TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN DIGITAL

Vitor Rhein Schirato
Nuevas tecnologías y competencia en el transporte de pasajeros interestatal e interurbano

Víctor Rafael Hernández-Mendible
La regulación de los minerales en el siglo XXI

Pablo Schiavi
Nuevas tendencias en la Contratación Administrativa

Josefina Cortés Campos
De la Cátedra ASIER

Prof. Luis Ortiz Zamora

El concepto de servicio público

Octubre 2022 Edición 10 / 3

Edición Especial de
Derecho de la Regulación Económica

45 ANIVERSARIO

ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD

TRIBUNA LIBRE

TRIBUNA LIBRE

Dr. Ricardo Guerrero Portilla
Director

Consejo Editorial

Licda. Andrea Gómez Ulloa
Dr. Albán Bonilla Sandí
MSc. María Cristina Gómez Fonseca
Dr. Ricardo Guerrero Portilla

Tribuna Libre es una publicación sin fines de lucro, patrocinada por la Universidad Escuela Libre de Derecho, dedicada a la promoción y divulgación del libre pensamiento.

Año 2022 Edición 10 / 3
Costa Rica

PRESENTACIÓN

Este mes de octubre del 2022 presentamos la tercera edición digital de nuestra revista "Tribuna Libre". Esta edición se pone a disposición con una temática específica, debido ello al inicio de la nueva "Especialización en Derecho de la Regulación Económica".

La privatización de empresas que brindan servicios esenciales y que anteriormente eran empresas públicas, la intervención de la administración pública normando, ordenando y supervisando su funcionamiento agregan valor a la investigación, la publicación de artículos y a la formación académica en este tema.

La presente edición, contiene cuatro monografías con perspectiva iberoamericana, presentadas por los profesores de la "Especialización en Derecho de la Regulación Económica" de la Universidad Escuela Libre de Derecho (UELD), miembros de la Cátedra de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER):

El profesor Luis Ortiz nos contribuye con su artículo sobre el "Concepto de Servicio Público" que busca, dentro de la ambigüedad del término, precisar el concepto.

Por su parte, en "Nuevas tecnologías y competencia en el transporte de pasajeros interestatales e interurbano", el profesor Vitor Rhein Shirato "analiza la posibilidad de competencia en la prestación de servicios de transporte interestatal e interurbano entre los proveedores sujetos a subvenciones públicas y las soluciones privadas para la prestación de dichos servicios utilizando como marco la regulación brasileña" (Rhein Shirato, 2022).

En "Nuevas tendencias en la Contratación Administrativa", el profesor Pablo Schiavi, presenta el impacto que han tenido las nuevas tecnologías y en particular el expediente electrónico, en los procesos de contratación administrativa en Uruguay.

"La Regulación de los Minerales en el Siglo XXI" del profesor Víctor Rafael Hernández- Mendible presenta: "un estudio de los cambios del régimen jurídico tradicional de las concesiones del dominio público minero, en Venezuela, hacía una reforma del régimen jurídico del sector, que por recientes decretos ejecutivos declaran al oro y al carbón como minerales estratégicos, reduciendo así la participación privada en su explotación." (Schiavi, 2022)

Finalmente, contamos con una presentación sobre la Cátedra Asier, su funcionamiento y participación en la "Especialización en Derecho de la Regulación Económica" por parte de la profesora Josefina Cortés Campos.

Esperamos a través de la presente edición despertar el interés de nuestros lectores en la temática de análisis para que sirva de aliciente para seguir capacitándose, investigando, analizando y discutiendo sobre el relevante y actual tema del Derecho Regulatorio, que como se extrae de la presente edición, es trascendental nacional e internacionalmente.

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca
Editora

CONTENIDOS

1

Dra. Josefina Cortés Campos
De la cátedra ASIER.

2

Luis Ortiz Zamora
El concepto de servicio público.

3

Vitor Rhein Schirato
Nuevas tecnologías y competencia en el transporte de pasajeros interestatales e interurbano.

4

Pablo Schiavi
Nuevas tendencias en la contratación administrativa.

5

Víctor Rafael Hernández-Mendible
La regulación de los minerales en el siglo XXI.

DRA. JOSEFINA CORTÉS CAMPOS

- Licenciatura en Derecho en el ITAM con mención honorífica.
- Cursó Diplomas de Especialización en sector eléctrico en el programa de Maestría en Economía del Sector Eléctrico en la Universidad Carlos III de Madrid, así como el de Derecho Constitucional y Ciencia Política impartido por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.
- Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid con la distinción cum laude.
- Destacada colaboración en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Consejo de la Judicatura Federal, en el Senado de la República y en la Comisión Federal de Competencia Económica.
- Por más de quince años profesora e investigadora en el Departamento Académico de Derecho del ITAM, donde fue responsable del Programa Derecho y Energía y Fundadora del Centro ITAM. Energía y Recursos Naturales; institución donde también dirigió la Maestría en Derecho Administrativo y de la Regulación.
- Ha sido Profesora invitada en la Universidad París X; en la Universidad La Sabana y la Universidad Externado, en Colombia; en el Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile, en la Universidad Católica del Norte también en Chile, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, y fue Visiting Scholar en University of Houston.
- Desde 2012 a la fecha tiene el cargo honorífico de Miembro del Consejo Asesor del "Center for U.S. and Mexican Law", en Houston University. En 2013 el ITAM la distinguió con el Premio al Mérito Profesional Sector Académico.
- Actualmente es Decana Asociada Académica de la Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno en el Tecnológico de Monterrey y Vocal del Consejo Directivo de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación ASIER.

DE LA CÁTEDRA ASIER

La Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER) fue fundada hace diecisiete años por destacados juristas dedicados tanto a la academia, como al ejercicio profesional del Derecho Administrativo y la Regulación. Los doctores Gaspar Ariño, Juan Carlos Cassagne y Jorge Sarmiento fueron y siguen siendo los creadores e impulsores de esta inciativa.

ASIER constituye un espacio de reunión para reflexionar y actualizar, a través de la investigación y el ejercicio profesional en distintas jurisdicciones, temas propios del Derecho Administrativo y de la regulación económica en servicios públicos y actividades de interés general. Al día de hoy a ASIER la integran una centena de profesionales de Iberoamérica interesados en el estudio de la regulación económica y sus diferentes manifestaciones.

Desde el año 2005, ASIER ha realizado Congresos Iberoamericanos de Regulación Económica en distitnos países; Chile (2005), Uruguay (2006), Sao Paulo (2008), San José (2009), Lima (2010), Mendoza (2011), Bogotá (2012), La Serena (2013), Brasilia (2014), Monterrey (2015), Buenos Aires (2016), San José (2017), Quito (2018), Medellín (2019), Sao Paulo (2021), y próximamente en Perú (2022).

A largo de los años ASIER se ha consolidado como un foro abierto de reflexión en materia de derecho administrativo y regulación que es reconocido entre los profesionales y estudiosos del Derecho en aquellos países en los que nuestra asociación tiene presencia. Como foro abierto compartimos con la comunidad de profesionales y académicos recursos de análisis e investigación que se concentran en nuestra página web (www.asier.org), tales como las ponencias de los Congresos Iberoamericanos de Regulación Económica y los artículos de divulgación e investigación de nuestros asociados.

Con el objetivo avanzar en nuestra consolidación como red de expertos y de ampliar el impacto de la asociación en la comunidad jurídica, consideramos necesario dirigirnos no sólo a lo profesionales del Derecho, sino contribuir también en el ámbito de la enseñanza y formación jurídica en entornos universitarios; es a partir de ese objetivo que, en el año 2021, bajo la presidencia del Dr. Luis Ortiz, la asociación presentó a sus integrantes la Cátedra ASIER.

La Cátedra ASIER tiene como propósito que nuestros asociados participen en diversos cursos de especialidad relacionados con el Derecho Administrativo y la regulación de servicios públicos en distintas universidades de Iberoamérica, lo que permitirá a los estudiantes enriquecer su formación a través de la experiencia profesional y académica de nuestros asociados, propiciándose así un espacio fructífero de diálogo intergeneracional e interregional.

Esta iniciativa tuvo su primera edición en el periodo agosto-diciembre 2021 y a lo largo del año 2022 continuará concretando sus objetivos. En el marco de las alianzas institucionales, destaca el Programa de Especialización en Derecho de la Regulación que será desarrollado por la Universidad Escuela Libre de Derecho (https://uescuelalibre.cr/), en conjunto con ASIER y al amparo de su Cátedra, lo que permitirá contar con profesores nacionales y extranjeros del mayor nivel, todos miembros activos de su Consejo. Al culminar el programa con éxito los estudiantes obtendrán un Certificado de Técnico Experto en Derecho de la Regulación.

DERECHO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

ESPECIALIZACIÓN

NUEVA

Si lo que deseás es adquirir conocimiento y especializarte en un enfoque normativo y jurídico.

¡Esta es tu oportunidad!

¡Matriculá Ya!

MÁS INFORMACIÓN
8672-6331

VISITE NUESTRAS REDES SOCIALES

@uescuelalibre

@ulibrecr

@uescuelalibre

Universidad Escuela Libre De Derecho

Luis Ortiz Zamora

- Presidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER).
- Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho, así como de los cursos de Regulación y Competencia de la Universidad de Valladolid.
- Miembro del Jurado de las Pruebas de Grado de la Maestría en Derecho Público del Instituto de Enseñanza de Posgrado e Investigación de la Universidad Autónoma de Centroamérica.
- Reconocido por el Directorio Legal Who´s Who Legal como uno de los cuatro expertos más reconocidos en Derecho Administrativo de América Central y por el Directorio Chambers and Partners como abogado recomendado en las áreas de Derecho Público, Telecomunicaciones e Infraestructura.
- Experto en Derecho Público y Regulación Económica de la Comisión Regional de Interconexión Eléctrica (CRIEE).
- Árbitro del Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR).
- Socio de BLP en la oficina de San José y dirige las prácticas de Derecho Público, Contratación Administrativa & Regulación Económica a nivel regional.
- lortiz@blplegal.com

2

EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO
THE CONCEPT OF PUBLIC SERVICE

Resumen

El concepto de servicio público es ambiguo. No obstante, si se examina desde el punto de vista histórico y con apego al respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, es posible precisar su concepto.

Abstract

The concept of public service is ambiguous. However, if we examine it from the historic point of view and with strict adherence to fundamental rights of citizens, it is possible to specify its concept.

Palabras clave

Servicio público, regulación económica, libertad de empresa, iniciativa privada.

Keywords

Public service, regulation, freedom of enterprise, private initiative.

Sumario

I. ORÍGENES- a. Derecho Anglosajón - b. La Escuela del Servicio Público – c. Daseinsvorsorge II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL - a. Desarrollo y crisis – b. Tipología de la actividad administrativa. El servicio público en sentido estricto. - 1. Función pública. - 2. Fomento. - 3.- Servicio público (en sentido estricto). - 4. Gestión económica. - III. SUMA DE LA POLÉMICA. - IV. CONCLUSIÓN-.

INTRODUCCIÓN

Los unicornios son un símbolo; representan imaginación, sueños e ilusiones. Aunque pasado el Romanticismo pocos historiadores se refirieren a ellos más que para desmentir supuestas apariciones, los unicornios de alguna manera están presentes, porque lo que simbolizan sigue existiendo: las ilusiones y las ganas de soñar.[1]

Pues bien, algo parecido sucede cuando creemos que la conversión de una actividad determinada en servicio público es la solución a todos los males; el bálsamo de Fierabrás[2] para superar las crisis financieras, o la Pomada Canaria[3] para el desarrollo socioeconómico de los pueblos.

Cualquiera podría pensar que seguir hablando del concepto de servicio público, ya bien entrado el Siglo XXI, es machacón. Sin embargo, la experiencia, tanto académica como profesional, me demuestra todos los días que, como dijera Villar Palasí, "Como el Matías Pascal de Pirandello, el servicio público, una de las pocas cosas, es más, tal vez la única cosa que se conoce es que se llama servicio público."

1 https://hablemosdemitologias.com/c-mitologia-griega/unicornio/

2 El bálsamo de Fierabrás es una poción mágica capaz de curar todas las dolencias del cuerpo humano que forma parte de la leyenda del ciclo carolingio. Según la leyenda épica, cuando el rey Balán y su hijo Fierabrás conquistaron Roma, robaron en dos barrilles los restos del bálsamo con que fue enbalsamado el cuerpo de Jesucristo, que tenía el poder de curar las heridas a quien lo bebía. En el capítulo X del primer volumen de Don Quijote de la Mancha de Miguel Cervantes, después de una de sus numerosas palizas, Don Quijote menciona a Sancho Panza que él conoce la receta del bálsamo. En el capítulo XVII, Don Quijote muestra a Sancho que los ingredientes son aceite, vino, sal y romero. El caballero los hierve y bendice con ochenta padrenuestros, ochenta avemarías, ochenta salves y ochenta credos. Al beberlo, Don Quijote padece vómitos y sudores, y se siente curado después de dormir. Sin embargo, para Sancho tiene un efecto laxante, justificado por Don Quijote por no ser caballero andante. Cfr: http://elhidalgodonquixote.blogspot.com/2011/04/el-balsamo-de-fierabras.html

3 Expresión utilizada en Costa Rica, para refererise a algo que es la solución ideal a cierto problema.

There are no sources in the current document.[4]

Por supuesto que, lo que en adelante diré está plenamente influenciado por la realidad de mi país, Costa Rica, donde, a veces nos comportamos como una economía mixta, en otras como una social - sin el mercado - y en todos los casos, como una sociedad estatista. Ello hace que hablar del concepto de servicio público sea no solo actual, sino imprescindible, pues se utiliza la figura como verdadero Caballo de Troya de las libertades; por ejemplo, cuando, para justificar el monopolio de la revisión técnica vehicular se le asigna artificialmente ese carácter a la actividad, o bien, cuando el Instituto Costarricense de Electricidad se apropia indebidamente de la casi totalidad de frecuencias que pueden utilizarse para 5G bajo la premisa falaz de que presta un servicio público.

Por tanto, viene a bien preguntarse si es posible, bajo el prisma de la ciencia jurídica, definir un concepto de servicio público. Yo creo que sí. Veamos.

I. ORÍGENES

a. Derecho anglosajón

En la Inglaterra de los siglos XII a XIV, existieron los denominados common calling. Estos eran prestadores de ciertos servicios ajenos a las estructuras feudales que, como tal, se convertían en únicos o escasos. Dentro de estos estaban herreros, sastres y cirujanos que quedaban sujetos a la obligación de proporcionar sus servicios a todo aquel que lo solicitase bajo circunstancias razonables y, tras la escasez de profesionales generada por la peste negra de 1348, también se les exigió cobrar un precio razonable.

