERRIÈRE que en la hipótesis de la construcción de una obra pública sobre un fundo privado sin que previamente se haya seguido el debido procedimiento expropiatorio, el interesado tiene derecho a que, como en cualquier expropiación forzosa, el juez establezca la indemnización que le corresponde. Ejecutada la obra pública, el derecho de propiedad «ne peut que se convertir en un droit à indemnité pour expropriation indirecte». Se trata, para LAFERRIÈRE, de una aplicación de los principios rectores de la accesión, sólo que con inversión de la regla general: realizados los *travaux publics*, lo principal no es el suelo, sino la obra pública; la segunda absorbe al primero y no cabe otra cosa que indemnizar al propietario (73).

Más tarde, A. MESTRE perfilará la teoría en un comentario jurisprudencial que ha alcanzado gran notoriedad (74). Ejecutado un túnel ferroviario subterráneo en una propiedad privada sin mediar expropiación ni cesión amigable, la jurisdicción civil rehusó ordenar la destrucción de la obra y la restitución del terreno a su propietario, pero afirmó el derecho de éste a ser indemnizado. Verificada la imposibilidad jurídica de restituir al bien a su dueño, dijo MESTRE, el derecho real del propietario se traduce en un crédito frente al Estado, no produciéndose la transferencia de la propiedad hasta la determinación y abono de la cuantía indemnizatoria. El pronunciamiento judicial sobre el particular, sigue el autor, produce los mismos efectos que en un procedimiento expropiatorio ordinario; «c'est la raison pour laquelle on peut donner le nom, assez inexact d'ailleurs, d'expropriation indirecte à l'ensemble de cette procédure». Se trata, reconoce MESTRE, de una materia muy delicada en la que, sin apoyo en texto alguno, la juris-

(72) TOUTÉE en sus conclusiones a *Époux Denard, époux Martin*, cit., 64.

(73) LAFERRIÈRE: *op. cit.*, vol. I, 491, 494; vol. II, 617.

(74) Aunque no hay que olvidar que también HAURIUO tuvo oportunidad de participar en el proceso de decantación de la teoría. Vid. su comentario a T.C., 26 de mayo de 1894, *De Gasté c. Hospices de Bagnols*, y 29 de junio de 1895, *Sanières c. Préfet de l'Aveyron*, S. 1896.III.33.

prudencia ha procurado, y a su juicio con acierto, armonizar los intereses concernidos. Por un lado, el servicio público no queda comprometido y el interés general no sufre en absoluto. En cuanto al derecho de propiedad, su ejercicio normal queda paralizado a consecuencia de la construcción de la obra pública, pero el derecho como tal no cede hasta que, bien por decisión judicial, bien por acuerdo entre las partes, se establezca una justa indemnización (75).

Así formulada, la teoría de la expropiación indirecta, a la que se ha adherido el Consejo de Estado (76), ha servido para compensar al propietario sobre cuyo predio se ha construido una obra pública sin previa expropiación forzosa (77). En su virtud, el inmueble permanece intacto, pero la transferencia jurídica de la propiedad del suelo sobre el que ha sido erigido queda subordinada a la determinación y pago de la indemnización (78). Hoy la teoría de la expropiación indirecta ha sido abandonada. Como veremos más adelante, un *arrêt* del Tribunal de Casación de 1994 la ha arrinconado, aunque, se advierte ya, sin cuestionar el principio de intangibilidad de la obra pública.

b) *La responsabilidad patrimonial extracontractual por los daños permanentes causados por la existencia de una obra pública.*

Si la obra pública irregularmente erigida es intangible y su destrucción o modificación sólo pueden ser dispuestas por la Administración, no es de extrañar que suceda lo mismo cuando de su existencia o funcionamiento, y al margen de cualquier ilegalidad, derivan daños o molestias a los colindantes. Estos no pueden lograr que un juez ordene la demolición o el desplazamiento de la fuente de las molestias que sufren, pero está a su alcance obtener una compensación pecuniaria tendente a reparar *les troubles de voisinage* ocasionados por la colindancia o proximidad con una obra pública intangible.

A tal propósito, existe en Francia un utillaje jurídico singular que, si inserto en el sistema de la responsabilidad patrimonial extracontractual por daños de *travaux publics*, ofrece ciertas peculiaridades que permiten reconocerlo como una modalidad específica dentro de él (79). Veamos cuáles

(75) A. MESTRE: nota a Cass. Civ., 2 de febrero de 1909, *Préfet de la Corse c. Casanova*, S. 1912.I.577.

(76) Vid., por ejemplo, *Époux Weibel*, de 17 de octubre de 1986, S. 1987, som. comm., 397, nota P. BON.

(77) Requisito de aplicación de la teoría es que la obra pública esté terminada puesto que, como se ha indicado con anterioridad, los jueces civiles se consideran competentes para ordenar la interrupción de los *travaux publics* en curso de ejecución que sean constitutivos de vías de hecho.

(78) Como dice WALINE en su comentario a *Commune de Manosque*, cit., 990-991, el propietario víctima de la expropiación indirecta lo sigue siendo, pero la Administración es quien posee el inmueble y «pour réunir la propriété à la possession, elle devra payer une indemnité fixée comme en matière d'expropriation».

(79) Utillaje jurídico que, como bien se comprende, sólo ha podido forjarse y singu-

son sus líneas maestras para cerrar este apartado sobre las consecuencias patrimoniales del principio de intangibilidad.

i) Los daños derivados de *travaux* y *ouvrages publics* pueden ser accidentales o permanentes. Los primeros son los que se producen de forma ocasional e inesperada, que hubieran debido o podido evitarse y que a menudo son fruto de la comisión de una falta. Los daños permanentes tienen otra factura. El adjetivo no apela tanto a su perdurabilidad en el tiempo cuanto a que son consecuencia necesaria de la existencia de una obra pública: ruidos, olores, humos y otras molestias, depreciación del valor de los inmuebles, privación a los ribereños del derecho de acceso a sus propiedades, determinados perjuicios comerciales, etc. (80). Si el daño accidental es ocasional y evitable, el permanente no; va ligado a la presencia y funcionamiento de la obra pública, es indisoluble de ella y su producción no puede ser soslayada. Esta es la clase de daño que interesa aquí.

ii) En el sistema de la responsabilidad extracontractual en materia de *travaux* y *ouvrages publics* no es indiferente que la víctima sea un tercero, un usuario de la obra pública o un participante en la operación de *travaux publics* (81). En función de la situación de la víctima se aplican reglas de fondo diferentes. Si es participante en la operación de *travaux publics* (por ejemplo, un trabajador de la empresa que ejecuta los trabajos), el resarcimiento se condiciona a que pruebe que se ha cometido una falta. Si es usuario de la obra pública, se presume que la falta existe (*défaut d'entretien, défaut d'aménagement, vice de construction*), pero cabe la exoneración mediando prueba en contrario. Si la víctima es un tercero, la responsabilidad surge sin necesidad de la concurrencia de falta alguna (82).

Cuando se trata de daños permanentes causados por una obra pública, las víctimas son consideradas terceros respecto de ella; de ahí que sea de

larizarse una vez que el concepto de obra pública se distingue del de *travail public*; cfr. M. DEGUERGUE: *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, París, LGDJ, 1994, 108-109.

(80) Un amplio muestrario jurisprudencial en DUBAU: *Droit*, cit., 552 ss.; O. RENARD-PAYEN: «Responsabilité du fait des travaux publics et ouvrages publics. Dommages subis par les tiers», *Juris-Classeur Administratif*, vol. 8, fascículo 934, 1994 (actualizado en 1995), § 52 ss.; para la hipótesis que estudia, J. MORAND-DEVILLER: *Les dommages de travaux publics survenus sur les voies publiques terrestres*, «LPA», núm. 15, 4 de febrero de 1987, 14 ss. (se trata de la cuarta y última entrega del trabajo, habiendo sido publicadas las anteriores en los núms. 12, 13 y 14 de la citada revista).

(81) Dice DEGUERGUE que la distinción entre tercero, usuario y participante es una de las que traducen la realidad jurisprudencial en materia de responsabilidad administrativa; las otras serían la distinción entre falta personal y de servicio y entre falta simple y falta *lourde*. Para la que interesa aquí, vid. su *op. cit.*, 539 ss.

(82) Cfr. J. MOREAU: *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, París, LGDJ, 1957, 35 ss., 106 ss.; M. ROUGEVIN-BAVILLE: *La responsabilité administrative*, París, Hachette, 1992, 113 ss.; P. CHAUVIN: *La distinction du tiers et de l'usager dans les dommages de travaux publics*, París, Universidad Panthéon-Assas (París II), 1993; F. GAZIER: «Travaux publics (Dommages des)», en F. GAZIER y R. DRAGO (Dir.): *Encyclopédie de Droit Public. Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, París, Dalloz, Sirey, 1992 (actualizado en 1995), § 110 ss. Una aplicación del planteamiento a una obra pública en particular en BOEHLER: *op. cit.*, núm. 135, 7 ss.

aplicación el régimen de la responsabilidad sin falta, lo que repercute sobre el fundamento del deber de resarcir, la naturaleza del daño indemnizable y la operatividad de las causas de exoneración. De esta forma, la distinción entre terceros y usuarios, tan importante en el sistema de la responsabilidad por *travaux y ouvrages publics*, carece de interés en caso de daños permanentes ocasionados por una obra pública porque la víctima es siempre un tercero. Distinción que pierde también fuste en el supuesto de las llamadas *obras públicas excepcionalmente peligrosas*, concepto que la jurisprudencia aplica con comedimiento y que apela igualmente a un régimen de responsabilidad sin falta (83).

iii) En cuanto al fundamento de esta clase de responsabilidad, si en otro tiempo se ha manejado la teoría del riesgo (84), hoy se se prefiere hablar de la pertinencia de reparar el especial perjuicio que ocasiona a ciertos ciudadanos un comportamiento administrativo inspirado en un fin de interés general y realizado en aras del beneficio común. Esto es, de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas (85), principio textualmente anclado en el artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuya génesis doctrinal se remonta a finales del siglo XIX y que casi cien años después ha sido invocado en la Decisión del Consejo Constitucional 85-198, de 13 de diciembre de 1985, para afirmar que no permite excluir «du droit à réparation un élément quelconque de préjudice indemnisable résultant des travaux ou de l'ouvrage public» (86).

iv) Puesto que es un régimen de responsabilidad sin falta, la Administración sólo puede exonerarse si hay fuerza mayor o falta de la víctima, pero nunca podrá invocar el caso fortuito ni el hecho de tercero.

v) No basta que el daño sea cierto, actual, causalmente ligado a la existencia de la obra pública y evaluable. Ha de ser además, como en toda hipótesis de responsabilidad sin falta, especial y anormal. Naturalmente, los tribunales resuelven en función de las circunstancias peculiares de cada caso, lo que introduce en la materia un cierto grado de contingencia y relatividad. Hay, no obstante, algunos criterios a los que atenerse. Así, por ejemplo, la especialidad se mide por la afección a un individuo, a un número reducido de ellos, o a los que pertenecen a un grupo fácilmente identificable; los daños corporales y la destrucción o deterioro de la propiedad

(83) Vid. las conclusiones de LE CHATELIER a C.E., 5 de junio de 1992, *Ministre de l'Équipement, du logement, des Transports et de la Mer c. M. et Mme. Cala*, «RFDA», 1993, 68; y en la doctrina, LONG *et al.*: *op. cit.*, 199-200; DEGUERGUE: *op. cit.*, 131 ss., 551.

(84) Vid. P. DUEZ: *La responsabilité de la puissance publique (en dehors de contrat)*, París, Dalloz, 1938, 64 ss.; MOREAU: *L'influence*, cit., 56.

(85) Vid. J. MOREAU: *La responsabilité administrative*, París, PUF, 1986 (2.^a ed.), 106-107; CHAPUS: *Droit administratif*, vol. II, cit., 542; DUFAU: *Droit*, cit., 547 ss.; GODFRIN: *op. cit.*, 277; ROUGEVIN-BAVILLE: *op. cit.*, 106; MORAND-DEVILLER: *Cours*, cit., 812; *Les dommages*, cit., 14 y 19; J.-Ph. PAPIN: *Les ouvrages d'E.D.F. et du G.D.F. peuvent-ils occasionner des troubles d'agrément indemnizables?*, «CJEG», 1984, 96-97.

(86) Vid. D. 1986, 345, nota F. LUCHAIRE; la decisión 85-198 también en FAVOREU: *Recueil*, cit., 242. Para la formulación y consolidación del principio de igualdad ante las cargas públicas en materia de responsabilidad, más allá por supuesto del ámbito de la obra pública, DEGUERGUE: *op. cit.*, 137 ss., 375 ss., 509 ss., 691 ss.

son siempre anormales; también la privación a los ribereños de las vías públicas del derecho de acceso a sus inmuebles o las molestias (ruidos, humos, olores) objetivamente excesivas. No lo son, en cambio, las que no implican ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas por no exceder de las que ordinariamente derivan de la colindancia con la obra pública (*charges n'excedant pas de la mesure ordinaire des obligations ou sujétions de voisinage*). Tampoco se resarce el daño si los inconvenientes que sufre el colindante o vecino de la obra pública son compensados por las ventajas que le reporta la proximidad del inmueble. Y, en fin, la indemnización se excluye si la víctima ha podido prever la producción del daño y, pese a todo, adquiere o construye un inmueble próximo o colindante con la obra pública. En tal caso se considera que asume los inconvenientes derivados de la vecindad del inmueble. Este criterio conecta con la llamada *règle de l'antériorité*, en cuya virtud el daño no es resarcible sino en la medida en que la obra pública incide lesivamente sobre una situación que preexiste a ella (87).

vi) Por último, vaya una mención a los llamados *allongement de parcours*; esto es, al incremento de la distancia entre dos lugares provocado por la ejecución de obras públicas, resultado que puede acarrear un perjuicio para los afectados por la nueva situación (88). Lo peculiar de estas hipótesis es que parece recuperarse la distinción entre usuarios y terceros que, como se ha indicado, carece de relieve en la reparación de los daños permanentes. La víctima es considerada usuario si el *allongement* es fruto de trabajos ejecutados sobre la vía pública, puesto que hace uso de ella aunque le perjudique el incremento de la distancia, y tercero cuando éste resulta de la construcción de una obra ajena a la *voirie routière*. Lo que tiene importancia porque, en el primer caso, se tiende a denegar la indemnización dado que el lesionado utiliza y se beneficia de algún modo de la obra, y, en el segundo, a reconocerla por entender que es un tercero que ningún provecho extrae de ella (89).