Con la desaparición de las estructuras feudales desparecieron también los common calling, pero surgieron entonces los common carrier, quienes hacían profesión de un comercio necesario para el bien común y, por ello, según lo estableció la sentencia dictada en el caso Lane v. Cotton en 1701 por los tribunales ingleses, quedaban obligados a servir a todos los súbditos del Rey. Así, por ejemplo, si en el camino una herradura caía de un caballo, el herrero estaba obligado a ponérsela de vuelta; si un viajero solicitaba hospedarse en una posada que no estuviese llena, el posadero tenía que albergarlo; y un porteador cuyo caballo no estuviese cargado, también venía obligado a llevar el paquete solicitado.[5]

Andando el tiempo y sobre esta misma institución del common carrier construirían los juristas norteamericanos, sobre todo a partir de la sentencia Munn v. Illinois dictada por la Corte Suprema en 1876, lo que hoy conocemos como regulación económica. Así, pues, a las actividades de transporte, eléctricas, gasistas y más adelante de telecomunicaciones se impondrían obligaciones de precio, prestación y otras bajo la premisa de que cuando la propiedad "es afectada por un interés público, cesa de ser solo ius privati". Este concepto luego evolucionaría, sobre todo a partir de la sentencia USA v. Terminal Road Association dictada en 1912 en lo que hoy conocemos como la doctrina de las facilidades esenciales.[6]

b. Escuela del servicio público

La construcción teórica del servicio público se produce, en sentido estricto, en la Francia de los primeros años del Siglo XX, sobre todo de la mano de la Escuela de Burdeos, con León Duguit y Gastón Jèze a la cabeza. También, sería a partir de ésta, sobre todo, que se construiría en América Latina el concepto de servicio público, arraigada en la solidaridad y la equidad, como causas y fines de éste.

En efecto, para Duguit, los cambios formida-

4 Villar Palasí. J.L (1968), Prólogo a José Luis Meilán Gil, La cláusula de progreso en los servicios públicos, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, XVI.

5 Vid. in toto. Montero Pascual, J. J. (2014). Regulación Económica. La Actividad administrativa de regulación de los mercados, Valencia, Tirant Lo Blanch.

6 Cfr: Burdick, C. K. (1911). The Origin of the Peculiar Duties of Public Service Companies. Part I, Columbia Law Review, Vol. 11, No. 6, pp. 514-531.

bles en la economía sucedidos a partir de la segunda mitad del Siglo XIX habían dejado sin fundamento las construcciones jurídicas rígidas y metafísicas de la Revolución francesa que se basaban en un sistema de economía doméstica que había sido sustituida por la gran economía nacional sustentada en los descubrimientos científicos y el progreso industrial. A la luz de tales cambios, se hacía necesaria la presencia del colectivo para asistir las falencias del individuo y atender la gran masa de sus necesidades elementales, mediante la prestación de servicios públicos.

De esta forma, en la concepción original de los servicios públicos no reposaba otra cosa distinta que la más pura solidaridad e interdependencia social generadora de deberes funcionales para los gobernantes. En consecuencia, la finalidad de toda actividad de los gobernantes no podía ser otra que la de crear, dirigir, organizar y hacer funcionar ininterrumpidamente los servicios públicos.

El Estado ya no sería más un poder soberano que manda, sino un grupo de individuos con una fuerza que debía emplearse en crear y dirigir los servicios públicos. El concepto de soberanía había sido así sustituido por el de servicio público, en cuanto que, al hecho objetivo y palpable, comprobable de las necesidades colectivas, correspondía una respuesta real, y ésta sólo podía provenir de la materialización de la solidaridad y la equidad que implica el servicio público.

Consecuentemente, los agentes del Estado no eran más poderosos señores superiores con autoridad de mando o amos empotrados, ni los gobernados simples subalternos destinados a obedecer; no, ahora estos roles mutaban absolutamente, al transformarse sustancialmente el contenido conceptual del Estado propiamente dicho, en el que los gobernantes se convertían en verdaderos servidores de la comunidad y los individuos los servidos, los destinatarios de la acción y actividades de aquellos a quienes se les deben las prestaciones serviciales públicas. Los gobiernos no eran más los representantes de un poder social que manda: eran los gerentes de los servicios públicos. Podían los hombres decir que los gobernantes eran sus servidores y no sus amos.[7]

c. Daseinsvorsorge

Mientras tanto, en Alemania, el profesor Forsthoff explicaría por primera vez la doctrina de la Daseinsvorsorge en 1938 con un libro denominado "La Administración como soporte de prestaciones".

Planteaba el profesor alemán – con evidente similitud de criterio que Duguit y Jéze - que ya no era el individuo por sí solo suficiente para procurarse los medios para llenar su existencia. Su independencia había pasado a ser dependencia. Lo que antes eran problemas individuales ahora eran un problema social que exigía, por tanto, una solución supraindividual. Estábamos así ante un cambio fundamental del contenido de las tareas del Estado, pues ya no podía quedarse como mero garante del orden, sino que ahora debía comportarse como Estado distribuidor y repartidor con el objeto de satisfacer las prestaciones vitales de los individuos.

De suerte que, si el objeto particular del Estado en Esparta consistía en la guerra; en Roma se trataba de su extensión; para el pueblo judío lo era, fundamentalmente, la religión; el comercio para Marsella; la navegación para Rodas y la libertad para Inglaterra, hoy día – decía Forsthoff – la Daseinsvorsorge ha de constituir el objeto de la Administración contemporánea; es decir, la procura existencial.[8]

---

7 Véase por todos: Santofimio Gamboa,J. (2011). Revista digital de Derecho Administrativo, N° 5, primer semestre/2011. pp. 43-86.
Rodriguez Arana, J. (2013). Sobre las Tranformaciones del Derecho Público, de León Duguit, Revista de Administración Pública, núm. 190, Madrid, enero-abril, págs. 61-100.

8 Sobre el concepto de Daseinsvorsorge véase: Martín-Retortillo Baquer, L (1962). La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de "Daseinsvorsorge". Revista de Administración Pública, núm. 38, Madrid, mayo-agosto, págs. 35-65.
Bullinger, M. (2005). El Service Public francés y la Daseinsvorsorge en Alemania. Revista de Administración Pública, núm. 166, Madrid, enero-abril, págs.29-49.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

a. Desarrollo y crisis

El concepto de servicio público es un término ambiguo, que tiene tantas definiciones como concepciones del Estado se han elaborado. Por ello, como señala Ariño Ortiz, "su servidumbre ha sido que, como ocurre tantas veces en el Derecho Público, su misma vinculación a finalidades políticas, ha hecho del concepto algo difícil de precisar, enormemente lábil, inaprensible desde una sola perspectiva; en suma, un concepto en crisis."[9]

Ahora bien, como muchos otros institutos del Derecho público, el concepto de servicio público sólo puede comprenderse desde una perspectiva histórica, dividida cronológicamente en tres fases o etapas básicas.

Durante la época de construcción del Estado constitucional - precisamente por la preocupación de garantizar las libertades individuales – la participación del Estado se traducía en un gran abstencionismo, reduciendo su actividad al mínimo. Con sustento en la doctrina del laissez faire et laissez passer, le monde va de lui même, se concebía su competencia como limitada a asegurar el orden público a través del ejercicio de su poder de policía. Sin embargo, ante la necesidad – nunca dispensable - de construir grandes obras públicas y establecer servicios públicos de importancia, la idea del concesionario o contratista interpuesto vino a conciliar su papel de mero gendarme.

Posteriormente, en los siglos XVII y XVIII, el Estado activaría políticas de fomento de la actividad empresarial de los particulares, como respuesta a las doctrinas económicas del mercantilismo. De esta forma, cual vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, se pretendió conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia directa sobre la voluntad del individuo.[10]

Una tercera fase se desarrollaría con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la subida al poder del Partido Laborista en Gran Bretaña y del Partido Socialista en Francia. Producto de ello, el Estado, además de sus funciones esenciales de mantenimiento del orden público (poder de policía), se convertiría en un aparato prestador de servicios públicos tanto asistenciales como económicos. A esta transformación la conocemos como el Estado de bienestar.

De acuerdo con este somero repaso histórico es fácil comprender por qué la noción de servicio público es tan ambigua y difícil de aglutinar en un solo concepto. Ese intento por unificar actividades tan disímiles entre sí – de acuerdo con el momento y lugar – ha sido la principal dificultad para su construcción.

Con todo, un primer intento por objetivar su sentido lo encontramos en Francia, a partir del conocido arrêt Blanco y la idea central del Tribunal de Conflictos de que, en la gestión de los servicios públicos, el Estado actuaba siempre como puissance publique. Ello conllevaba, automáticamente, un fuero de atracción hacia la competencia de la jurisdicción administrativa. Se introduce así el criterio del servicio público como exclusivo de la competencia de la jurisdicción administrativa, y, por tanto, sin posibilidad de gestión privada.

Luego, esas ideas y conceptos los recogería León Duguit y posteriormente autores como Jèze, Bonnard y Rolland para hacer de la noción de servicio público el eje central del Derecho administrativo.[11] Así, su Escuela de Burdeos o Escuela del Servicio Público pretendió construir toda la teoría del Estado a partir del servicio público como concepto central. En su concepción, como explica Santamaría Pastor, "el Estado no sería tanto una orga-

9 Ariño Ortiz, G. (1993). Economía y Estado. Marcial Pons, Madrid, pág. 277.

10 Araujo-Juárez, J. (2003). Manual de Derecho de los Servicios Públicos. Hermanos Vadell Editores, Caracas, pág. 30.

11 Farrando, I. (1994). La relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos. En la obra colectiva Los Servicios Públicos. Régimen Jurídico Actual. Buenos Aires: Editorial Depalma, pág. 23.

nización soberana como una organización prestadora de servicios públicos".[12] Toda actividad estatal o administrativa, en consecuencia, era sinónimo de servicio público.

Sin embargo, la primera crisis del concepto no tardó en llegar. En efecto, el arrêt Comérciale de L'Ouest Africain/Bac D' Elora dictado por el Tribunal de Conflictos reconocería a los servicios públicos industriales y comerciales como regidos por las reglas del Derecho Privado, y, por tanto, sometidos a la jurisdicción ordinaria. Asimismo, en los años treinta, el Consejo de Estado, en su arrêt Caisse Primaire Aide et Protection, admitiría como viable la gestión privada de los servicios públicos.

Más sin embargo, fue la ola de nacionalizaciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial y la consecuente aparición de actividades estatales desprovistas de conexión directa con el interés público propio de aquél, lo que terminó por desbordar el servicio público como concepto unitario y único. De esta forma, la concepción del servicio público volvió a ser, tan sólo, la forma de legitimación de la actuación del Estado en función del servicio de los ciudadanos y de la solidaridad social.[13]

Un segundo intento de racionalización del concepto lo encontramos con la aparición de la actividad económica e industrial del Estado. Ante su realidad, se optó por concebir la actividad administrativa ya no como sinónimo de servicio público, sino conformada por tres actividades, siendo el servicio público tan solo una de ellas.

En este sentido, Jordana de Pozas, secundado por Garrido Falla, planteaban la tesis de que el Estado realiza básicamente tres actividades, a saber: policía, fomento y servicio público, incluyendo dentro de este último la actividad meramente económica e industrial del Estado. Sin embargo, entre otros Villar Palasí, García de Enterría y Ariño Ortiz, consideraban necesaria la independización de la actividad puramente económica e industrial, enmarcándola bajo la calificación de dación de bienes y servicios al mercado, actividad sometida al Derecho Privado y prestada en concurrencia con los particulares. De tal forma, el concepto de servicio público, según su tesis, abarca actividades estrictamente públicas y prestadas en régimen de monopolio por entidades administrativas.

Como hemos visto, la noción de servicio público es histórica. Por tanto, su concepto, cambiante como es, debe buscarse pues, en el marco de los fines generales del Estado, en cada tiempo y lugar. De esta forma, cada una de las tres fases o etapas históricas de la evolución del servicio público ya analizadas, van a coincidir con una actividad administrativa distinta. Así, la fase del Estado policial se entiende hoy como función pública, sea aquellas actividades del Estado sin las cuales éste no existe, y que, por tanto, en ningún caso pueden quedar a cargo de la iniciativa privada; la segunda, que consistió en estimular o presionar desde fuera sobre las fuerzas sociales, se identifica actualmente con la función de fomento; mientras que la fase donde el Estado asumió un papel protagónico en la prestación directa del servicio público, coincide con su actividad de servicio público y/o, en su caso, con su actividad de gestión económica o dación de bienes y servicios al mercado. Viene a bien, por tanto, examinar cada una de las actividades administrativas, pues se tiende a denominar servicio público, indistintamente, a cualquiera de estas, en lo que he denominado el concepto amplio de servicio público, cuando lo cierto es que el servicio público, bien conceptualizado y delimitado, es solo una de tales actividades. No es correcto, como tan a menudo se entiende, que actividad administrativa y servicio público son equivalentes, sino que la primera es el género y el servicio público la especie.

12 Santamaría Pastor, J. A. (2000). Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Segunda edición. Colección CEURA, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
13 Chevallier, J. (1987). Le service public, Que sais-je? PUF, Paris.

b. TIPOLOGÍA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. EL SERVICIO PÚBLICO EN SENTIDO ESTRICTO.

1. Función pública

Desde su formulación por Bodino, la soberanía del Estado se ha configurado como una "cualidad originaria del poder estatal en la medida en que por encima de él no hay otro. Esto supone, por un lado, la afirmación de su independencia frente al exterior y, por otro, la de su supremacía en el interior."[14]

El concepto construido por Bodino consistió, por tanto, en atribuir al Estado una cualidad de supremacía caracterizada por ser absoluta, perpetua, intrínseca al poder estatal, además de originaria e independiente en el ámbito internacional. No obstante que Bodino consideraba que el derecho a legislar por sí mismo sintetiza todas las características de la soberanía, estableció ocho características específicas para identificarla, a saber:

- El derecho a legislar.
- El derecho sobre la paz y la guerra.
- El derecho a nombrar altos dignatarios.
- El derecho supremo de justicia.
- El derecho a exigir a los súbditos fidelidad y obediencia.
- El derecho de gracia.
- El derecho de acuñar moneda.
- El derecho a recabar impuestos.

Actualmente, la función que desarrolla el Estado en la consecución de sus fines esenciales o inherentes se denomina función pública y es aquella que consiste, precisamente, en el ejercicio de esas potestades propiamente soberanas, que no se conciben ejercidas por los particulares y cuya titularidad - como no podría ser de otra forma - corresponde exclusiva y perennemente al Estado.

Según explica Troncoso Reigada, con ocasión del creciente fenómeno de la huida del Derecho Administrativo, la doctrina y jurisprudencia administrativa han reaccionado mediante la construcción del concepto de garantía institucional de la Administración Pública como una exigencia del mantenimiento de una organización y de unas funciones regentadas y sometidas necesariamente al Derecho administrativo que constituyen, precisamente, esa función pública indelegable, intransmisible e imprescriptible. Al respecto manifiesta:

"La reserva constitucional de Administración – en su sentido amplio de reserva del Poder Ejecutivo – está formada por la actividad de dirección política y la actividad de policía y de fomento. Estas actividades, que son funciones públicas de soberanía, tienen que ser desarrolladas obligatoriamente por una Administración tal y como se encuentra regulada por la Constitución, es decir, con los rasgos de su garantía institucional. Hay una identificación entre reserva de Administración y prohibición de privatización formal – recurso al ordenamiento jurídico privado. Es el objeto material de la reserva lo que justifica la singularidad constitucional de la Administración pública. No existe libertad de elección de forma o régimen jurídico para desarrollar estas actividades que pertenecen a la reserva de Administración pública. La huida al Derecho Privado de estas Administraciones que ejercen funciones públicas soberanas es inconstitucional".[15]

De conformidad con su naturaleza, pues, la función pública supone un régimen autoritario que se ejerce a través de actos jurídicos de imperio tales como sentencias, certificaciones, órdenes, licencias, permisos, autorizaciones, aprobaciones, sanciones, ejecuciones, actividad policial, actividad legislativa, judicial, de defensa, fiscal y tributaria; todos ellos coactivamente impuestos al particular. Se trata, siguiendo la vieja distinción de la teoría de la Hacienda Pública, de necesidades públicas absolutas, pues son actividades esenciales, constantes, vinculadas existencialmente al Estado y de satisfacción exclu-

14 Lucas Murillo le la Cueva, P. (1990). Manual de Derecho Político. Volumen Primero. Segunda Edición. Editorial Tecnos, S.A., pág. 167.

15 Troncoso Reigada, A. (1997). Privatización, Empresa Pública y Constitución. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, págs. 458-459.

siva por él; en esencia "la razón de ser del Estado mismo (dentro de lo que se considera Estado de derecho) por lo cual éste desaparecería como tal si dejase de cumplir esos cometidos esenciales."[16]

¿Cuáles son esas actividades? Pues bien, como señala el profesor Valdés Costa, ello dependerá de la noción de soberanía que rija en cada lugar y tiempo. Empero, tanto la Sala Constitucional como la Procuraduría General de la República han tenido oportunidad de anticipar algunos ejemplos.

"La Sala entiende además que la concesión de las obras y servicios públicos a que se refiere este proyecto de ley, exceptúa todo aquello relativo a la **seguridad nacional, control aduanero, migración y todo aquello que tenga que ver con funciones propias del Estado, las que son indelegables e irrenunciables y en modo alguno pueden quedar en manos privadas.** *Así, por ejemplo, aun cuando un aeropuerto sea dado en concesión, para que el servicio público que ahí se preste sea realizado por un ente privado, lo relativo a la* **seguridad portuaria, migración y aduanas entre otros, queda reservado exclusivamente al Estado, sin que puedan ser ejercidas esas funciones ni directa ni indirectamente por los particulares.**"[17] *(Resaltado no es del original).*

"Por otra parte, en virtud del marco normativo, la Administración estaría autorizada a promover y otorgar en concesión cualquier servicio público, salvo los expresamente excepcionados por ley: las telecomunicaciones y el servicio de transporte remunerado de personas por buses o taxis, que se regularían por las leyes específicas. Es claro, empero, que en razón del sistema de retribución del concesionario no todo servicio público es susceptible de ser dado en concesión. **Además, existen servicios públicos que por sus particularidades en cuanto son expresión del poder soberano del Estado deben ser explotados directamente por la Administración. Tal es el caso de los servicios de defensa y seguridad del Estado, los servicios fiscales, migratorios, la dirección y vigilancia del servicio penitenciario y aquellos que impliquen en el ejercicio del poder de policía.** *Estima la Procuraduría que resulta necesario y conveniente para el interés público que se mantenga la excepción que hoy día puede considerarse implícita en el artículo 74 de la Ley de Contratación Administrativa. Ciertamente, la concesión no hace desaparecer la titularidad pública en la prestación del servicio ni la Administración delega la dirección y supervisión, pero juzgamos que no debe hacer participar a un tercero en el ejercicio directo de sus poderes soberanos."*[18] *(Resaltado no es del original).*

2. Fomento

El ejercicio de la actividad de fomento supone estímulos económicos del Estado sobre las fuerzas sociales con el objeto de lograr un determinado sentido a su actuación. Se ejerce desde fuera y de modo no coactivo.

La claridad de Jordana de Pozas al respecto nos complementa para definir el fomento como "la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar la coacción ni crear servicios públicos".[19] Ejemplos de ello podemos encontrar en las subvenciones y subsidios, las exenciones fiscales, los créditos, y en fin, en todas esas actividades que el Estado no ordena, sino que ofrece, para cuya validación se requiere el consentimiento y colaboración del particular a fin de cumplir con las cargas impuestas por la Administración que la confiere con el objeto de lograr fines públicos.

16 Villegas, H. (1994). Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. 5ª Edición, Depalma, Buenos Aires, p.p. 4-5.
17 Sentencia # 2319-98 de las 17:51 hrs. del 31 de marzo de 1998. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
18 Procuraduría General de la República. O.J.-068-97 del 18 de noviembre de 1997.
19 Jordana De Pozas, J. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo, REP. N°48.

3. Servicio público (en sentido estricto)

Seguimos en su definición a Ariño Ortiz para quien: "Servicio público es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración Pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho Público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social".[20] Se trata, pues, "de asumir con carácter exclusivo, apartando a los demás, una determinada actividad que, por exigencias de interés general, se sustrae de su realización por el sector privado."[21]

De esta definición se extraen al menos siete características del servicio público para reconocer su presencia, a saber:

i. La actividad de servicio público se subsume en una actividad de prestación, que necesariamente asume la Administración Pública, ya sea directamente o por delegación, mediante concesión.

ii. La actividad de servicio público se manifiesta a través de la prestación positiva, cuya titularidad correspondía originalmente a los particulares, pero que, transformada en indispensable para la vida social, asume el Estado. De ahí que, la titularidad de la Administración, aunque sea prestada por un tercero mediante delegación (concesión), es requisito sine qua non de su clasificación (publicatio).

iii. La función o actividad de la que se trate debe ser prestada en régimen de Derecho Público.

iv. Las actividades de servicio público no son actividades necesarias, inherentes, esenciales, consustanciales o inmanentes al Estado, sino indispensables para la vida en sociedad en un momento dado.

v. Su régimen de prestación es continuo y regular.

vi. Debe ser una prestación al público, dirigida a su utilidad general. De ahí, entonces, deriva el derecho público subjetivo del usuario a exigir su prestación.

vii. La actividad de servicio público no supone ejercicio de poderes soberanos, sino que se ejerce a través de prestaciones de tipo técnico. Por lo tanto, el servicio público no se le impone al particular, sino que se le ofrece. No es, en consecuencia, actividad coactivamente impuesta.

Así, no obstante que tanto la función pública como el servicio público son titularidad del Estado, éste último se diferencia de la primera porque consiste en prestaciones positivas de tipo técnico que aquel realiza directa o indirectamente en aras de la consecución de fines de bienestar para la vida social y no al ser del Estado. Por ello mismo, no se imponen al particular, sino que se le ofrecen; no constituye, por ello, intervención mediante coacción, sino por vía de prestación.

En Costa Rica, por su parte, el artículo 3 inciso a) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos define servicio público como "el que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley." No obstante que la norma y la definición que esta contiene le atribuyen una gran discrecionalidad al legislador para crear un servicio público, la Autoridad Reguladora de los Servicios Público ha precisado que:

"(...) si bien es cierto, el Legislador cuenta con la facultad plena de calificar un servicio como público (relación de los artículos 121 Constitucional, 11 y 12 de la Ley General de la Administración Pública y 3 inciso a) de la Ley N° 7593 de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos), se debe considerar que tal servicio al menos debe contar con aquellos elementos o requisitos que lo configuren como público y en virtud de lo cual se le someta a un régimen de regulación especial.

Ello es así por cuanto, "un adecuado concepto facilita la sanción legislativa del régimen jurídico básico de los servicios públicos" (Sarmiento García, J. (1994) Los Servicios Pu-

20 Ariño Ortiz, G. op. cit., pág. 299.

21 Martín-Retortillo, S. (1988). Derecho administrativo económico, I. La Ley, Madrid, pág. 251.

blicos, Regimen Juridico Actual, Depalma, Buenos Aires, obra colectiva, pág. 2).
Dentro de estos elementos que integran la noción de "servicio público", la doctrina es conteste en señalar que la generalidad del servicio constituye un requisito esencial en su determinación. Significa que "el concepto de necesidad colectiva debe referírsele al de una necesidad sentida por una porción apreciable del respectivo conglomerado de personas" (Marienhoff, Miguel citado por Sarmiento García, ob. Cit, pág. 16).
En tal sentido, y conforme con la más autorizada doctrina y los ejemplos que nos brinda el derecho comparado, puede afirmarse que una actividad constituirá "servicio público" en el tanto se trate de la prestación de servicios industriales o comerciales."[22]

A partir de lo que viene señalado queda claro que, si bien el legislador tiene discrecionalidad política a la hora de decidir convertir una actividad en servicio público, también lo es que tiene un límite, que es el respeto al Derecho de la Constitución. Por ello, como ha dicho Alejandro Nieto, la legitimación del poder político y por tanto de la ley como su producto más importante, sólo opera cuando existen tales intereses generales; fuera de ellos la actuación se convierte en ilegítima.[23] Quiere ello decir, entonces, que la posibilidad de declarar una actividad privada que está dentro del comercio de los hombres como servicio público y, por tanto, sustraerla de la iniciativa privada, solamente puede ser admitida en el tanto y cuanto se justifique y demuestre la necesidad real de tal medida para satisfacer una necesidad colectiva y no suponga, por su extensión o falta de delimitación, un vaciamiento del contenido esencial de la libertad de empresa.

¿Hasta qué punto puede la Sala Constitucional ejercer el control de constitucionalidad que le compete en relación con las valoraciones que haya tenido en cuenta el legislador para declarar una actividad como servicio público?

Pues bien, los ejemplos y la doctrina producida al efecto se remontan a 1962, cuando en Italia se nacionalizó la producción y distribución de energía eléctrica, expropiando casi todas las empresas eléctricas y transfiriéndolas a ENEL. En su sentencia N°14 de 7 de marzo de 1964, el Tribunal Constitucional desarrolló un depurado análisis de matización entre el juicio político que corresponde al poder legislativo y el propio del control de la jurisdicción constitucional que, para poder acreditar que la ley que declara como servicio público una cierta actividad no responde a los fines de la utilidad general, debe tener por demostrado que el poder legislativo no valoró los fines y los medios para alcanzar aquélla o que esta valoración fue hecha por medios ilógicos, arbitrarios o contradictorios, o que estén en contradicción con los presupuestos de hecho. La ley, por tanto, sería inconstitucional si estableciera medios no idóneos o en contraste con los fines perseguidos o bien si los órganos legislativos se sirven de la ley para una finalidad diversa de la consecución de la utilidad general.[24]

Idéntica cuestión se planteó en las nacionalizaciones francesas de bancos y compañías financieras por motivos estrictos de política económica en las que el Consejo Constitucional francés, mediante su decisión de 16 de enero de 1982, arribó a la conclusión de que, ante un error manifiesto del legislador, sí era competente para ejercer el control de constitucionalidad al respecto.

4. Gestión Económica

Dentro de esta clasificación se incluyen las actividades de producción y dación de bienes y servicios al mercado que el Estado realiza a través de la empresa pública, cuya actividad está regulada por el Derecho pri-

22 Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. OFICIO N° 063-RG-2000 de 18 de enero del 2001.
23 Nieto, A. (1991). La Administración sirve con objetividad los intereses generales. En Libro Homenaje al Profesor García de Enterría, pág. 2251.
24 Cfr: BASSOLS COMA, Martín. Constitución y Sistema Económico. Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1988, págs. 199-201.

vado, verbigracia: los bancos del Estado o el Instituto Nacional de Seguros (vid. artículo 3 Ley General de la Administración Pública)

Además, es requisito que falte en éstas, la exclusividad regalística o monopolio de la actividad por parte del Estado, pues junto a éste, pueden los particulares, igualmente, ejercerla sin necesidad de una concesión, bastando a tales efectos una simple autorización (verbigracia los intermediarios financieros privados, vid. artículo 116 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, N°7558)

Por lo demás, en su gestión no existe una finalidad de servicio público, sino, antes bien, de ordenación económica, de conformación social o de promoción económico-social. Por lo tanto, falta en la actividad la igualdad, obligatoriedad y continuidad de la prestación que son consustanciales al servicio público. Con fundamento en lo anterior, tampoco ostenta el consumidor – que no usuario - un derecho público subjetivo a exigir su prestación.

III. Suma de la polémica

Actualmente, la polémica en cuanto al concepto de servicio público se bifurca en dos corrientes antagónicas: la ampliativa, que considera que basta la existencia de un interés público en la actividad para que esta pueda ser reputada como servicio público; es decir, una especie de publicatio tácita que incluye cualquiera de las diversas actividades que a través de la historia ha ejercido la Administración; y la restrictiva, que considera, no solo que es necesaria una publicatio expresa del legislador, sino además, que la actividad objeto de la declaratoria de servicio público debe ser indispensable para la vida en sociedad en un momento dado, mas no inescindible al Estado.

Nosotros, particularmente nos inclinamos sin temor a dudas por la segunda, pues coincidimos con el profesor Cassagne[25] cuando explica que, en el campo de la regulación económica es necesario distinguir los servicios públicos de las llamadas actividades privadas de interés público. Con la primera tesis, es claro que ambos conceptos, que producen regímenes jurídicos totalmente diversos, no se podrían diferenciar. Por ello, me inclino por el concepto restrictivo de servicio público, sea aquella actividad que el Estado ha publificado de manera expresa y de la cual, por tanto, es su titular, con exclusión de la libertad de iniciativa privada de los agentes económicos.

Ahora bien, el concepto de servicio público que asumamos y apliquemos no es un tema de poca monta ni mucho menos, pues basta comprender las implicaciones jurídicas de uno u otro (restrictivo y ampliativo) para caer en cuenta del enorme impacto que, en los derechos fundamentales de reserva de ley, autonomía de la voluntad, iniciativa privada, empresa, competencia y elección tiene la determinación de una actividad como tal.

Y es que, a partir de su declaración como servicio público, las libertades económicas del particular simple y sencillamente quedan anuladas, de ahí que uno de los mejores juristas de Francia haya señalado con acierto que: "El servicio público, en sí mismo, constituye una amenaza para las libertades públicas, es decir, para la capacidad de los ciudadanos de aquellas esferas de actividad que les pertenecen como propias."[26] Es justamente por ello que, cuando el Estado delega la prestación de un servicio público a un privado por medio de concesión, las potestades de la Administración pública ya no derivan solamente de la norma, sino de la propia declaración concesional que confiere a la autoridad concedente un poder general y continuado de modelización de la actividad.

25 Cassagne, J. C. (1996). El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción). Revista de Administración Pública, Núm. 140, Mayo-Agosto.

26 Devolvé, P. (1985). Service Publique et Libértés Publiques? Revue de Droit Administratif, número 1, págs. 1 y sigtes.

Por el contrario, en relación con la tutela de las actividades privadas, por más interés público que pueda estar imbuido en ellas, a la Administración únicamente se le confieren las competencias previstas en una norma, por lo que en ningún caso ostenta una potestad configuradora interna; o lo que es igual, no puede intervenir individualmente en el ejercicio de la actividad para cambiar algo de su contenido jurídico, en el tanto que todas las modificaciones debe hacerlas siempre desde afuera, es decir, por vía general y por tanto normativa.

Ello así, la gran diferencia entre ambos conceptos estriba en que, cuando se es mero gestor, se baila al compás del son que dicta la Administración delegante; mientras que, cuando se trata de actividades privadas, en las que preexiste un derecho subjetivo del agente económico para ejercer la actividad – ciertamente bajo los parámetros regulatorios establecidos por el ordenamiento jurídico -, todo ello debe ser analizado bajo la óptica de la regulación de derechos fundamentales del agente económico que no existen propiamente cuando se es concesionario de un servicio público ante el cual no se tiene derecho preexistente alguno.