De todas formas, se ha destacado que aunque la víctima sea calificada como un usuario, la indemnización le es reconocida si el perjuicio que sufre es especial y anormal (90). Esto es, de la clase del que debe existir para

(87) Para todas estas cuestiones, MOREAU: *L'influence*, cit., 106 ss.; DUFAY: *Droit*, cit., 551 ss.; GAZIER: *op. cit.*, § 220 ss.; RENARD-PAYEN: *op. cit.*, § 20 ss., 52 ss. Una aplicación de los criterios generales sobre la naturaleza del daño resarcible a una clase particular de obras públicas en el estudio de PAPIN citado *supra*, nota 85. En términos generales, sobre las nociones de perjuicio anormal y especial, DEGUERGUE: *op. cit.*, 391 ss.

(88) Ejemplos jurisprudenciales en MORAND-DEVILLER: *Les dommages*, cit., 16-17. Mencionemos uno para ilustrar el supuesto aludido: la construcción de un puerto militar provoca el traslado del puerto pesquero en el que una empresa conservera se aprovisionaba habitualmente de pescado. A raíz de ello, se incrementa la distancia entre la empresa y el nuevo lugar de aprovisionamiento en casi un kilómetro, lo que se considera un daño permanente derivado de la ejecución de una obra pública.

(89) Vid. DUFAY: *Droit*, cit., 615-616.

(90) Vid. R. CHAPUS: «Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics», en *Mélanges offerts à Marcel Waline*, París, LGDJ, 1974, tomo II, 321-322; *Droit administratif*, vol. II, cit., 546; DEGUERGUE: *op. cit.*, 544 y 546.

que se declare el derecho de los terceros al resarcimiento por los daños permanentes derivados de la existencia de una obra pública de conformidad con el régimen de responsabilidad sin falta. Ello parece difuminar la funcionalidad de la distinción basada en la condición de la víctima (91) y, por otro lado, conecta con la tesis de quienes entienden que en todo caso de daños causados a los usuarios de las obras públicas, el juez no indaga tanto en la cuestión de la falta cuanto en la gravedad y anormalidad del daño (92).

V. LA INTANGIBILIDAD DE LA OBRA PÚBLICA, HOY

En el momento actual, la presentación clásica del principio de intangibilidad de la obra pública se ha alterado un poco. Dos decisiones del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación de 1991 y 1994 han introducido algunas cuñas en la mole de la intangibilidad de la obra pública y, aunque no han llegado a romperla, sí han practicado en ella fisuras por las que se introducen matices hasta ahora impensables. Es muy improbable que las grietas que ha abierto la jurisprudencia lleguen a hacerse brechas y a desintegrar el principio de intangibilidad, pero ahí están, atestiguando un cambio de planteamiento digno de atención. Junto a ello, la atribución por ley a los jueces administrativos del poder de dirigir *injonctions* contra la Administración, hecha en 1995, puede contribuir a modificar el estado actual de la cuestión, aunque todavía sea pronto para afirmarlo categóricamente.

1. *La decisión Époux Denard, époux Martin, de 19 de abril de 1991, del Consejo de Estado*

Una obra pública bastante modesta se encuentra en la base del *arrêt* del Consejo de Estado *Époux Denard, époux Martin*, de 19 de abril de 1991 (93). Los Denard y los Martin habían solicitado al Alcalde de Carignan de Bordeaux la destrucción de un pequeño colector de aguas pluviales, petición que fue rechazada de forma expresa. Interpuesto recurso contra el acuerdo, el Tribunal Administrativo de Burdeos rehusó entrar en el fondo del asunto. El Consejo de Estado, en cambio, consideró que estaba a su alcance analizar si la Administración había resuelto conforme al ordenamiento jurídico o no.

Se debe al Comisario del Gobierno Henri TOUTÉE la exposición de los argumentos llamados a facilitar que el Consejo de Estado aceptara controlar la legalidad de la decisión administrativa impugnada. Admitiendo que

(91) CHAPUS: *Droit administratif*, vol. II, cit., 547.

(92) Así, ROUGEVIN-BAVILLE: *op. cit.*, 121.

(93) Puede consultarse en «RFDA», 1992, 59, conc. TOUTÉE y nota J.-P. MAUBLANC; «AJDA», 1991, 563, nota G. TÉBOUL; «JCP», 1992, jur., núm. 21804, nota M. Ch. ROUAULT.

el Alcalde podía tanto acceder a la demolición solicitada como negarse a ella, TOUTÉE sostuvo que era posible analizar si había incurrido o no en un error manifiesto de apreciación. Propuso a tal efecto la práctica de una ponderación entre el interés general al que sirve la obra pública y los demás en presencia, bien otro interés general superior, bien intereses particulares suficientemente destacados. Con ello, quedaba expedito el paso para analizar si, en el ejercicio de un poder discrecional, el órgano administrativo actuante había acertado o no al negarse a demoler la obra pública cuestionada. El eventual desacierto derivaría de una interpretación claramente errónea de las circunstancias concurrentes, de una valoración patentemente equivocada de los intereses en presencia. Esto es, de un error manifiesto de apreciación que, en caso de haberse cometido, obligaría a la anulación de la decisión impugnada (94).

Es entonces cuando el Comisario del Gobierno se encaró con el principio de intangibilidad, con cuya evocación habían dado precisamente comienzo sus conclusiones. Para él, era obvio que una anulación de la negativa administrativa a demoler la obra debía ser ejecutada y que «dans beaucoup de cas, la seule exécution possible d'une annulation prononcée par ce motif, tiré de l'erreur manifeste d'appréciation, serait la destruction de l'ouvrage». Consecuencia que, como bien se comprende, pugna abiertamente con la intangibilidad de la obra pública. Sin embargo, para TOUTÉE, ésta no podía oponerse eficazmente si un interés general superior o un conjunto de intereses particulares obligaran «à considérer le refus de détruire un ouvrage public comme entaché d'un erreur manifeste d'appréciation».

Llegado el razonamiento hasta aquí, sólo restaba ponderar los intereses en presencia en el caso concreto. Tarea que condujo al Comisario del Gobierno a afirmar que, constatada la utilidad general de la obra y puesto que los demandantes no invocaron seriamente un perjuicio extraordinario que justificara la supresión de la canalización, el Alcalde de Carignan-de-Bordeaux no se había equivocado al rechazar su pretensión «même si la légalité de l'implantation de la buse à l'origine n'était pas certaine». Y así resolvió el Consejo de Estado, quien aceptó practicar la ponderación sugerida por el Comisario del Gobierno y, con ello, valorar el acierto o desacierto de la resolución administrativa que había rechazado destruir la obra pública (95).

(94) A través de la técnica del error manifiesto de apreciación, que es una modalidad de control restringido de los actos administrativos, la jurisdicción administrativa verifica si un acto discrecional es fruto de un error grave y claro en la interpretación administrativa de los hechos, y lo anula en caso afirmativo. Se trata de una forma de control de la discrecionalidad administrativa alumbrada a principios de la década de los años sesenta del siglo XX y que ha sido bien recibida por la doctrina. Vid. B. PACTEAU: *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Universidad de Clermont-Ferrand, 1977, 233 ss.; LONG *et al.*: *op. cit.*, 660 ss.; S. KTISTAKI: *L'évolution du contrôle juridictionnel de l'acte administratif*, París, LGDJ, 1991, 355 ss.; CHAPUS: *Droit administratif*, cit., vol. I, 778 ss.

(95) Dice el *arrêt* en este punto: «Considérant que la buse édifíée par la commune de Carignan-de-Bordeaux sous le chemin "du petit Tourny" en vue de permettre l'écoulement des eaux pluviales présente le caractère d'un ouvrage public; que pour refuser par les décisions attaqués d'engager, ainsi que le demandaient les requérants, la procédure qui aurait

Comoquiera que no consta que el Consejo de Estado haya tenido oportunidad de volver a enjuiciar un acuerdo administrativo denegatorio de una solicitud de demolición o desplazamiento de una obra pública, el alcance efectivo del razonamiento rector del asunto *Époux Denard, époux Martin* permanece en la penumbra, si bien los autores subrayan que ha impactado fuertemente sobre la fisonomía tradicional del principio de intangibilidad (96). No acarrea su abandono pero introduce en su caracterización convencional un elemento hasta ahora desconocido: el juez administrativo se considera capacitado para enjuiciar si la Administración ha obrado correctamente o no al negarse a demoler o desplazar una obra pública. Y si, como TOUTÉE sostuvo, una decisión jurisdiccional anulatoria de la negativa debiera ser frecuentemente seguida de la destrucción del inmueble (97), es evidente que el grado de protección jurídica de que es acreedora la obra pública sufre una merma. Con todo, no es descartable que la ejecución de una decisión semejante pueda a veces quedar satisfecha con el dictado de una nueva resolución denegatoria de la solicitud de demolición o modificación de la obra pública pero, esta vez, tras una correcta ponderación de los intereses en presencia (98).

Por otro lado, hay autores que manifiestan dudas acerca del resultado de la operación intelectual que los jueces administrativos están llamados a practicar si la decisión administrativa cuestionada se refiere a una obra pública de cierta envergadura. Es más, presienten que las decisiones de anulación afectarán generalmente a obras públicas bastante modestas (99). Al vaticinio no es ajena la suerte que ha conocido otra regla jurisprudencial de alcance que el Comisario TOUTÉE trajo a colación en sus conclusiones al asunto *Époux Denard, époux Martin*. Alguna relación guarda con nuestro tema, por lo tanto. Me refiero a la teoría del *bilan coûts-avantages* que, en relación con el control de las declaraciones de utilidad pública a efectos expropiatorios, vio la luz en un *arrêt* del Consejo de Estado de 28 de mayo de 1971 conocido como *Ville Nouvelle Est* y que, junto con la del error manifiesto de apreciación, es uno de los instrumentos que el *Conseil d'État* ha creado para intensificar el control de los poderes discrecionales de la Administración (100).

permis de supprimer légalement cette buse, le maire s'est fondé sur ce que cet ouvrage demeurerait nécessaire (...) pour assurer l'écoulement des eaux; qu'il ressort des pièces du dossier qu'en retenant ce motif, qui n'est pas entaché d'erreur de droit, le maire n'a pas fondé ses décisions sur des faits matériellement inexacts ou une erreur manifeste d'appréciation; qu'aucun détournement de pouvoir n'est établi».

(96) MAUBLANC: *op. cit.*, 66; DUFU: *Droit*, cit., 452; CHAPUS: *Droit administratif*, cit., vol. II, 462; GODFRIN: *op. cit.*, 225; LAVIALLE: *Droit*, cit., 290.

(97) En el mismo sentido, DUFU, GODFRIN y CHAPUS en los lugares citados en la nota precedente; también, TEBOUL: *op. cit.*, 565.

(98) Como dice MAUBLANC en su *op. cit.*, 67, «los efectos de una decisión de anulación equivalen a una obligación de actuar (es decir, de desplazar o destruir la obra) a condición no obstante de que el autor del acto no pueda dictarlo válidamente de nuevo ajustándose a la legalidad».

(99) GODFRIN: *op. cit.*, 225; BOUTAYEB: *op. cit.*, 1475; TEBOUL: *op. cit.*, 566.

(100) El aserto pertenece a LONG *et al.*: *op. cit.*, 660. En las págs. 648 y ss. de la misma obra puede consultarse el *arrêt* aludido en el texto y el comentario pertinente. La deci-

Dicha teoría se resume bien en las siguientes palabras del *arrêt* de 1971, que han pasado por mérito propio a ocupar un sitio en los anaqueles de la mejor literatura jurisprudencial: «una operación no puede ser legalmente declarada de utilidad pública si su incidencia sobre la propiedad privada, el coste financiero y, eventualmente, el coste social que implica son excesivos teniendo en cuenta el interés social que representa». Por tal motivo, el juez administrativo está habilitado para contrastar las ventajas (utilidad pública) y desventajas (de toda índole, económicas, sociales, ecológicas, etc.) de una determinada expropiación forzosa y decidir en consecuencia, practicando para ello un balance entre los costes (no sólo financieros) de la operación y los beneficios que puede reportar. Se trata, en suma, de un juicio de proporcionalidad en el que se valoran elementos concretos; si no fuera así, si el juicio de proporcionalidad se hiciera en abstracto y no versara sobre las circunstancias específicas de cada supuesto, es evidente que la utilidad pública de la operación expropiatoria tendría casi siempre todas las de ganar, además de no ser un verdadero juicio de proporcionalidad.

Una operación muy similar es la que el Comisario TOUTÉE, invocando expresamente la jurisprudencia *Ville Nouvelle Est*, invita a realizar al Consejo de Estado al sugerirle que analice si el interés general inherente a la obra pública debe o no ceder ante otros intereses prevalentes y capaces de sustentar la anulación auspiciada por los recurrentes. El razonamiento de fondo es muy parecido al del asunto *Ville Nouvelle Est*, sólo que sustituyendo la utilidad pública de una expropiación forzosa por el interés general al que la obra pública sirve (101).