IV. CONCLUSIÓN

El concepto de servicio público, sin duda, es un término ambiguo. No obstante, para aquellos que creemos firmemente en la existencia de un contenido esencial de la libertad de empresa, que incluye dentro de sus postulados la libertad de emprender actividades económicas[27], es claro que la declaración de ciertas actividades como servicio público no puede limitarse a la mera discrecionalidad del legislador, sino que, por el contrario, se debe exigir que tal servicio cuente al menos con los elementos o requisitos que lo configuren como público.[28]

Recuérdese que hoy es signo de los tiempos que el servicio público tradicional o clásico ya no goza de favor, precisamente por poner en cuestión el espacio de las actividades privadas y amenazar la existencia de las libertades públicas, de manera que, declarar como público un servicio que sustancialmente no lo es resulta inconstitucional por violatorio del régimen de libertad, y más específicamente de las libertades de iniciativa privada, contratación y empresa, en consonancia con los derechos fundamentales a la competencia y elección.

Las instituciones jurídicas tienen su individualidad propia, pues, así como no se puede asimilar el divorcio con el matrimonio, la compraventa con el leasing, o el fideicomiso con la hipoteca, pues tampoco se puede declarar servicio público lo que sustancialmente no es. Si el milagro no tiene cabida en el campo del Derecho administrativo[29], pues tampoco la tiene para declarar servicio público una actividad económica que ni jurídica ni técnicamente es tal. De ahí la importancia de delimitar el concepto del servicio público, pues de ello dependerá la visión del Estado y de las libertades, que tendrá el operador jurídico.

BIBLIOGRAFÍA:

Araujo-Juárez, J. (2003) Manual de Derecho de los Servicios Públicos. Caracas: Hermanos Vadell Editores.

Ariño, G. (1993) Economía y Estado. Madrid: Marcial Pons.

Ariño, G. (1995). Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa. Madrid: Marcial Pons.

Bassols, M. (1988) Constitución y Sistema Económico. Madrid: Editorial Tecnos, S.A.

Bullinger, M. (2005). El Service Public francés y la Daseinsvorsorge en Alemania. Revista de Administración Pública, núm. 166, págs.29-49

Burdick, Ch. (1911) The Origin of the Peculiar

27 Ariño Ortiz, G. (1995). Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa. Marcial Pons, Madrid, pág. 85.

28 Sarmiento Garcia, J. H. (1994). Los Servicios Públicos, Régimen Jurídico Actual. Depalma, Buenos Aires, obra colectiva, pág. 2.

29 García de Enterría, E. (1983). La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. Editorial Civitas, Madrid, pág. 32.

Duties of Public Service Companies. Columbia Law Review. Part I, Vol. 11, No. 6, págs. 514-531.
Cassagne, J.C. (1996). El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción). Revista de Administración Pública, Núm. 140.
Chevallier, J. (1987) Le service public, ¿Que sais-je? Paris: PUF.
Devolvé, P. (1985) Service Publique et Libértés Publiques? Revue de Droit Administratif, número 1.
García, E. (1983) La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. Madrid: Civitas.
Farrando, I. (1994) La relación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos. En la obra colectiva Los Servicios Públicos. Régimen Jurídico Actual. Buenos Aires: Editorial Depalma.
Jordana De Pozas, J. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. REP. N°48.
Lucas, P. y Lucas Murillo, P. (1990). Manual de Derecho Político. Volumen Primero. Madrid: Editorial Tecnos, S.A.
Meilán, G. (1968). La cláusula de progreso en los servicios públicos. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
Martín-Retortillo, L. (1962). La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de "Daseinsvorsorge". Revista de Administración Pública, núm. 38.
Martín-Retortillo, Sebastián. (1988). Derecho administrativo económico, I. Madrid: La Ley, Madrid.
Montero, J.J. (2014). Regulación Económica. La Actividad administrativa de regulación de los mercados. Valencia: Tirant Lo Blanch.
Nieto, Alejandro. (1992). La Administración sirve con objetividad los intereses generales. En Libro Homenaje al Profesor García de Enterría (pág. 2251).
Rodríguez, J. (2013) Sobre las Transformaciones del Derecho Público, de León Duguit. Revista de Administración Pública, núm. 190, págs. 61-100.
Santamaría Pastor, J.A. (2000). Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
Sarmiento, J. (1994). Los Servicios Públicos, Régimen Jurídico Actual. Buenos Aires: Depalma (pág. 2).
Troncoso, A. (1997). Privatización, Empresa Pública y Constitución. Madrid: Marcial Pons.
Villegas, H. (1994). Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. Buenos Aires, Depalma, Buenos Aires.

VITOR RHEIN SCHIRATO

- Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP).
- Doctor en Derecho del Estado por la Facultad de Derecho de la USP.
- Máster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Osnabrück, Alemania.
- Miembro de la Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA).
- Secretario Académico del Centro de Estudios de Derecho Administrativo, Ambiental y Urbano - CEDAU.
- Abogado en São Paulo.
- vrschirato@usp.br

3

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y COMPETENCIA EN EL TRANSPORTE DE PASAJEROS INTERESTATAL E INTERURBANO

NOVAS TECNOLOGIAS E CONCORRÊNCIA NO TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS

Sumario:

I. Introducción; II. Servicio público, mercado, libre iniciativa y competencia; III. El transporte de pasajeros interestatal e interurbano; IV. Un verdadero paralelo; dos líneas que nunca se cruzan: los servicios de transporte municipal e interurbano; V. Conclusión.

Sumário:

I. Introdução; II. Serviço público, mercado, livre iniciativa e livre concorrência; III. O transporte interestadual e intermunicipal de passageiros; IV. Um verdadeiro paralelo; duas linhas que nunca se cruzam: serviços de transporte municipais e intermunicipais; V. Conclusão.

Summary:

I. Introduction; II. Public service, market, free initiative and free competition; III. Or interstate and intermunicipal transportation of passageiros; IV. A true parallel; two lines that never cross: municipal and intermunicipal transport services; V. Conclusion.

Resumo:

O objeto deste estudo é analisar a possibilidade jurídica de implantação de concorrência entre os prestadores de serviços de transporte interestadual e intermunicipal de passageiros sujeitos a títulos habilitantes públicos e soluções privadas de prestação destes serviços, inclusive que empreguem novas tecnologias.

Abstract:

The scope of this essay is to analyze, from a legal standpoint, the possibility of competition in the provision of interstate and intercity transportation services between providers subject to public grants and private solutions for the provision of such services, including solutions that deploy new technologies.

RESUMEN:

EL objetivo de este capítulo es analizar, desde un punto de vista jurídico, la posibilidad de competencia en la prestación de servicios de transporte interestatal e interurbano entre los proveedores sujetos a subvenciones públicas y las soluciones privadas para la prestación de dichos servicios, incluidas las soluciones que despliegan nuevas tecnologías.

Palavras-chave:

Serviço público, concorrência, regulação, transporte interestadual e intermunicipal

Keywords:

Public service, competition, regulation, interstate and intercity transportation

PALABRAS CLAVE:

Servicio público, competencia, regulación, transporte interestatal e interurbano

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio es el resultado del sesudo análisis realizado sobre los conflictos normativos que se han verificado en varias jurisdicciones a raíz de las tecnologías informáticas que ponen en contacto a las personas interesadas en recorrer un determinado tramo interurbano (o interestatal) y a las empresas de chárter que ofrecen servicios de transporte por carretera para ese tramo mediante autobuses.

Según el modelo de estructuración de los servicios de transporte por carretera de larga distancia en Brasil, lo que estas tecnologías permiten es mediar la relación entre viajeros y fletadores, es decir, una solución de transporte colectivo organizada de forma privada, por la que los demandantes del servicio pagan cuotas de su coste, fijadas según las circunstancias de cada viaje. Además, en este modelo de negocio, los costes del viaje son determinados por el fletador y pagados por la empresa tecnológica, sobre la base de un prorrateo entre los viajeros. Por lo tanto, como norma general, los costes se forman en función de las circunstancias del mercado.

De manera muy resumida, este aporte busca entender si, a la luz de la Constitución Federal y la legislación vigente, existe alguna forma de restricción o barrera de entrada en los mercados de transporte de pasajeros interestatal e interurbano de pasajeros, como la necesidad de cualquier forma de calificación, impuesta a la actuación de dicha empresa tecnológica. Especialmente, pretendemos aclarar si, jurídicamente, es aceptable la competencia entre los prestadores de los servicios de transporte en cuestión sujetos a títulos habilitantes públicos (es decir, concesión, permiso y autorización) y otros agentes económicos, organizados bajo formas privadas de actuación.

Para ello, seguiremos la siguiente estructura: (i) en primer lugar, presentaremos el concepto actual de servicio público y su relación con el mercado, la libre iniciativa y la libre competencia; (ii) en segundo lugar, analizaremos la actividad de transporte de viajeros interestatal e interurbano para exponer su naturaleza jurídica, sus regímenes de explotación y su permeabilidad a un régimen competitivo; (iii) en tercer lugar, efectuaremos algunas comparaciones que me parecen pertinentes entre los servicios públicos de transporte municipal de viajeros y la actividad de transporte interurbano de viajeros; y (iv) en cuarto y último lugar, presentaremos las conclusiones del estudio.

II. SERVICIO PÚBLICO, MERCADO, LIBRE EMPRESA Y COMPETENCIA.

El servicio público es uno de los temas más centrales e importantes del Derecho Administrativo. Si bien es cierto que el Derecho Administrativo surgió con la Ley del 28 de Pluviose en el año VIII, su densidad como rama autónoma del Derecho llegó con el Arêt Blanco de 1873. En esta sentencia, el Consejo de Estado Francés afirmó su competencia basándose en la existencia de un servicio público, lo que dio lugar a un enorme debate doctrinal sobre cuál es el concepto de este servicio, a efectos de definir la competencia de la jurisdicción administrativa y, en definitiva, del propio Derecho Administrativo.[1]

Aunque este tema surgió en Francia, se extendió rápidamente a todos los países de tradición romanista, convirtiéndose en un elemento esencial para la configuración del Derecho Administrativo y su régimen jurídico inherente. Sin embargo, como no podía ser de otra manera, la función pública adoptará

1 Sobre el tema, véase mi Livre iniciativa nos serviços públicos, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 37 y siguientes.

rasgos distintivos en cada una de las jurisdicciones en las que llegó a ser aceptada, por lo que la teoría francesa es una referencia que debe leerse con las adaptaciones necesarias en cada sistema jurídico.

Al mismo tiempo, entre las múltiples configuraciones que se presentan en Francia, la que ha marcado la noción de servicio público en todo el mundo es la idea de *prestación por parte del Estado en relación con el ciudadano*.[2] Es el caso, por ejemplo, del Derecho italiano, en el que la idea de servicio público se asocia a la actividad material que presta el Estado, directa o indirectamente, para satisfacer las necesidades colectivas, lo que excluye las actividades esencialmente autoritarias atribuidas a la Administración Pública.[3]

Especialmente relevantes en este camino son las actividades conceptualizadas como servicios públicos desarrolladas en ámbitos esencialmente económicos. Como consecuencia del desarrollo de las atribuciones del Estado y de la necesidad de dotar de infraestructuras que garanticen unas condiciones mínimas de vida a los ciudadanos, se hizo muy común que actividades económicas con un fuerte carácter colectivo, consideradas necesarias para satisfacer los derechos fundamentales de los ciudadanos, como la energía, el agua y el saneamiento, las comunicaciones y el transporte, fueran consideradas servicios públicos.

Un ejemplo flagrante de esta realidad es Italia, donde la noción de servicio público ha estado vinculada, desde principios del siglo XX, a determinadas actividades económicas consideradas fundamentales para la satisfacción del interés público cuya explotación fue asumida por el Estado. Como señala correctamente Simone Torricelli, las necesidades colectivas fueron expulsando al sector privado de ciertos sectores de la economía e imponiendo la acción del Estado.[4]

Sin embargo, estas actividades, que han sido encomendadas al Estado a lo largo del tiempo para satisfacer las necesidades colectivas, se han mostrado, por diversos factores, naturalmente proclives a la explotación monopolística, bien porque dependen de redes que se configuran como *monopolios naturales*[5], bien porque son deficitarias y, por tanto, requieren recursos públicos para que su suministro se mantenga regularmente.[6]

No en vano, especialmente en el Derecho Administrativo europeo continental, la idea de servicio público llegó a asociarse comúnmente con la idea de monopolio: sólo el Estado o quien ostente el título habilitante estatal para explotar la actividad en nombre y lugar del Estado puede realizar la actividad calificada como servicio público, con una exclusividad inherente a la propia noción de tal servicio.

En Brasil, la trayectoria del servicio público es algo particular. Originalmente de origen francés, con el advenimiento de la República, bajo los términos de la Constitución de 1891, el Derecho Administrativo brasileño comenzó a estar más influenciado por el Derecho norteamericano en ciertos temas, especialmente en los servicios públicos. Como es notorio, durante este período, el concepto de servicios públicos prevaleció en Brasil, di-

2 Esta observación es importante porque en Francia la idea de servicio público está estrechamente asociada a la propia noción de Derecho Administrativo, implicando no sólo las prestaciones materiales proporcionadas por el Estado a los ciudadanos, sino también otras formas de acción estatal que cumplen los tres criterios clásicos presentados por Gaston Jèze (estar destinado a satisfacer una necesidad colectiva, ser una actividad explorada por el Estado y estar bajo un régimen de derecho público). Sobre el tema, véase: Les principes généraux du droit administratif, Volumen 2, 3ª ed.

3 Sobre el tema, véase, entre otros, Villata, R. (1998). Pubblici servizi - discussi e problemi, 5ª ed.

4 Torricelli, S. (2007). Il mercato dei servizi di pubblica utilità, Milán: Giuffrè, pp. 8-9.

5 Los monopolios naturales son actividades que dependen de determinadas infraestructuras cuya duplicación no es viable por razones económicas, medioambientales y/o urbanísticas. Se trata, pues, de actividades que, desde el punto de vista económico, sólo son eficientes si las explota un único agente, en régimen de monopolio.

6 Es importante mencionar aquí que, en su génesis, el monopolio estatal no era una conditio sine qua para la calificación de un servicio público sino, en palabras de Gaston Jèze, un precioso indicio de la existencia del servicio público. Cf. Jèze Gaston. Les principes généraux du droit administratif, p. 21.

rectamente influenciado por la noción de servicios públicos en la legislación estadounidense.

Esta diferencia terminológica no es un mero preciosismo; tiene consecuencias prácticas muy relevantes. Mientras que el servicio público europeo se basa en el supuesto de la propiedad estatal, los servicios públicos en la legislación estadounidense son actividades privadas, sujetas a cierto grado de control, a través de contratos, por parte del Estado con el estricto propósito de mantener el orden público, evitando el abuso de posiciones económicas privilegiadas.[7]

Sin duda, a partir del final de la década de 1930, con la fuerte influencia de la doctrina de Themístocles Brandão Cavalcatti, la idea de utilidad pública comenzó a disiparse lentamente, dando paso a la noción europea de servicio público. La razón de tal cambio no está clara, pero es seguro que jugó un fuerte papel en el proceso de nacionalización de la infraestructura brasileña a partir de la década de 1940.[8]

Así, a partir de la década de 1940, la idea de servicio público como actividad propia del Estado pasó a ser dominante en Brasil y, por lo tanto, sujeta a una exclusividad inherente, de la que se desprende que la exploración de las actividades consideradas de servicio público sólo podía ocurrir por medios estatales o a través de quienes poseyeran un título habilitante expedido por el Estado, de forma exclusiva.

Este proceso, que se inició con la doctrina francesa de Themístocles Brandão Cavalcanti, se consolidó con la obra de Celso Antonio Bandeira de Mello. Según la teoría de este último publicista, el Derecho Administrativo se individualizaría y se separaría del derecho privado a partir de la existencia de un régimen jurídico-administrativo, construido sobre los axiomas binomiales de la supremacía del interés público y la indisponibilidad del interés público.[9]

En consecuencia, esta idea de régimen jurídico-administrativo impregnaría transversalmente todo el Derecho Administrativo y sus institutos, incluida la propia función pública. Tanto es así que, al hablar de los servicios públicos, el autor utiliza, para su conceptualización, los tres elementos fundamentales de Jèze, añadiendo que la idea de régimen jurídico del derecho público es una materialización del régimen jurídico-administrativo.[10]

A este paso, la idea de servicio público se construye como algo intrínseco al Derecho Administrativo y, por tanto, no sujeto a los mecanismos del Derecho privado. El servicio público sólo puede ser explotado bajo un régimen de Derecho Administrativo, sin posibilidad de libre iniciativa y adopción de mecanismos privados, lo que excluye la libre competencia y la formación de precios por el libre mercado.

También se suma a este escenario la teoría de Eros Roberto Grau, según la cual el servicio público sería una forma específica de actividad económica, propia del Estado. Según el autor, el orden económico constitucional se dividiría en público y privado. El primero estaría formado por los servicios públicos, mientras que el segundo (llamado por el autor actividades económicas en sentido estricto) pertenecería a la iniciativa privada. Por lo tanto, los servicios públicos serían mo-

7 Entre otros, véase Pinto, B. (2002). Regulación efectiva de los servicios públicos, 2ª ed. actualizada por Santos de Aragão, A. (2002). Río de Janeiro: Forense, 2002, p. 9 y siguientes.

8 En este sentido, véase mi iniciativa libre en los servicios públicos, p. 46 y siguientes.

9 Sobre el tema, véase Bandeira Mello, C. (2012). Curso de Derecho Administrativo, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53 y siguientes.

10 Según el concepto de Bandeira Mello, C. "Servicio público es toda actividad que ofrece utilidad material o comodidad directamente utilizable por los administrados, prestada por el Estado o sus apoderados, bajo el régimen de Derecho Público - por lo tanto, consagrando supremacía y restricciones especiales -, instituido por el Estado en favor de intereses que ha definido como propios en el sistema normativo". Ver Curso de Derecho Administrativo, p. 686. Los elementos de Jèze son claros en el concepto presentado: actividad material disfrutable, como elemento objetivo, prestada por el Estado o sus apoderados, como elemento subjetivo, y bajo un régimen de derecho público, como elemento material.

nopolios estatales, ya que pertenecen exclusivamente al Estado.[11]

Obsérvese que, aunque son teorías que a menudo se invocan juntas, son completamente distintas. Mientras que la teoría de Celso Antonio Bandeira de Mello niega a los servicios públicos el carácter de actividad económica - como actividad administrativa - la teoría de Eros Roberto Grau se basa en el carácter La teoría de EROS ROBERTO GRAU se basa en la naturaleza de la actividad económica de los servicios públicos, pero una actividad sui generis que, por su conexión con las necesidades colectivas, pertenece exclusivamente al Estado.

En este escenario, se observa que las dos teorías más difundidas y aceptadas sobre los servicios públicos sitúan esta actividad como reservada al Estado, siendo sólo accesible a los individuos que poseen títulos habilitantes otorgados por el Estado. Por lo tanto, en la práctica, el servicio público sigue siendo comúnmente considerado como sinónimo de monopolio. Y lo que es peor: como un monopolio jurídico, es decir, un monopolio legal que bloquea legalmente la libre iniciativa y competencia.

Como explicaré a continuación, esta es una visión completamente errónea, *y los conceptos doctrinales expuestos anteriormente están absolutamente alejados de la realidad y, principalmente, del régimen normativo vigente*.

En línea con lo expuesto, la idea de servicio público vinculada al monopolio estatal tiene una conexión directa con dos fundamentos: la necesidad de delimitar un campo propio del Derecho Administrativo (en el caso francés) y la existencia de economías que constituyen monopolios naturales y, por tanto, hacen inviable la competencia. En consecuencia, la idea de servicio público monopolístico deriva de un momento histórico muy diferente al actual.

Como es sabido, a partir de los años 80, el Derecho europeo empezó a sufrir el impacto del modelo regulatorio norteamericano, que tiene entre sus premisas la necesidad de regular los monopolios naturales, para evitar los abusos de posición económica dominante. A partir de la doctrina de las instalaciones esenciales, antigua en Estados Unidos, ya se habían creado condiciones para mantener la competencia en sectores donde había monopolios naturales.[12]

De este modo, uno de los pilares de la propiedad estatal monopolística de los servicios públicos en Europa (es decir, los monopolios naturales) ya no es un obstáculo para la competencia, lo que permite abrir los sectores de servicios públicos a la competencia, en la medida en que se adopten determinadas técnicas de regulación. En esta línea, se observan en Europa varios movimientos hacia la apertura de los sectores de servicios públicos a la competencia, incluyendo decisiones judiciales paradigmáticas.[13]

Al mismo tiempo, el Derecho Administrativo también ha sufrido una serie de transformaciones en el periodo transcurrido desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Si en su origen y en su primer apogeo teórico verificado en el cambio del siglo XIX al XX, la esencia del Derecho Administrativo estaba contenida en la idea de un régimen diferenciado y en la verticalidad de las relaciones jurídicas entre el Estado y el ciudadano, después de la Segunda Guerra Mundial, como resultado de la nueva estructura constitucional inaugurada, la posición jurídica del ciudadano gana enorme relevancia en la construcción de esta rama jurídica. Fruto de la primacía de los derechos fundamentales en la estruc-

11 Sobre el tema, véase: Grau, E. (1988). A ordem econômica na Constituição de 1988, 7ª ed.

12 Sobre el tema, véase: Santos de Aragão, A. (2006). Ley de Servicios Públicos, Río de Janeiro: Forense, p. 446 y siguientes.

13 Aquí se pueden mencionar las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Puerto de Génova (1991) y el Caso Corbeau (este último, mucho más paradigmático, de 1993), así como las Directivas comunitarias que regulan los sectores de las comunicaciones (1993) y del gas y la energía (1996).

tura del sistema jurídico, el ciudadano deja de ser un "sujeto"[14] para convertirse en un "cliente" de la Administración Pública.

En este sentido, los servicios públicos requieren algo más que el acceso universal, la continuidad y unas tarifas razonables. También exigen eficacia, regularidad (este es un aspecto importante de la continuidad) y, sobre todo, calidad. No basta con que los servicios públicos se presten, sino que deben ser bien prestados y con el menor coste posible para la sociedad.

Este movimiento conducirá a la revisión de los modelos exclusivamente monopolísticos, ya que a menudo están impregnados de ineficiencia y deficiencias de calidad, derivadas de la ausencia de competidores. La inaplicabilidad a los servicios públicos de la amplia competencia y otros fundamentos de la Unión Europea (entonces, todavía Comunidad Europea) se convierte en un punto de constante cuestionamiento, que requerirá una revisión del propio concepto jurídico de servicio público.

Habrá algunos doctrinarios con posturas más extremas que prediquen el fin del propio concepto de servicio público, como Gaspar Ariño Ortiz[15] , pero la mayoría se posicionará en el sentido de una revisión del concepto, hablando de servicios económicos de interés general. Evidentemente, no se trata de un mero juego de palabras, sino de una idea mucho más vinculada a la noción finalista de servicio público, consistente en la satisfacción de los derechos de los ciudadanos, que, a la noción orgánica, que vincula el servicio público a un monopolio estatal operado bajo su propio régimen derogatorio.

Lo que pasa a ser relevante para los servicios públicos ya no es la naturaleza del agente prestador o el régimen legal de explotación, sino la calidad, universalidad, accesibilidad y moderación de la prestación. Estos elementos pueden alcanzarse, en la mayoría de los casos, a través de mecanismos de mercado, con competencia entre los distintos agentes proveedores, siempre que exista una regulación capaz de garantizar la consecución de determinados fines intrínsecos a la satisfacción de los derechos fundamentales.

Así, la construcción jurídica que está en marcha en Europa y en otros países de matriz romanista (como Brasil) desde la década de 1990 consiste en la idea de que el servicio público no es una actividad propia del Estado y sujeta, inmanente y naturalmente, a cualquier forma de monopolio; es una actividad dirigida a la comunidad que debe tener como característica principal la satisfacción de necesidades fundamentales de los individuos, lo que muchas veces puede lograrse más fácilmente en mercados abiertos y competitivos que en estructuras cerradas.

Así, el vínculo del servicio público con el Estado deja de ser una pertenencia exclusiva y se convierte en una noción obligatoria, pasando el servicio público de prerrogativa pública a obligación pública. Lo que se convierte en fundamental es el cumplimiento de la obligación legal denominada servicio público, que puede realizarse sin ningún tipo de exclusividad en la mayoría de los casos.

Como muestra clara de esta nueva realidad, me parece innegable el contenido del artículo 175 de la Constitución Federal de 1988. Aunque la doctrina más tradicional lo lee como un refuerzo del concepto de servicio público, ya bastante superado, la disposición en cuestión no revela ninguna forma de duda sobre la idea de servicio público como obligación del Estado.

Esto es así porque en su texto expreso se lee que "corresponde al Estado la prestación del servicio público", es decir, lo que hace notorio e individualiza este servicio dentro del

14 Término comúnmente utilizado, por ejemplo, por OTTO MAYER, que emplea la expresión "Untertan" (súbdito o sotoposto, en alemán), para referirse a la posición jurídica del ciudadano frente al Estado. Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band, 3a ed., Berlín: Von Duncken & Humblot, 2004 (fecha de reimpresión de la edición de 1924), p. 1.

15 Cf. ORTIZ, GASPAR ARIÑO. Principios de Derecho Público Económico, 3ª ed., Granada: Comares, 2004, p. 599 y ss.

orden económico constitucional no es más que su carácter obligatorio asignado al Estado. Y, como forma de cumplimiento de esta obligación, el Estado puede valerse de sus propios medios (es decir, prestación directa) o contratar con terceros su cumplimiento (es decir, concesión y permiso).

De ello se desprende, innegablemente, que el cobijo constitucional de los servicios públicos no prevé ninguna forma de exclusividad o régimen jurídico que tipifique el servicio público. Esta actividad sólo tiene como particularidad el deber estatal de su prestación, o al menos de su garantía.[16]

Tanto es así que la Constitución Federal trata de forma diferente el servicio público (artículo 175) y los monopolios (artículo 177). Si los servicios públicos tuvieran, por determinación constitucional, alguna forma de exclusividad inherente, tendrían que estar previstos en el artículo 177, junto con los demás monopolios legales.[17] La separación constitucional entre servicios públicos y monopolios deja claro que son cosas distintas, aunque en algún momento los servicios públicos puedan implicar alguna forma de restricción a la libre empresa, como explicaré más adelante.

En este camino, me parece claro que, hoy en día, vincular automáticamente el servicio público al monopolio o a la exclusividad es, además de muy anticuado, por el desarrollo actual del Derecho Administrativo, una forma de abogar por la inconstitucionalidad.

Considero que, está desfasado porque, ni desde el punto de vista fáctico ni desde el jurídico, no se puede confundir servicio público y monopolio. Desde un punto de vista fáctico, la regulación aparece como una técnica extremadamente eficaz para garantizar la competencia en los sectores de servicios públicos que contienen fallos de mercado derivados de los monopolios naturales, lo que hace inútil la asociación de los monopolios naturales con los monopolios legales en el ámbito de los servicios públicos. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, no existe ninguna norma legal que prohíba la competencia en el ámbito de los servicios públicos, evitando así la libre competencia y empresa de la manera que opera en el caso de los monopolios constitucionales.

Y aún más: afirmar que el servicio público equivale a un monopolio o es una actividad que representa cualquier forma de exclusividad es descaradamente inconstitucional. Hay varias disposiciones constitucionales que se oponen diametralmente a cualquier intento de asociar servicio público y monopolio, más allá de la ya mencionada separación entre servicio público (artículo 175) y monopolios legales (artículo 177).

En primer lugar, se determina expresamente que el orden económico constitucional se basa en la libre empresa, ex vi artículo 170, caput de la Constitución Federal. Esto significa que la regla general -salvada únicamente por la prohibición constitucional de los monopolios y de las actividades consideradas por la Ley como ilícitas (como el tráfico de drogas, por ejemplo)- es que cada persona puede elegir libremente la actividad que desea realizar para subsistir. Un significado idéntico se extrae del artículo 5, punto XIII, de la Constitución, que contempla el derecho fundamental a la libre empresa.

En segundo lugar, a diferencia del artículo 170 de la Constitución Federal de 1967 (reformado por la Enmienda Constitucional 1/69), el actual texto constitucional no permite la creación de monopolios legales mediante

16 En este sentido, convergemos con la definición clásica de servicio público presentada por LEÓN DUGUIT, SEGÚN la cual "toda actividad que debe ser asegurada, disciplinada y controlada por los gobernantes, porque su realización es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social y porque, por su naturaleza, no puede realizarse completamente sin la intervención de la fuerza gubernamental" (Traité de Droit Constitutionnel, t. II, 3ª ed., París: De Boccard, 1928, p. 61 (nuestra traducción). Ello se debe a que el elemento vital del servicio público es la esencialidad y, como consecuencia de ello, el deber estatal de prestarlo o, al menos, de garantizarlo.

17 Cabe señalar aquí que las actividades monopolizadas en los términos del artículo 177 de la Constitución Federal se refieren a los monopolios legales, es decir, a las actividades que, por su naturaleza y constitución, podrían ser explotadas en régimen de competencia, pero que, por elección del constituyente, terminaron siendo sometidas a un régimen de exclusividad.

normas infra constitucionales. Es decir, según la actual Constitución Federal, sólo son monopolios y, por tanto, no están sujetos a la libre empresa, las actividades expresamente enumeradas como monopolios, por lo que no se puede suponer la existencia de otras actividades calificadas legalmente como monopolios.

Y en tercer y último lugar, la Constitución Federal consagra la libre empresa como principio rector del orden económico (artículo 170, IV) y determina expresamente que es deber de la ley restringir el abuso de posiciones económicas dominantes (artículo 173, § 4). En consecuencia, es una determinación constitucional expresa que, salvo excepciones expresas y flagrantes (es decir, los monopolios constitucionales del artículo 177), las actividades económicas deben desarrollarse en régimen de libre competencia, con la cohibición de las prácticas anticompetitivas que configuran el abuso de posición económica dominante.

Por lo tanto, me parece absolutamente fuera de lugar reclamar automáticamente cualquier posición de exclusividad debido a la existencia de un servicio público. Este servicio sólo impone al Estado el deber positivo de prestarlo (o, al menos, de garantizarlo), y debe desarrollarse en régimen de competencia en la mayor medida posible.

Una vez asentada la idea de que es jurídicamente incorrecto asociar el servicio público al monopolio o la exclusividad, se hace imprescindible definir cuál es la relación entre el servicio público, la libre empresa y competencia. Y es que, si una actividad no implica, ipso iuri, ninguna forma de exclusividad es necesario entender qué niveles de apertura puede (o debe) conllevar dicha actividad, ya que serán posibles gradaciones de libre iniciativa en los más diversos ámbitos de las actividades económicas.