Los comentaristas de los *grands arrêts de la jurisprudence administrative*, uno de ellos, por cierto, Comisario del Gobierno en el asunto *Ville Nouvelle Est* e impulsor de la teoría del *bilan*, escriben en 1993 que las anulaciones han sido relativamente poco numerosas y que han afectado generalmente a operaciones de pequeño calado pero no a otras de interés regional o nacional (102). Otros juristas son de muy parecida opinión y constatan que, más de veinte años después de *Ville Nouvelle Est*, las decisiones anulatorias no han alcanzado a expropiaciones de verdadera importancia. No se niega el alcance teórico del *arrêt* ni su contribución al perfeccionamiento de las técnicas de control de que dispone el juez administrativo, pero se admite que el saldo que arroja la aplicación práctica de la teoría del *bilan coûts-avantages* a las declaraciones de utilidad pública es más bien modesto (103). En tal contexto, la anulación por un *arrêt* de 28 de marzo de 1997

sión no es otra que C.E., 28 de mayo de 1971, *Ministre de l'Équipement et du logement c. Fédération de Défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé «Ville Nouvelle Est»*.

(101) Sobre las similitudes entre el control de los actos administrativos a través del *bilan coût-avantages* y el error manifiesto de apreciación se detienen AUBY y BON: *op. cit.*, 395. Tampoco falta quien considera que, en relación con las declaraciones de utilidad pública, la teoría del *bilan* no es necesaria contando con el instrumento del error manifiesto de apreciación; así, J. WALINE: *Le contrôle de l'utilité publique justifiant une expropriation*, «RDPSP», 1997, núm. 5, 1442.

(102) LONG *et al.*: *op. cit.*, 658-659.

(103) CHAPUS: *Droit*, cit., vol. II, 601 ss.; AUBY y BON: *op. cit.*, 393-395; LAVIALLE: *Droit*,

de la declaración de utilidad pública de las obras de construcción de una autopista ha sido considerada poco menos que un acontecimiento, aunque todo indica que la decisión administrativa pertenecía a una de las especies cuyo abatimiento jurídico el Comisario BRAIBANT postulaba en sus conclusiones a *Ville Nouvelle Est*: arbitraria, irrazonable o mal estudiada (104).

De todas formas, es preciso tener en cuenta dos circunstancias a la hora de emitir un juicio acerca de la efectividad jurídica del *bilan coûts-avantages*. En primer lugar, es posible que el razonamiento plasmado en *Ville Nouvelle Est* haya cumplido una función pedagógica y forzado a la Administración a extremar las cautelas, sabedora de que el juez está capacitado para ponderar si existe o no proporcionalidad entre el sacrificio expropiatorio y las ventajas de la operación. En segundo lugar, no hay que olvidar que el Consejo de Estado emite un informe consultivo en las declaraciones de utilidad pública referidas a proyectos de importancia nacional, lo que facilita la elusión de complicaciones contenciosas en las operaciones más importantes si el *Conseil* hace advertencias de ilegalidad. De ahí que no sea descartable que existan razones que expliquen, al menos hasta cierto punto, lo que ha sucedido (105).

Sea como fuere, ¿está escrito en la experiencia del *bilan coûts-avantages* el futuro del criterio expuesto en el *arrêt Époux Denard, époux Martin*? ¿Cabe aventurar que, en el mejor de los casos, amenaza sólo a obras públicas de escaso fuste? Aunque, como se ha dicho, hay quien sostiene que sí, téngase en cuenta que el Consejo de Estado no interviene consultivamente en caso de solicitud de destrucción, traslado o modificación de una obra pública, motivo por el cual la trayectoria de la jurisprudencia *Ville Nouvelle Est* no tiene por qué reproducirse miméticamente aquí. Si hay un mecanismo que permite prevenir ilegalidades, es más fácil que éstas no se cometan y más difícil que los jueces afirmen que se han cometido. Si ese cauce falta, la situación puede ser justamente la contraria.

Y, en el reverso de la moneda, si se acepta el valor pedagógico de la jurisprudencia *Ville Nouvelle Est*, no se ve por qué no ha de existir también

cit., 318 ss.; J. P. GILLI, H. CHARLES y J. DE LANVERSIN: *Les grands arrêts du droit de l'urbanisme*, París, Dalloz, 1996 (4.^a ed.), 649-652. Al jurista piel roja de la tribu de los hurones que conversa por segunda vez con J. RIVERO tampoco se le escapa el estado de la cuestión sobre el particular; cfr. *Nouveaux propos naïfs d'un huron sur le contentieux administratif*, «EDCE», núm. 31, 1979-1980, 28. Crítico en líneas generales con la jurisprudencia *Ville Nouvelle Est*, GODFRIN coincide en el balance; vid. su *op. cit.*, 316 ss. Es interesante constatar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es también bastante circunspecto a la hora de valorar si un Estado miembro del Consejo de Europa ha interpretado correctamente o no la cláusula de utilidad pública a efectos expropiatorios; cfr. L. CONDORELLI: «Premier protocole additionnel. Article 1», en L. E. PETITI, E. DECAUX y P.-H. IMBERT: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, París, Economica, 1999 (2.^a ed.), 988-990.

(104) Vid. J. WALINE: *Le contrôle*, cit., 1433 ss. Al final de este trabajo puede consultarse la decisión aludida en el texto, que es C.E., 28 de marzo de 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchblaisienne et autres*. También en «RFDA», 1997, 740, conc. M. DENIS-LITON y nota F. ROUVILLOIS.

(105) Cfr. LAVIALLE: *Droit*, cit., 324-325; CHAPUS: *Droit*, cit., 605-606; DENIS-LITON en sus conclusiones citadas en la nota precedente, 744.

en el campo afectado por la decisión *Époux Denard, époux Martin*. Si los administradores saben que un juez administrativo puede anular la decisión que deniega la destrucción o traslado de una obra pública ilegalmente ejecutada, es posible que extremen las precauciones y ponderen con mucho cuidado los intereses en presencia. Si así sucediera, las anulaciones serían probablemente escasas, pero el *arrêt Époux Denard, époux Martin* habría calado en la práctica administrativa y obtenido más éxito que si hubiera sido seguido por una recua de decisiones judiciales de anulación.

Precítese, por último, que del *arrêt Époux Denard, époux Martin* no se desprende que el Consejo de Estado haya admitido que el juez administrativo puede ordenar la destrucción o modificación de una obra pública. No era ése el objeto del proceso puesto que se circunscribía a si era o no ajustada a Derecho la negativa a demoler la canalización litigiosa. Además, en el estado del Derecho positivo de 1991, gozaba de muy buena salud la creencia de los jueces administrativos en su incapacidad para impartir órdenes de hacer o *injoctions* jurisdiccionales a la Administración, que no ha sido vencida hasta 1995, como más adelante se indicará. De ahí que, en lo que a este aspecto concierne, el *arrêt* de 1991 no haya provocado ningún cambio revolucionario (106).