Como he mencionado anteriormente, la Constitución Federal de 1988 erigió la libre empresa como un derecho fundamental y, por lo tanto, a la idea de un principio constitucional. Esto se deduce de la fracción XIII del artículo 5 de la Constitución Federal, según la cual "el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión es libre". Por lo tanto, la norma jurídica que prevé la libre iniciativa tiene una forma especial de aplicación.

Como es sabido, las normas jurídicas pueden dividirse en reglas y principios. Las primeras tienen como característica fundamental su aplicación de forma "binaria": o son aplicables o no lo son. Son formulaciones jurídicas que prevén claras hipótesis de incidencia, que conducen a sus propias consecuencias normativas. Es el caso, por ejemplo, de órdenes como "está prohibido fumar en lugares cerrados" o "está prohibido aparcar en este lugar". Se trata de normas que serán aplicables o no. Y, cuando lo sean, lo serán en su totalidad (por ejemplo, si el vehículo está aparcado en el lugar prohibido, se aplicará la norma y se activará su consecuencia). En cambio, los segundos no tienen esta aplicación binaria; en la interesante definición de Robert Alexy, los principios son "mandamientos de optimización"[18], es decir, son normas que deben aplicarse en su máxima extensión, pero no encuentran una clara extensión apriorística de aplicación, ya que tienen un contenido incierto.[19]

En este punto, cuando se trata de un principio de libre empresa, es necesario definir cómo se aplica, para establecer cuándo es invocable el derecho fundamental a la libre empresa y en qué medida. Para ello, en relación con la libre empresa, hay que analizar dos elementos fundamentales: su soporte fáctico y su contenido esencial.

Como señala Virgilio Alfonso Da Silva, el soporte fáctico de un derecho fundamental se refiere a la situación protegida por el dere-

18 Sobre el tema, véase: Alexy, R. (2008). Teoría de los Derechos Fundamentales, São Paulo: Malheiros, traducción Virgilio Alfonso da Silva, p. 103 y siguientes.
19 Sobre el tema, vea la preciosa lección de Silva, V. (2009) Derechos fundamentales - Contenido esencial, restricciones y eficacia, São Paulo: Malheiros, p. 44 y siguientes.

cho fundamental, es decir, cuál es el objeto de la protección otorgada por un determinado derecho fundamental.[20] Por otro lado, la idea de contenido esencial está vinculada a la protección mínima posible que debe proporcionar un derecho fundamental en las circunstancias del caso concreto, lo que implica la existencia de una prohibición de restricción completa, es decir, la prohibición de limitar un derecho fundamental de forma que aniquile su soporte fáctico.[21]

Según la doctrina, el soporte fáctico del principio de libertad de empresa es "toda actividad, ya sea considerada desde el punto de vista ideal o desde el punto de vista material, que funciona para garantizar el sustento de la vida de una persona".[22] En otras palabras, el principio en cuestión pretende proteger el derecho de los ciudadanos a ejercer y elegir cualquier profesión para extraer de ella los elementos necesarios para su sustento.

Además, la noción de libre empresa engloba tanto el llamado derecho de defensa como el derecho a exigir al Estado la prestación de un servicio. Ello se debe a que es intrínseco al principio de libre empresa tanto el deber del Estado de abstenerse de imponer obstáculos indebidos al ejercicio de un determinado oficio como el derecho de los ciudadanos a exigir al Estado que les garantice la formación necesaria para ejercer el oficio deseado.

Sin embargo, como principio que es, la libre empresa no es una regla que tenga una aplicación binaria, exactamente como ya he dicho. Por lo tanto, no todas las profesiones pueden ser elegidas y ejercidas al máximo. Habrá casos en los que se pueda imponer alguna forma de restricción al ejercicio de determinada profesión (como es el caso de la necesidad de autorizaciones previas, prevista en el inciso XIII del artículo 5º y en el párrafo único del artículo 170, ambos de la Constitución Federal), incluso cierta interdicción al ejercicio de determinada actividad. Por lo tanto, es imperativo determinar cómo encontrar un criterio para restringir la incidencia del principio de libre empresa y hasta qué punto puede producirse dicha restricción.

Una vez más, para ello es necesario recurrir a la llamada teoría de los principios. Tal y como estableció el Tribunal Constitucional alemán en la famosa Sentencia de Farmacia (Apotekenurteil, BVerfG 7, 377)[23], los criterios de restricción de los derechos fundamentales deben obedecer al llamado postulado de proporcionalidad[24], según el cual una restricción impuesta sólo puede darse en caso de conflicto entre principios y debe obedecer siempre a un criterio de tres niveles: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En consecuencia, dado que los principios son mandatos de optimización y, por tanto, exigen su aplicación en la mayor medida posible, sólo puede producirse una restricción en caso de conflicto entre principios, limitando uno para potenciar el otro, en la medida tolerada por la proporcionalidad.[25]

En este sentido, en cuanto a la adecuación, se trata de un ejercicio de evaluación en cuanto a la adecuación de la restricción impuesta a la finalidad perseguida (es decir, la

20 Sobre el tema, véase: Afonso Da Silva, V. Derechos fundamentales - Contenido esencial, restricciones y eficacia, p. 65 y siguientes.

21 Sobre este tema, véase: IPSEN, J. (2005). Staatsrecht II. 8. ed. Múnich: Luchterhand, p. 56-58.

22 Jarass, H. D. / Pieroth, B. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10ª edición.

23 "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (BVerfG) estableció en 1958 una dicotomía del programa de análisis. La revolucionaria decisión farmacéutica es realmente el punto de nacimiento del Principio de Proporcionalidad. El elemento fundamental es la prueba de control. El principio exige -en definitiva- que la restricción de un derecho fundamental tenga un fin legítimo y tenga como medio para alcanzarlo medios adecuados, necesarios y proporcionados". Cf. Berkemann , J. (2018). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit - Bericht über den "State of the Art", en Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), pp. 741 y ss, Colonia: Carl Heymanns, 2018.

24 El postulado de la nomenclatura, que me parece muy pertinente, es adoptado por Ávila, H. Teoría de los principios - De la definición a la aplicación de los principios jurídicos, 14ª ed.

25 Como menciona Afonso Da Silva, V. cuanto más amplio se considere el soporte fáctico de los principios, mayor será la posibilidad de que surjan conflictos entre los distintos principios. Cf. Derechos fundamentales - Contenido esencial, restricciones y eficacia, p. 164 y siguientes.

protección de otro derecho fundamental). En otras palabras, hay que preguntarse si, al adoptar una determinada restricción, se logrará o no el objetivo buscado.

Además, en cuanto al examen de necesidad, es necesario verificar si la restricción impuesta es efectivamente exigible a la luz de las circunstancias del caso concreto. Es decir, no basta con que la restricción sea una medida restrictiva adecuada, sino que es imprescindible que las circunstancias del caso requieran realmente su adopción.

Por último, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, está la valoración de la corrección de la medida adoptada, entendiendo como correcta aquella que contiene la menor restricción posible a un determinado derecho fundamental para satisfacer otro. Es decir, no basta con que la medida sea adecuada y necesaria, sino que es fundamental que sea lo menos gravosa y lo menos intensa posible. Si la medida es más intensa de lo que exigen las circunstancias específicas, la medida será ilegal.

En esta línea, al analizar el derecho fundamental a la libre empresa, las restricciones son posibles cuando existe un conflicto entre este derecho fundamental y otro, observando siempre el principio de proporcionalidad. Cualquier medida restrictiva impuesta sin respetar el postulado de la proporcionalidad vulnerará el contenido esencial del derecho fundamental y, por tanto, será jurídicamente impugnable. Esto es así porque la definición precisa de este contenido esencial dependerá de la ponderación que se realice en función de la proporcionalidad de la restricción que se le imponga.[26]

Avanzando en este importante análisis teórico, me parece evidente -pero necesario de constatar- que la extensión práctica del derecho fundamental de libre iniciativa será determinante para la libre competencia. Vale la pena decir: cuantas menos restricciones se impongan al derecho fundamental de libre iniciativa de los agentes económicos, mayor será la competencia entre ellos; por el contrario, obviamente, cuanto más intensa sea la restricción impuesta al derecho fundamental de libre iniciativa, más restringida será la competencia. Por lo tanto, existe una correlación directa entre la libre empresa y competencia.[27]

Pues bien. Una vez hechas estas observaciones preliminares, es necesario vincularlas a la noción de servicio público.

Como es sabido, en el Estado contemporáneo, la fuente primaria de las obligaciones del Estado hacia sus ciudadanos es el conjunto de derechos fundamentales existentes en el respectivo Texto Constitucional. Esto ocurre porque estos derechos impondrán al Estado el deber de abstenerse, en el caso de los llamados derechos defensivos, o impondrán al Estado el deber de actuar objetivamente, proporcionando a los ciudadanos algún tipo de prestación, en el caso de los llamados derechos fundamentales de estatus positivo o mixto.

En el análisis específico de estos últimos derechos fundamentales, habrá una disposición estatal positiva destinada a garantizarlos. Esta disposición puede consistir en una forma de protección social, como en el caso del derecho a la seguridad social, o en una actividad formal proporcionada por el Estado. Esto último es precisamente lo que ocurre en relación con los servicios públicos.

No por otra razón, me parece correcto volver a exponer mi definición de servicio público, según la cual:

"los servicios públicos son obligaciones positivas impuestas al Estado por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de los derechos fundamentales que exigen que el Estado actúe positiva y materialmente en el orden eco-

26 Cf. Ipsen, J.. Staatsrecht II, p. 58.

27 Véase: Jarass, H. D. / Pieroth, B. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, pp. 320-321.

nómico para prestar un determinado servicio o, al menos, para garantizar su prestación".[28]

Por lo tanto, la prestación de servicios públicos está siempre anclada a la satisfacción de un determinado derecho fundamental. Esto implica que toda institución de un servicio público con el fin de satisfacer un derecho fundamental implicará una cierta restricción del derecho fundamental a la libre empresa, en la medida en que autorizará la entrada del Estado (o del Estado actuando en su nombre) en un mercado determinado, reduciendo así el espacio para los agentes privados.[29]

Sin embargo, será necesario identificar qué parte de esta restricción es admisible a la luz de las circunstancias del caso concreto. Esto se debe a que, dado que la acción del Estado está destinada a satisfacer un derecho fundamental, prima facie, debe considerarse constitucional.[30] Sin embargo, debe investigarse y determinarse la intensidad de la restricción del derecho fundamental a la libre empresa que supondrá dicha acción.

Aquí es donde la disociación entre los servicios públicos y los monopolios se hace aún más necesaria.

Además, siguiendo la vieja y anticuada noción de asociación necesaria entre servicios públicos y monopolios, se admitiría el absurdo de que la intensidad de la restricción al derecho fundamental de libre empresa en cualquier caso de un servicio público podría importar la aniquilación completa del derecho fundamental en cuestión sin ninguna forma de contraprestación. Es decir, se admitiría que la satisfacción de un determinado derecho fundamental admite, en todo caso, la supresión del contenido esencial de otro servicio público, lo que constituye un absurdo total, evidente y flagrante.[31]

Adoptando las premisas que expuse al principio de este capítulo, la actual configuración jurídica de los servicios públicos prohíbe cualquier forma de asociación automática entre estos servicios y cualquier forma de exclusividad o monopolio. Sin embargo, hay que ir más allá: no sólo se prohíbe esta asociación, sino que hay que ponderar la restricción impuesta al derecho fundamental a la libre empresa con el propósito de establecer un servicio público.

A este paso, el derecho fundamental a la libre iniciativa sólo puede restringirse de forma proporcional a lo necesario para garantizar la prestación efectiva de un determinado servicio público. Esto se debe a que, como es bien sabido, para que los servicios públicos se ofrezcan a toda la población (es decir, con universalidad), de forma accesible (es decir, asequible) y continua (es decir, con continuidad)[32], a menudo no es posible obtener el rendimiento financiero esperado para la generalidad de las actividades económicas.

En línea con el irreprochable pensamiento de SIMONE TORRICELLI, los servicios públicos suelen tener una lógica más jurídica que econó-

28 Véase mi obra La libre empresa en los servicios públicos, p. 137.

29 Cf. SchneideR, JP. (2007). The State as an Economic Subject and Economic Steering Agent, traducido por Vitor Rhein Schirato, Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte: Fórum, año 5, nº. 18, abr./jun., p. 203.

30 Cf. Badura, P. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 3ª edición.

31 Llegados a este punto, es necesario incluso un comentario sobre los monopolios constitucionales. Como señala Santos de Aragao, A. el artículo 177 de la Constitución Federal opera una verdadera preponderancia entre los derechos fundamentales, optando por restringir la libre iniciativa con enorme intensidad a la luz de la satisfacción de otros derechos fundamentales (sobre el tema, véase: La "supremacía del interés público" en el advenimiento del Estado de Derecho y en la hermenéutica del derecho público contemporáneo, en Sarmento, D. (org.) Intereses públicos versus intereses privados: Deconstruyendo el principio de la supremacía del interés público, Río de Janeiro: Lumen Júris). Sin embargo, desde esta perspectiva, me parece que el artículo 177 sólo podría considerarse plenamente constitucional (teniendo en cuenta la primacía de los derechos fundamentales) tras su reforma por la Enmienda Constitucional nº 9/95, pues me parece que sólo en el caso de la industria nuclear sería proporcional tal restricción a la libre empresa.

32 Como ya he consignado, la universalidad, la continuidad y la modicidad de las tarifas son las obligaciones legales que califican y diferencian los servicios públicos de otras actividades económicas. Sobre este tema, véase mi obra La libre empresa en los servicios públicos, p. 239 y siguientes.

mica, pues su existencia está condicionada a la satisfacción de ciertos derechos fundamentales, lo que puede alejar la simple rentabilidad económica de la centralidad de la razón de ser de la prestación de los servicios públicos.[33]

En este paso, la libre competencia (con un menor grado de restricción del derecho fundamental a la libre empresa) puede ser un valioso instrumento para lograr los fines de los servicios públicos, permitiendo la plena satisfacción de los derechos fundamentales subyacentes, pero también puede ser algo sumamente pernicioso, haciendo inviable la prestación de los servicios en cuestión y, por tanto, la satisfacción de tales derechos fundamentales.[34]

Así, el derecho fundamental a la libre empresa debe sopesarse y equilibrarse con el derecho fundamental a estar satisfecho con la prestación de un determinado servicio público. En la medida en que los fines de un servicio público puedan alcanzarse con restricciones mínimas al derecho a la libre empresa, debe existir una estructura de mercado del respectivo servicio público con pocos obstáculos; de lo contrario, en la medida en que los fines de un servicio público se vean amenazados por la existencia de varios prestadores, debe existir una restricción más intensa al derecho fundamental a la libre empresa, respetando la proporcionalidad y sus estratos (es decir, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Con esto, afirmo sin temor a equivocarme que el derecho fundamental a la libre iniciativa se aplica a los servicios públicos; la idea de que el servicio público implica la supresión de la libre iniciativa por cualquier forma de exclusividad estatal es completamente errónea. Incluso es posible que haya supresiones, pero su imposición debe depender siempre de una ponderación que encuentre la proporcionalidad entre los fines perseguidos con el servicio público y la máxima preservación posible de la libre empresa.[35]

III. EL TRANSPORTE INTERESTATAL E INTERURBANO DE PASAJEROS

Una vez resueltas en la sección anterior las consideraciones sobre el concepto de servicio público y su correlación con la libre iniciativa y competencia, me centraré ahora en los casos concretos del transporte interestatal e interurbano de viajeros para analizar (i) el concepto de estas actividades, (ii) su régimen jurídico y (iii) los requisitos normativos aplicables a la luz de los derechos fundamentales que eventualmente puedan colisionar.