2. *La decisión Consorts Baudon de Mony c. Électricité de France, de 6 de enero de 1994, del Tribunal de Casación*

La segunda andanada jurisprudencial que ha impactado sobre la fisonomía tradicional del principio de intangibilidad de las obras públicas proviene de las filas de la jurisprudencia civil y trae causa en la declaración jurisdiccional de nulidad de la venta de unos terrenos hecha en 1941 a favor de la *Société hydro-électrique des Pyrénées*. Cuando la anulación se pronuncia, en 1978, *Électricité de France* había sustituido a la adquirente originaria y sobre los predios se habían construido dos embalses. En consecuencia, estas obras públicas se encontraban en una finca cuya tenencia por la Administración había quedado privada de fundamento jurídico al haberse anulado la compraventa inicial; de ahí que todo estuviera listo para aplicar la teoría de la expropiación indirecta, que es lo que hizo el Tribunal de Apelación de Rouen en atención al principio de intangibilidad. Sin embargo, de ella se aparta el Tribunal de Casación en el *arrêt Consorts Baudon de Mony c. Électricité de France*, de 6 de enero de 1994, que ha suscitado tanto interés doctrinal como el comentado en el apartado precedente (107). En él se dice de forma expresa que ninguna transfe-

(106) Esa es una de las razones por las que TEBOUL sostiene en su *op. cit.*, 565, que «la décision rendue par la Haute Juridiction administrative se situe donc, en dépit de sa nouveauté, dans le droit fil de la tradition jurisprudentielle» (cursivas originales).

(107) Vid. «JCP», 1994, II, jur. núm. 22207, precedido de las conclusiones del Abogado General M. JÉOL; «AJDA», 1994, 339, nota R. HOSTIOU; «RFDA», 1994, 1121, nota C. BOITEAU. Además, CARRIAS: *op. cit.*, 328 ss.; BOUTAYEB: *op. cit.*, 1475 ss.; y entre las obras generales, por todos, DUFAY: *Droit, cit.*, 453-454.

rencia forzosa de propiedad es posible si no media un procedimiento expropiatorio regular, motivo por el cual casa y anula la decisión del Tribunal de Rouen y condena formalmente al ostracismo a la teoría de la expropiación indirecta.

Ahora bien, ¿qué sucede con las obras públicas construidas sobre unos terrenos cuya propiedad privada ha sido declarada por los jueces? ¿Deben ser desplazadas o destruidas? Bajo ningún concepto. El alcance del asunto *Consorts Baudon de Mony* no llega tan lejos, ni mucho menos. La Administración no se beneficia de ninguna transferencia dominical, cierto, pero posee el fundo en tanto en cuanto las obras públicas subsistan. Ello significa que su legítimo propietario no puede disponer de él mientras tal situación se mantenga y que por esta razón tiene derecho a ser indemnizado. Si con la teoría de la expropiación indirecta se indemnizaba por la transferencia de la propiedad, siquiera el efecto transmisoro tuviera un origen irregular, ahora la compensación se explica en la privación de los derechos de uso y disfrute inherentes a la condición de propietario, no en la pérdida de ésta. Por lo demás, el planteamiento conduce a que los jueces puedan decidir sobre la cuantía indemnizatoria sin consideración a los criterios de valoración que el ordenamiento jurídico impone en caso de expropiaciones forzosas regulares, lo que les ha de permitir fijar indemnizaciones superiores a las que resultan de la aplicación de los mismos. Todo ello sin mengua, por supuesto, de que la Administración haga uso del procedimiento expropiatorio ordinario si desea adquirir la propiedad del inmueble y solventar así todos los problemas.

Con la nueva solución, dice CARRIAS, se concilian satisfactoriamente la perennidad de la obra pública y los intereses legítimos del propietario concernido (108). Asimismo, la doctrina destaca que la decisión del Tribunal de Casación de 6 de enero de 1994 se inscribe en una línea garantista del derecho de propiedad que lleva a sus debidas consecuencias la tradicional concepción francesa del juez ordinario como guardián de las libertades y conecta con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que cuida de otorgar la debida tutela jurídica a dicho derecho. Por tales razones, la decisión *Consorts Baudon de Mony* ha sido bien recibida, ya que se interpreta que confiere al derecho de propiedad un grado de protección más elevado que el que proporciona la teoría de la expropiación indirecta y porque sigue el compás que marca la jurisprudencia que proviene de Estrasburgo (109). Esta, por cierto, y quede hecha sin más la mención, se ha pronunciado años después de *Baudon de Mony* sobre la versión italiana de la teoría de la expropiación indirecta (*occupazione acquisitiva* o *accessione invertita*). Son dos las Sentencias dictadas sobre el asunto y ambas estimatorias de las demandas, pero se limitan a indicar que la construcción jurisprudencial de dicha teoría no satisface, en Italia, las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos en orden a la

(108) CARRIAS: *op. cit.*, 330.

(109) Véanse los trabajos ya citados de BOUTAYEB, HOSTIOU y BOITEAU.

suficiente previsibilidad normativa de cualesquiera injerencias sobre el derecho de propiedad (110).

A la vista está que la decisión *Consorts Baudon de Morny* no afecta frontalmente al principio de intangibilidad puesto que sólo atañe a una de sus consecuencias. Esto es, a la teoría de la expropiación indirecta, que es abandonada en favor de un criterio más atento con el derecho de propiedad pero, a la vez, respetuoso con la obra pública construida sobre un fondo privado sin el suficiente basamento jurídico. El alcance teórico de la decisión es indudable, pero ¿en qué queda su repercusión práctica? En que el propietario lo sigue siendo sólo que sin poder disfrutar de su propiedad en tanto en cuanto la obra pública subsista y a cambio de una indemnización que puede ser más elevada que la que le correspondería de acuerdo con los cánones de la teoría de la expropiación indirecta. Pero la obra pública sigue ahí, inmune e intangible. Su capacidad de resistencia es, en verdad, excepcional.

3. *El juez administrativo y los poderes de injoction*

En su primer encuentro con Jean RIVERO, allá por 1962, el indio jurista de la tribu de los hurones no alcanzaba a comprender por qué los jueces administrativos franceses rechazaban terminantemente la posibilidad de dictar órdenes de hacer o *injoctions* a la Administración. En su segunda visita, dieciocho años más tarde, el mismo personaje apreciaba que nada había cambiado en este punto (aunque sí en otros aspectos del control jurisdiccional de la Administración) y se preguntaba, extrañado, por las razones que movían a los jueces a considerar que entre sus poderes no estaba el de dirigir *injoctions* a la Administración (111). Exactamente la misma pregunta escoge Franck MODERNE para el título de un detallado estudio publicado en el número especial de la «Revue Française de Droit Administratif» dedicado a la dualidad de jurisdicciones y al bicentenario de la Ley de 16-24 de agosto de 1790, por la que se proclama la separación entre las funciones administrativas y judiciales. El autor llega a una conclusión interesante: el juez administrativo francés se ha autolimitado al no recono-

(110) Sentencias *Carbonara et Ventura c. Italie* y *Belvedere Alberghiera S.r.L. c. Italie*, ambas de 30 de mayo de 2000. Recuérdese que, de conformidad con el artículo 1 del Protocolo núm. 1, «nadie puede ser privado de su propiedad si no es por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional». El Tribunal no considera necesario analizar si, en abstracto, un principio jurisprudencial, como es el de la expropiación indirecta, ocupa en el Derecho europeo continental un lugar asimilable a las disposiciones legislativas, pero estima que, tal y como ha sido formulado en Italia, puede conducir a un resultado imprevisible o arbitrario y privar a los interesados de una protección eficaz de sus derechos. Lo que, dice el Tribunal Europeo, es incompatible con el principio de legalidad. Sobre el alcance de éste en el campo de las injerencias sobre el derecho de propiedad, CONDORELLI: *op. cit.*, 685-687.