Sin embargo, preliminarmente, es necesario analizar cómo se constituye el servicio de transporte de pasajeros interestatal e interurbano a la luz de la estructura constitucional federativa de Brasil. Esto es así porque, como es intrínseco a todo Estado federal, existe una distribución objetiva de competencias entre los entes federados que, evidentemente, puede implicar la existencia de regímenes normativos distintos.

En este paso, resulta pertinente reflexionar sobre el caso de los servicios colocados bajo la competencia de la Unión Federal y los servicios colocados bajo la competencia de los Estados, teniendo claro que no hay competencia municipal en la materia que se discute por la razón obvia de que no hay manera de que haya tal competencia en relación con un servicio que necesariamente involucra a más de un Municipio y, por lo tanto, trasciende los límites del interés local determinado por el artículo 30, inciso V de la Constitución Federal.

1. Transporte interestatal de competencia federal

33 Sobre el tema, véase: Torricelli, S.. Il mercato dei servizi di utilità pubblica, p. p. 328-329.

34 De nuevo, sobre el carácter instrumental de la competencia en los servicios públicos, véase: Torricelli, S. Il mercato dei servizi di utilità pubblica, p. 297 y ss.

35 Sobre el tema, vea la lección magistral de Ziani, S. (2015) Du service public à l'obligation de service public, París: LGDJ, p. 234 y ss.

En los términos del artículo 21, inciso XII, línea "e" de la Constitución Federal, la Unión Federal es responsable de explorar, directamente o a través de concesión, permiso o autorización "los servicios de transporte interestatal e internacional de pasajeros por carretera". En consecuencia, existe una competencia expresa de la Unión Federal en el caso de los servicios analizados, que es la relativa a los servicios interestatales o internacionales.

El punto de partida de la disertación que ahora emprendo es desacreditar un entendimiento común pero muy equivocado, que es aquel según el cual las actividades enumeradas en el punto XII del artículo 21 de la Constitución Federal serían, por fuerza constitucional, servicios públicos. Aunque hay varias voces que apoyan esta interpretación, es, en mi opinión, un craso error.

En primer lugar, este entendimiento me parece erróneo porque ve en el Texto Constitucional palabras que no existen en él (como parece ser la práctica común de la doctrina brasileña). En ningún momento la fracción XII del artículo 21 de la Constitución Federal utiliza el término servicio público. Se limita a enumerar determinadas actividades que, por sus condiciones específicas, invocan algún tipo de competencia reguladora de la Unión Federal.

El hecho de que los instrumentos de concesión, permiso y autorización estén incluidos en el punto XII no atrae, necesariamente, el régimen de servicio público. Incluso porque el régimen normativo elegido puede implicar la existencia de concesión, permiso o autorización de otros objetos además del servicio público, como, por ejemplo, el patrimonio público.[36]

En segundo lugar, siguiendo la argumentación presentada anteriormente, el hecho de que el punto XII del artículo 21 de la Constitución Federal establezca la autorización como posible instrumento de regulación de las actividades allí enumeradas es, per se, suficiente para descartar inmediatamente la incidencia automática del régimen de servicio público. Esto se debe a que, como es bien sabido, la autorización no se presta para delegar un servicio público, ya que es un título habilitante que no existe en el caput del artículo 175 de la Constitución Federal, que, como ya se ha señalado, disciplina constitucionalmente el servicio público en Brasil.

Como he tenido ocasión de afirmar en otras ocasiones, la autorización contenida en el subpunto XII del artículo 21 de la Constitución Federal es una calificación que resulta útil para las actividades sujetas a algún grado de regulación, en relación con las cuales existe algún tipo de control sobre la entrada de agentes en un determinado mercado.[37] Su exclusión del caput del artículo 175 de la Constitución Federal no es aleatoria; es expresa en el sentido de que los servicios públicos no pueden ser delegados (es decir, utilizar la contratación de la colaboración privada para el cumplimiento de una obligación estatal) mediante autorización. Sin duda, esto tiene otros propósitos.

Y, en tercer y último lugar, porque el Tribunal Supremo Federal ya ha decidido que no todas las actividades enumeradas en el punto XII del artículo 21 de la Constitución Federal son servicios públicos. En otras palabras, aunque uno no esté de acuerdo con los dos argumentos presentados anteriormente, debe ceder ante el principal intérprete de la Constitución Federal.[38]

36 Este es el caso concreto de la concesión y autorización de uso de bienes públicos para fines de generación hidroeléctrica existente en la Ley nº 9.074, de 7 de julio de 1995, y en la Ley nº 9.427, de 26 de enero de 1996. Se trata de actividades incluidas en el punto XII en discusión (línea "b"), pero que por disposición legal expresa no están sujetas al régimen de servicio público y que utilizan la concesión y la autorización de uso de bienes públicos como instrumentos de regulación.

37 Sobre el tema, véase mi obra La libre empresa en los servicios públicos, p. 311 y siguientes, así como mi obra ¿Aeropuertos privados? Una relectura del instituto de la autorización y su aplicación actual en el derecho administrativo brasileño, en Zamora Ortiz, L. (coord.) (2019). Anuario Iberoamericano de Regulación - Hacia una regulación inteligente, Bogotá: Externado, p. 155 y ss.

38 Véase, en este sentido, el RE-220.999-PE, juzgado el 25 de abril de 2000 y relatado por Marco Aurélio Mello, cuyo

Además, por si los argumentos anteriores no fueran suficientes, no puede dejar de mencionarse el artículo 184 de la Constitución Federal, en virtud del cual los servicios de transporte estarán sujetos a un ordenamiento estatal, lo que denota mucho más una regulación bajo el prisma de la ordenatio, que la imposición de un régimen de servicio público, lo que hace evidente que se trata de una actividad privada regulada de forma mucho menos intensa.[39]

En este sentido, una vez que queda claro que las actividades enumeradas en el punto XII del artículo 21 de la Constitución Federal no siempre son servicios públicos, es necesario determinar el régimen al que están sujetos. Para obtener la respuesta a esta pregunta, siempre será fundamental analizar la ley que regula cada actividad. Esto es así porque, a la luz del postulado de proporcionalidad, puede ser el caso de la institución de un régimen de servicio público, y también puede ser el caso de formas de regulación menos intensas, en la medida en que la institución del servicio que se discute es innecesaria para los fines previstos.

Y así, en el caso concreto del transporte interestatal de viajeros, hay que señalar que (i) ha habido un cambio reciente en el tratamiento legislativo de la materia y (ii) existe una dualidad de régimen para la actividad, según su región de incidencia, como se deduce claramente de las disposiciones de la legislación aplicable.

Actualmente, la actividad en cuestión se rige por la Ley Federal nº 10233 del 5 de junio de 2001. Originalmente, este diploma normativo aplicaba a la actividad de transporte interestatal de pasajeros, independientemente de su incidencia, un único régimen de servicio público. Esto se debe a que, si bien no hubo el uso expreso del término servicio público para calificar la actividad, se utilizó el título habilitante de permiso[40], precedido de licitación y con un intenso control tarifario, elementos claramente desencadenantes del régimen de servicio público, ex artículo 175 de la Constitución Federal.

Sin objeciones, mediante la Ley Federal nº 12.815 de 5 de junio de 2013 (la llamada Ley de Puertos), se modificó lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 10.233/2001 para segregar el transporte interestatal e internacional por carretera del transporte interestatal semiurbano por carretera. Como se desprende claramente de la redacción actual de la Ley 10233/2001, los primeros fueron retirados del régimen de servicio público, mientras que los segundos permanecieron bajo ese régimen.

La razón es obvia, el transporte semiurbano tiene las mismas características del transporte urbano colectivo de pasajeros, el cual, por fuerza del inciso V del artículo 30 de la Constitución Federal, está expresamente sometido al régimen de servicio público.[41] Por otro lado, el transporte interestatal por carretera no semiurbano y el transporte internacional tienen características completamente dife-

resumen dice (in verbis): "(1) Objeción preliminar: Procesal. Error en la calificación jurídica de los hechos. Precedente 279/STF desestimado. (2) Mérito: Constitucional. Acción por daños y perjuicios. Art. 37, § 6o, CF. Responsabilidad objetiva del Estado. No hay manera de extraer de la Constitución la obligación de la Unión de ofrecer transporte fluvial a las empresas situadas en las riberas de los ríos. La suspensión de la actividad no constituye una ofensa al deber o al derecho. RECONOCIDO y proporcionado".

39 Aunque no estoy de acuerdo con todos los argumentos, por lo completo de la exposición, véase, sobre la distinción entre ordenatio y servicio público, Santos de Aragão, A. Ley de Servicios Públicos, p. 191 y siguientes.

40 La configuración actual de los permisos de servicio público es un tema muy controvertido. Aunque parte de la doctrina aún se refiera al eventual carácter precario y discrecional, me parece evidente que el artículo 175 de la Constitución Federal y, principalmente, el artículo 40 de la Ley Federal nº 8.987, de 13 de febrero de 1995, trajeron una enorme aproximación entre la concesión y el permiso de servicio público, por lo que, sustancialmente, parece correcto utilizar ambos instrumentos de forma equitativa. Sobre el tema, consulte mi obra La libre iniciativa en los servicios públicos, p. 303-305.

41 El transporte semiurbano es competencia de la Unión Federal porque se trata de casos específicos de situaciones muy excepcionales, a saber, la región metropolitana de Teresina (PI), instituida por la Ley Federal Complementaria nº 112 de 9 de septiembre de 2001, que engloba Municipios de los Estados de Piauí y Maranhão, y la Región de Desarrollo Integrado del Distrito Federal y Entorno, creada por la Ley Complementaria nº 94 de 19 de febrero de 1998, que engloba el Distrito Federal y Municipios de Goiás y Minas Gerais. En ambos casos, hay regiones metropolitanas que atraviesan el territorio de más de un Estado, invocando una competencia de la Unión Federal.

rentes, no teniendo sentido que se sometan al régimen de servicio público.

Por lo tanto, la actividad que me ocupa - es decir, el transporte interestatal de pasajeros por carretera sin carácter semiurbano - no está sujeta al régimen de servicio público; es simplemente una actividad regulada por el Gobierno Federal, a través de la Agencia Nacional de Transporte Terrestre (ANTT).[42]

Esto se debe a que, como lo señala expresamente el artículo 43 de la Ley 10.233/2001, la actividad en cuestión, al ser explorada bajo el régimen de autorización, tiene las siguientes características: "I. no requiere de licitación; II. se ejerce a precios libres por servicios, tarifas y fletes, y en un ambiente de libre y abierta competencia; III. no establece un plazo de vigencia o término final, extinguiéndose por su plena vigencia, por renuncia, anulación o revocación".

Este precepto es especialmente importante porque aporta algunas notas muy relevantes sobre la formación del mercado analizado, a saber: (i) no hay limitación en el número de agentes que entran, por lo que no se aplica el deber de ofertar; (ii) hay una determinación expresa de la existencia de libre competencia; y (iii) no hay fecha de caducidad de los documentos de habilitación, pudiendo los agentes optar por entrar o salir a su conveniencia.

A pesar de haber la Ley 12.815/2013 cambiado profundamente el régimen regulatorio del transporte interestatal de pasajeros por carretera, la regulación infra legal mantuvo, en esencia, una estructura muy similar a la contenida en el Decreto Federal nº 2.521, del 20 de marzo de 1998, que regulaba la materia incluso antes de la creación de la ANTT. Esto es así porque, según el decreto en cuestión, existían dos regímenes distintos de servicios de transporte de exploración y referidos: regular y chárter, este último, a su vez, dividido entre continuo, ocasional y turístico, lo cual es muy similar a la estructura incorporada por las actuales normas de la ANTT que disciplinan el tema, la Resolución ANTT Nº 4.770, del 25 de junio de 2015, y la Resolución ANTT Nº 4.777, del 6 de julio de 2015.

Como se desprende de estas últimas normativas, existen servicios de transporte regular, que ya no están sujetos al régimen de servicio público, sino que cuentan con horarios e itinerarios fijos, incluyendo el establecimiento de frecuencias mínimas por parte de la ANTT. Y hay servicios de chárter, todavía divididos entre turísticos, ocasionales y continuos, con regulaciones muy similares a las que existían antes de la llegada de la Ley 12.815/2013.

De ahí que llegue a una conclusión de gran relevancia: el régimen actualmente inscripto por la ANTT para el transporte interestatal de pasajeros no se condice con lo determinado por la Ley 10.233/2001, modificada por la Ley 12.815/2013.

Bajo la égida del régimen anterior, el sector estaba formado por agentes que actuaban en régimen de competencia, con asimetría de regímenes jurídicos. Esto se debe a que el régimen de servicio público (permisos) competía en cierta medida con el régimen de fletamento, pero con la sujeción a normas jurídicas diferentes, ya que había una intensidad regulatoria mucho mayor en relación con los licenciatarios de servicio público que con los autorizadores de fletamento.

En este sentido, era plenamente razonable y, sobre todo, proporcional que existieran restricciones a los fletadores, limitando su entrada y participación en el mercado, ya que no estaban sujetos al límite tarifario impuesto a los permisionarios, ni a la regulación existente del servicio público. Por otro lado, desde el momento en que el artículo 43 de la Ley 10.233/2001 pasó a ser aplicable a todos los agentes, la asimetría de regímenes existente era totalmente desproporcionada, ya que no existía ninguna forma de regulación tari-

42 Véase, entre otras, la siguiente sentencia del Tribunal Federal de Cuentas (TCU): Sentencia nº 2.246/2019, dictada por el Pleno del TCU en el examen de la causa nº 003.183/2006-1, en sesión del 18/09/2019, acta nº 36/2019

faria ni de limitación a la entrada de agentes en ninguno de los mercados (regular y chárter).

Por tanto, limitar el tipo de actividad que se puede desarrollar a través del chárter es crear un beneficio de mercado totalmente injustificado para los autorizadores de servicios regulares, ya que no existe ninguna limitación por ley a la entrada de agentes competidores en el mercado. Es decir, es plenamente posible que los agentes ingresen a la actividad de fletamento, realizando competencia directa y plena a los autorizadores de servicios regulares, pues así lo determina expresamente el artículo 43, inciso II, de la Ley 10.233/2001.

Como ya he explicado en la sección II, cualquier restricción que se pueda imponer a la libre empresa depende de un examen de proporcionalidad. En este camino, en el régimen anterior al cambio operado por la Ley 12.815/2013, podía[43] incluso tener algún sentido la restricción a la libre empresa, en la medida en que existía una limitación económica a lo que podían ganar los permisionarios por la prestación de sus servicios, y una competencia plena podía hacer inviable la actividad de estos agentes.

Sin embargo, la situación actual es diametralmente opuesta. Una vez eliminada la limitación de la remuneración en la ley, implantando un sistema de libertad de remuneración y libertad de competencia, deja de tener sentido una asimetría normativa que impida la plena competencia. Ya no hay ninguna razón legal para restringir el derecho fundamental a la libre iniciativa, ya que desaparece cualquier indicio de adecuación y necesidad.