(111) Vid. J. RIVERO: «Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir», que manejo por su inclusión en la obra *Pages de Doctrine*, ya citada, vol. II, 329 ss.; *Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif*, *cit.*, 28.

cerse capacidad para dirigir *injoctions* contra la Administración, y lo ha hecho sin que existan razones teóricas ni prácticas suficientes para ello (112). La autolimitación, sin embargo, está ahí y, con ella, el rechazo de la jurisdicción administrativa a impartir órdenes de hacer a la Administración, según criterio jurisprudencial que se remonta al nacimiento de la jurisdicción administrativa delegada (113). Nótese que se habla aquí de las órdenes de hacer insertas en el núcleo mismo del fallo del juez administrativo, no de otras modalidades de *injoction* que, cada una de diferente calado, no han encontrado especiales dificultades para desarrollarse (114).

Aunque externa a la fisonomía jurídica de la obra pública, tal autolimitación ha servido para reforzar la regla de la intangibilidad (115). Puesto que el juez administrativo no puede impartir órdenes de hacer a la Administración, es evidente que la obra pública ilegalmente construida está protegida no sólo porque se presume que representa el interés general, sino también, y adicionalmente, porque el juez no puede ordenar a la Administración que la destruya, modifique o traslade. Es cierto que desde la Ley de 16 de julio de 1980 está previsto que el Consejo de Estado imponga a la Administración *astreintes* o medidas compulsivas de carácter pecuniario con el objeto de forzarle a que cumpla diligentemente con las sentencias anulatorias y de condena (116), pero eso no es lo mismo que dotar al juez administrativo del poder de *injoction* que secularmente se ha negado a ejercer. Una cosa es arbitrar medidas compulsivas pecuniarias tendentes a asegurar la efectividad de las resoluciones jurisdiccionales y otra muy distinta reconocer a los jueces administrativos la potestad de impartir órdenes de hacer a la Administración, que es de lo que se trata cuando de las *injoctions* se habla (117). De hecho, holgada la vigencia de la Ley de 1980,

(112) F. MODERNE: *Étrangère au pouvoir du juge, l'injoction, pourquoi le serait-elle?*, cit. La carencia de justificaciones serias en la jurisprudencia que ha negado el poder de *injoction* a los jueces administrativos es destacada generalmente por la doctrina; cfr. Y. GAUDEMET: «Le juge administratif, futur administrateur?», en *Le juge administratif à l'aube du XXI siècle*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, 182-183, 189-190; R. CHAPUS: *Droit du contentieux administratif*, París, Montchrestien, 1999 (8.ª ed.), 856-857.

(113) Puesto que con anterioridad (esto es, antes de 1872) el juez administrativo no encontraba obstáculos de principio para dirigir *injoctions* a la Administración activa. Así, GAUDEMET: *Le juge administratif*, cit., 189 y nota 23; CHAPUS: *Droit du contentieux administratif*, cit., 844.

(114) Cfr. Y. GAUDEMET: «Reflexions sur l'injoction dans le contentieux administratif», en *Le pouvoir. Mélanges offerts à Georges Burdeau*, París, LGDJ, 1977, 814 ss.; *Le juge administratif*, cit., 185-186; MODERNE: *op. cit.*, 802-803; CHAPUS: *Droit du contentieux administratif*, cit., 843.

(115) Cfr. MODERNE: *Étrangère*, cit., 806-807; BOUTAYEB: *op. cit.*, 1463 ss.; CHAPUS: *Droit du contentieux*, cit., 845.

(116) El alcance de la regulación se comprende bien leyendo el comentario que con motivo de C.E., 17 de mayo de 1985, *Mme. Menneret*, elaboran LONG *et al.* en su *op. cit.*, 701 ss. Asimismo, *Rapport du Conseil d'Etat sur l'exécution des décisions des juridictions administratives*, «RFDA», 1990, 484-485, 494-496; J. P. COSTA: «L'exécution des décisions juridictionnelles», en *Évolutions et révolution du contentieux administratif*, número especial de «La Revue Administrative», 1999, 70-71.

(117) Cfr. GAUDEMET: *op. cit.*, 812. El autor reconoce que una *injoction* no acompañada de una *astreinte* para el caso de desobediencia es poco o nada eficaz, pero diferencia claramente entre la orden y la sanción. No obstante, el Consejo de Estado, en el *Rapport*

el *Conseil d'État* ha reiterado que no está al alcance del juez administrativo dirigir *injections* a la Administración (118).

En resumen, y como se ha apuntado, el secular *self-restraint* de que han hecho gala los jueces administrativos en este ámbito ha contribuido a apuntalar externamente la regla de la intangibilidad. Ya no es sólo el interés general inherente a la obra pública lo que hace a ésta intangible; es que, en cualquier caso, no está dentro de los poderes del juez ordenar su destrucción, modificación o traslado.

O, mejor dicho, no estaba. Porque en 1995 el panorama ha cambiado seriamente. La tenacidad que ha mostrado la jurisprudencia al rechazar sistemáticamente que entre los poderes del juez administrativo se encuentre el de *injection* ha sido al fin vencida por vía legislativa, quizá la única capaz de producir ese efecto. Precedida de la formación de un contexto jurídico favorable a la admisibilidad de *injections* contra la Administración (119), la Ley núm. 95-125, de 8 de febrero de 1995, ha atribuido al juez administrativo, y de forma expresa, la facultad que durante tanto tiempo éste se había negado. No es preciso que descendamos al detalle de una norma que ha sido objeto de abundante atención doctrinal (120) y que ha sido de inmediato aplicada por los jueces administrativos (121). Bástenos con indicar que la Ley, publicada en el «Journal Officiel» de 9 de febrero de 1995 y no cuestionada ante el *Conseil Constitutionnel* en el punto que nos concierne, contempla los supuestos en los que la *injection* es posible (122) y establece el régimen jurídico de la medida, que, en síntesis, es el siguiente. Siempre

citado en la nota precedente, relaciona estrechamente los poderes de *injection* y de *astreinte* al afirmar que la segunda «doit s'analyser comme une injection d'exécuter assortie d'une astreinte» y que cuando la Administración está vinculada en la adopción de la medida pertinente para la ejecución de una decisión jurisdiccional anulatoria «le juge doit pouvoir lui enjoindre, sous astreinte, de prendre cette mesure». La doctrina que insiste en la diferencia entre *astreintes* e *injections* hace notar que sería interesante que el Consejo de Estado hiciera explícita en sede contenciosa la opinión que ha emitido en el *Rapport* de diciembre de 1989. Así, Ch. DEBBASCH y J.-C. RICCI: *Contentieux administratif*, París, Dalloz, 1994 (6.ª ed.), 456.

(118) Vid. C.E., 3 de abril de 1987, *Consorts Heugel*, «AJDA», 1987, 534, conc. HUBAC; C.E., 8 de junio de 1988, *S.A.R.L. A.B.C. Engineering*, «AJDA», 1998, 473, conc. SCHRAMECK; C.E., 12 de marzo de 1993, *Union nationale écologiste (UNE) et Parti pour la défense des animaux (PPDA)*, «AJDA», 1993, 375.

(119) MODERNE; *Étrangère*, cit., 812 ss.; *Sur le nouveau pouvoir d'injection du juge administratif*, «RFDA», 1996, 46 ss.

(120) Vid., entre otros, MODERNE; *Sur le nouveau pouvoir d'injection*, cit.; CHAPUS: *Droit du contentieux administratif*, cit., 841 ss.; COSTA: *op. cit.*, 71 ss.; J. GOURDOU: *Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injection et d'astreinte. Premières applications de la loi du 8 février 1995*, «RFDA», 1996, 333 ss.

(121) Vid. las diversas decisiones del Consejo de Estado, todas ellas de 1995, comentadas por J.-H. STAHL y D. CHAUX en *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, «AJDA», 1996, 115 ss. (el texto de los *arrêts* en 156-158). Algunas más recoge MODERNE: *Sur le nouveau pouvoir d'injection*, cit., 61 ss. Un repertorio de las primeras aplicaciones de la Ley por los Tribunales Administrativos en GOURDOU: *op. cit.*, 344 ss. Como es costumbre, CHAPUS se hace eco detenido de la jurisprudencia en su *Droit du contentieux administratif*, cit., 847 ss.

(122) Fuera los supuestos legales, los jueces administrativos siguen afirmando que no están habilitados para dirigir *injections* a la Administración. Vid. C.E., 16 de noviembre de 1998, *M. Ferly*, «RFDA», 1999, 269.

a instancia de parte, el juez administrativo ordenará que, en un plazo determinado, el organismo público concernido adopte «une mesure d'exécution dans un sens déterminé» o que, si la ejecución del fallo implica la adopción de una nueva decisión tras el oportuno procedimiento administrativo, la resolución sea dictada en un plazo determinado (123). En ambos supuestos, el juez administrativo puede acompañar la *injection* con la fijación de una *astreinte* de conformidad con la Ley ya citada de 1980, que es reformada por la de 1995 con la aspiración de hacer más efectivas sus previsiones y para extender a los demás tribunales administrativos el poder de *astreinte* inicialmente atribuido sólo al Consejo de Estado.

¿Afecta a la intangibilidad de la obra pública esta nueva facultad del juez administrativo? En el trámite parlamentario de la Ley de 8 de febrero de 1995, recuerda BOUTAYEB, la cuestión no se planteó frontalmente, aunque en algún momento llegó a relacionarse el poder de *injection* con la resistencia del juez administrativo a ordenar el desplazamiento o destrucción de una obra pública, actitud de la que se llegó a decir que era difícilmente justificable en un Estado de Derecho. No obstante, la autora indica que la Ley no es clara sobre el particular y que corresponderá a los jueces decidir, caso por caso y en atención a las circunstancias de cada uno de ellos, si el principio de intangibilidad de la obra pública es afectado por el poder de *injection* que la Ley les ha conferido (124). Bastante más optimista es CHAPUS, para quien no es dudoso que la nueva regulación provoca el derrumbe del estatuto de inmunidad de la obra pública, indicando algunas resoluciones de Tribunales Administrativos que ilustrarían la nueva orientación (125). Por su parte, LAVIALLE cree que el dispositivo de la Ley de 8 de febrero de 1995 permite al *juge administratif* ordenar la demolición de la obra pública si, al socaire de la jurisprudencia *Époux Denard, époux Martin*, anula la negativa de la Administración a destruirla (126).

Lo cierto es que no existe razón jurídica alguna para que el juez administrativo se niegue a ordenar a la Administración que destruya, modifique o traslade una obra pública irregularmente construida, si la negativa pretende ampararse en la secular autolimitación en materia de *injections*. Si el Tribunal de Casación parece seguir amarrado al banco de los planteamientos antiguos y rehúsa ejercer poderes de *injection* cuando media una obra pública (127), el juez administrativo está en condiciones de soltarse

(123) La doctrina considera que la segunda hipótesis es la que procede cuando la Administración dispone de un poder de apreciación sobre el contenido de la decisión a adoptar. Cfr. MODERNE: *op. ult. cit.*, 56 (quien habla de potestad discrecional); GOURDOU: *op. cit.*, 338.

(124) BOUTAYEB: *op. cit.*, 1482-1485.

(125) CHAPUS: *Droit du contentieux administratif*, cit., 848-849, 853.

(126) LAVIALLE: *Droit*, cit., 290-291.

(127) Cfr. BOUTAYEB: *op. cit.*, 1484-1485. El análisis de la autora permite contestar negativamente a GAUDEMET, quien, a la vista del asunto *Consorts Baudon de Mony*, se había preguntado si el juez civil iba a abandonar el rechazo a impartir *injections* a la Administración en presencia de una obra pública irregular. Vid. *Le juge administratif, futur administrateur*, cit., 183. Fuera del ámbito de la obra pública, los jueces civiles sí se consideran habilitados para dirigir *injections* a la Administración; vid. Cass. Civ., 29 de abril de 1998,

de él. Más aún, cabría decir que forzosamente tiene que hacerlo toda vez que el legislador le ha atribuido de manera expresa una potestad de la que sólo por su propia voluntad no ha dispuesto. Sucede, empero, que las cosas no son tan sencillas como a primera vista puede parecer, puesto que, si no me equivoco, el nuevo poder de *injection* debe conectarse con la índole del control que el juez ejerce sobre una decisión administrativa refractaria a la destrucción, modificación o traslado de una obra pública.

Es, en efecto, preciso que el juez analice si, de conformidad con la jurisprudencia *Époux Denard, époux Martin*, la Administración ha incurrido o no en un error manifiesto de apreciación, lo que le confiere un importante margen de maniobra para sopesar los inconvenientes que para el interés general puede acarrear la destrucción, modificación o desplazamiento de la obra pública (128). Y aquí está el nudo que, llegado el caso, habrá que deshacer, porque si aun disponiendo de poderes de *injection* los jueces administrativos consideran que las obras públicas irregularmente construidas representan un interés general que ha de prevalecer sobre las situaciones jurídicas de los afectados por ellas, tales poderes no tendrán ni siquiera oportunidad de activarse. Por otro lado, y en caso de que el juez anule un acto administrativo denegando la demolición o traslado de la obra pública por haber incurrido la Administración autora del mismo en un error manifiesto de apreciación, ¿qué ordenará?, ¿la destrucción de la obra o que la Administración dicte en un plazo determinado una nueva decisión que puede ser también eventualmente denegatoria de lo solicitado por el particular? Las dudas, pues, no son de escasa cuantía y sólo quedarán resueltas cuando la jurisprudencia ruede. Hay que reconocer, en cualquier caso, que la Ley de 8 de febrero de 1995 introduce en el estado de la cuestión estudiada datos nuevos que han de valorarse positivamente.

Commune de Biarritz c. Mme. Champierre de Villeneuve, D. 1998, IR, 129; entre los autores, MODERNE: *Étrangère*, cit., 813 ss., así como el estudio de LE BERRE, ya citado.
(128) DUFAY: *Droit*, cit. 452.