Volviendo a lo que ya he dicho, el derecho fundamental a la libre empresa sólo puede restringirse en el caso de la existencia de un servicio público en la medida en que exista un conflicto entre el derecho fundamental a la satisfacción de la prestación de dicho servicio y la libre empresa. En cuanto se elimina el régimen de servicio público de una actividad, es más que evidente que este conflicto deja de existir. Por tanto, no es razonable hablar de una restricción a la libre iniciativa para garantizar los fines de un servicio público.

Me parece claro que la existencia de una regulación de itinerarios y horarios para los servicios regulados -aunque se añada a un control de frecuencias- no justifica ninguna restricción al derecho de libre iniciativa de los demás agentes, ya que no hay límite a la remuneración del agente obligado a cumplir los horarios y los itinerarios.

El argumento general de que la carga que soportan las empresas autorizadas con la gratuidad establecida por la Constitución Federal y las leyes especiales (como la aplicable a las personas mayores, basada en el artículo 230 de la Constitución) exige subvenciones cruzadas me parece totalmente infundado. Y la razón es obvia: no hay control de los valores máximos de remuneración, ya que está en vigor la libertad tarifaria. Evidentemente, las subvenciones cruzadas exigen unos límites máximos de recaudación, para transferir de un usuario (o grupo de usuarios) a otro la carga de disfrutar de la actividad.

Tanto es así que el Supremo Tribunal Federal y el Tribunal Superior de Justicia denegaron las pretensiones de las empresas de transporte de larga distancia que solicitaban la suspensión de la gratuidad para los ancianos prevista en el Estatuto del Anciano (Ley Federal nº 10.741, de 1 de octubre de 2003), bajo el argumento (entre otros) de que cualquier desequilibrio tendría que ser probado y no sólo alegado, lo que no ocurrió en ninguna de las ocasiones mencionadas. En otras palabras, la tesis de que las gratificaciones, per

43 Utilizo el tiempo futuro aquí porque no se puede asumir la proporcionalidad sin un examen completo de la situación. Es decir, para afirmar que la restricción impuesta a la libre empresa sería proporcional, sería necesario un examen más detallado de la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, dado que, en este punto, sólo sería posible un examen de adecuación (es decir, es adecuada una limitación de esta naturaleza a la luz del control arancelario existente).

se, implican desequilibrio y, por tanto, exigen acciones públicas especiales no fue aceptada en los tribunales superiores del país por falta de pruebas concretas de sus efectos.[44]

Siguiendo lo que me parece claro en cuanto al concepto y papel de las autorizaciones en el actual Derecho Administrativo brasileño, este título habilitante, en el transporte interestatal de pasajeros por carretera, no se convierte en una regulación del mercado per se, sino en una regulación de la calidad y seguridad de los servicios, en beneficio de los pasajeros, ya que no existen barreras de entrada en el mercado ni grandes restricciones dentro del mismo.

Por lo tanto, me parece incuestionable afirmar que el régimen actual de las Resoluciones 4770/2015 y 4777/2015 de la ANTT es inconstitucional e ilegal. Inconstitucional por contemplar una restricción totalmente carente de proporcionalidad a la libre iniciativa e ilegal por ser totalmente discordante con el nuevo régimen inserto en la Ley 10.233/2001, tras el advenimiento de la Ley 12.815/2013.

El mercado del transporte interestatal de pasajeros por carretera es completamente abierto y sin ninguna incidencia del régimen de servicio público. Por tanto, la única diferencia entre regímenes es la que consiste en la fijación de horarios e itinerarios para unos y no para otros, sin que ello implique ninguna forma de restricción a la competencia. Además, en virtud de la Ley 10.2233/2001, el único objetivo viable de la regulación de la ANTT es la protección de la posición del consumidor, especialmente en materia de seguridad. Cualquier otra es simplemente ilegal.

i. El caso del chárter

Dentro de la regulación federal del transporte interestatal, no puede dejar de mencionarse el sistema de fletamento, traído por la Resolución ANTT 4.777/2015. Como ya se dijo, dicha norma fue editada en el ámbito de la nueva regulación del transporte interestatal de pasajeros, resultante del advenimiento de la Ley 12.815/2013. Sin embargo, es una norma con graves defectos de legalidad y constitucionalidad, como ya he adelantado.

En líneas muy generales, la Resolución 4.777/2015 mantiene la misma estructura normativa existente antes de la modificación de la Ley 10.233/2001 por la Ley 12.815/2013. Esto se debe a que mantiene el fletamento como una forma de transporte privado, operado con asimetría regulatoria en relación con los servicios regulares. Sin embargo, al disciplinar esta asimetría regulatoria, mantiene una barrera de mercado inaceptable tras la liberalización determinada por la Ley 12.815/2013.

Según se infiere del texto de la Resolución ANTT 4.777/2015, el fletamento es una actividad de transporte realizada en interés específico de un determinado grupo de personas, con carácter continuo, ocasional o turístico. Continuo es el que determina el transporte de un grupo de personas unidas por un interés común (empleados de una misma empresa, profesores o alumnos de una misma institución, etc.), con ciertos horarios y regularidad. Los ocasionales y turísticos son los que transportan a un determinado grupo de personas en el llamado "circuito cerrado", es decir, en las mismas rutas de ida y vuelta, en el mismo vehículo y con el mismo grupo de personas.

Existe, por tanto, una flagrante limitación a la entrada de personas en el mercado del transporte interestatal de viajeros, ya que sólo pueden ofrecer esta actividad de transporte aquellas que (i) posean una habilitación para el transporte regular; (ii) ofrezcan fletamento continuo; o (iii) operen en circuito cerrado en el transporte ocasional o turístico. En cuanto a las modalidades descritas en (i) y (ii), no hay mucho que comentar, ya que son formas comunes de transporte y exigen cierto grado de control público. El gran inte-

44 Ver, sobre este asunto, el Recurso Especial nº 1.054.390/DF, informado por la Min. Denise Arruda y juzgado el 19 de noviembre de 2009, así como el ADI nº 3.768-4/DF, informado por la Min. Carmén Lúcia y juzgado el 19 de septiembre de 2007.

rrogante surge en relación con (iii), porque existe una enorme barrera de mercado, totalmente injustificada a la luz de la liberalización perpetrada por la Ley 12.815/2013.

Como ya he mencionado, cuando un régimen de servicio público se instituye para satisfacer un determinado derecho fundamental, las limitaciones al derecho fundamental de libre empresa son aceptables, siempre que sean adecuadas, necesarias y proporcionales en relación con los fines del servicio público (es decir, el derecho fundamental a la satisfacción de la prestación de dicho servicio).

En el caso que nos ocupa, en cambio, existía la opción de liberalizar la actividad, abandonando el régimen de servicio público e instaurando una simple regulación ordenada.[45] A este respecto, cualquier restricción que pueda imponerse al derecho fundamental a la libertad de empresa depende de un examen de proporcionalidad realizado a la luz de criterios completamente diferentes de los aplicables en el caso de la existencia de un servicio público.

Como se desprende del texto de la fracción XIII del artículo 5 y del párrafo único del artículo 170, ambos de la Constitución Federal, es perfectamente posible que existan restricciones al derecho fundamental de libre empresa (que, por cierto, es de la esencia de los derechos fundamentales, dada la amplitud de su soporte fáctico). Así, incluso ante la liberalización promovida por la Ley 12.815/2013, es posible que exista alguna restricción a la entrada en el mercado.

La cuestión que se planteará ahora se refiere al conflicto entre derechos fundamentales que puede surgir, dando lugar a un proceso de ponderación para obtener la mayor optimización de los mandatos normativos. De nuevo, en el caso de la existencia de un servicio público, el conflicto potencialmente existente es entre la libre empresa y los fines del servicio público, basados en la satisfacción de otro derecho fundamental. Sin embargo, en ausencia del régimen de servicio público, se determina que el régimen regulador del servicio público no es necesario para la garantía de un determinado derecho fundamental, lo que conlleva la necesidad de ponderar ya no entre la libre empresa y los fines del servicio público, sino eventualmente entre la libre empresa y otro derecho fundamental que pueda existir.

En esta línea, analizando la cuestión del transporte interestatal, me parece claro que el único conflicto posible entre derechos fundamentales puede darse entre la libre empresa y el derecho a la vida, residiendo concretamente en la necesidad de garantizar la seguridad física de los pasajeros.

Aquí es donde se pone de manifiesto la total falta de proporcionalidad entre el régimen normativo del fletamento y la restricción impuesta a la libre empresa. No tiene sentido limitar el número de agentes en el mercado por el tipo de viaje realizado, y mucho menos exigir el llamado "circuito cerrado", ya que no es una medida adecuada, necesaria o proporcional en sentido estricto para garantizar la vida y la seguridad. Es una medida que restringe simple e injustificadamente la libre empresa.

Si la única restricción admisible a la libertad de empresa está relacionada con la vida y la seguridad, las medidas restrictivas deben ser adecuadas, necesarias y estrictamente proporcionales a esa finalidad, imponiendo, por ejemplo, obligaciones de matriculación previa de vehículos, sometimiento a inspecciones, etc. Nunca prohibiciones para entrar en el mercado y limitaciones al tipo de viaje realizado.

Por lo tanto, me parece que la regla del

45 Es importante recordar que el servicio público es un régimen normativo, instituido en función de los fines que pretende alcanzar, que hace posible la institución de otros regímenes menos intensos, si las condiciones de hecho lo permiten. Sobre el tema, consulte los siempre aplicables: Koenig, C.; Rasbach, W. (2004). Trilogía de los instrumentos de regulación complementarios: conexión a la red, desagregación y compensación, Die Öffentliche Verwaltung, vol. 17/2004, Stuttgart: Kohlhammer, p. 739

"circuito cerrado" es un verdadero absurdo constitucional. No se trata de una medida de restricción impuesta al derecho fundamental de la libre empresa destinada a la satisfacción de cualquier otro derecho fundamental, sino de una concentración de mercado absolutamente perniciosa a la luz de los artículos 5, XIII y 170 de la Constitución Federal.

Y, por si fuera poco, la ANTT emitió la Ordenanza 27/2022, que prevé la posibilidad de decomisar los vehículos que circulen en contra de lo establecido en la Resolución ANTT 4771/2015 o en la Resolución ANTT 4777/2015. Se trata de una inconstitucionalidad autoejecutable.

Como es bien sabido, la potestad autoejecutiva de la Administración Pública no es automática, sino que depende siempre de la autorización legislativa.[46] Sólo por esta información, la legalidad de la Ordenanza 27/2002 ya sería cuestionable, ya que es dudosa la existencia de una competencia de la ANTT de esta naturaleza en la Ley 10.233/2001, más aún si se tiene en cuenta la disposición en el único párrafo del Precedente nº 11, de fecha 02 de diciembre de 2021 del consejo de administración de la misma ANTT. Sin embargo, el mayor problema no me parece que sea éste; el problema inaceptable es que la autoejecutabilidad se basa en una inconstitucionalidad y una ilegalidad. Es sencillamente absurdo que una norma inconstitucional como la Resolución ANTT 4.777/2015 pueda tener autoejecutabilidad.

De nuevo, si el objetivo de la norma fuera la protección de la vida y la seguridad, se podría incluso aceptar que se tratara de una potestad de autoejecución, dado que la urgencia de la medida podría justificar, bajo el prisma de la proporcionalidad, la intensidad de la intervención estatal.

Sin embargo, esto no es un problema de seguridad. Es una reserva de mercado inconstitucional e ilegal. No hay ningún elemento de urgencia que pueda justificar una medida intensa y gravosa como la incautación de un vehículo. Esto es un absurdo autoritario y, por tanto, viola flagrantemente el principio de proporcionalidad.

2. Transporte intermunicipal de competencia de los Estados

Todavía en el análisis del régimen constitucional de distribución de competencias, hay que afirmar que parte de los servicios de transporte intermunicipal de viajeros está sujeta a la competencia de los Estados. Esta parte se refiere a los servicios que sobrepasan los límites territoriales de un municipio (ya sea interurbano), pero se limitan a los límites territoriales del mismo Estado.

Aunque no exista una disposición expresa sobre la competencia de los Estados, como la contenida en la citada línea "e" de la cláusula XII del artículo 21 de la Constitución Federal relativa a la Unión Federal, no cabe duda de que la atribución de los Estados existe. Esto se debe a que, a diferencia de lo que se verifica en relación con la Unión Federal y los Municipios, que deben tener sus competencias expresadas en el Texto Constitucional, los Estados tienen una competencia residual, siendo su atribución todo lo que no está expresamente asignado a otros entes federativos, según el § 1 del artículo 25 de la Constitución Federal.[47]

En este sentido, corresponderá a los Estados determinar la forma de regulación (o incluso de desregulación) de los servicios de transporte interurbano de viajeros por carretera en su territorio.

Nuevamente, como se verificó en relación con la Unión Federal, hay que subrayar que existen, en relación con los Estados, dos ser-

46 Sobre el tema, consúltese mi Repensar la pertinencia de las atribuciones de los actos administrativos, en Medauar, O.; (coord.) (2011). Los caminos del acto administrativo, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 135-136.

47 Sobre el tema, véase Afonso Da Silva, V. (2021). Derecho Constitucional Brasileño, São Paulo: EDUSP, p. 372 y siguientes.

vicios distintos de transporte interurbano de pasajeros por carretera: uno de carácter metropolitano y otro no metropolitano.

El transporte público intermunicipal de viajeros de carácter metropolitano es el que corresponde a los Estados en función de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 25 de la Constitución Federal y que se desarrolla en una región metropolitana[48] o en una aglomeración urbana[49], caracterizada por la unión territorial de más de un municipio, dando lugar a la existencia de funciones públicas de interés común. Teniendo en cuenta que el transporte público de pasajeros por carretera de carácter metropolitano es materialmente idéntico al previsto en el punto V del artículo 30 de la Constitución Federal, no me ocuparé de él en esta Sección, ya que es un servicio público por expresa determinación constitucional.

Por lo que me interesa en este estudio, me centraré en los servicios de transporte interurbano por carretera que no tienen características metropolitanas. Estos servicios consisten básicamente en conexiones entre distintos municipios de un Estado, con rutas y horarios fijados por el Poder Público. Comúnmente, estos servicios se dividen entre los dirigidos al público en general y los destinados a un público restringido, también llamados fletados.

Es evidente que, debido a la autonomía constitucional de los Estados, cada Estado de la Federación tiene su propia competencia para regular la forma de organización de los servicios en cuestión como le parezca más adecuado, según las características del respectivo territorio. Con ello, no hay obligación de adoptar el régimen de servicio público, ni ninguna forma de imposición del régimen liberalizado (al menos en teoría) de los servicios federales.

En este sentido, habrá Estados en los que los servicios de transporte interurbano de viajeros estarán sujetos al régimen de servicio público y, por tanto, sufrirán la incidencia de un régimen regulatorio mucho más intenso[50], mientras que en otros Estados estos mismos servicios podrán quedar fuera del régimen de servicio público, encontrando mercados más liberalizados como el que (en teoría) existe en el ámbito federal.

Me parece -sin perjuicio de las particularidades que puedan surgir y que escapan al ámbito de este estudio- que las principales diferencias entre los modelos de servicio público y de actividad regulada con menor intensidad serán: (i) la necesidad de un concurso público para acceder a la actividad en régimen de servicio público; (ii) la existencia de algún nivel de control tarifario en el servicio público; y (iii) la existencia de algún nivel de regulación del nivel de servicio, especialmente en lo que se refiere a la regularidad (horarios y frecuencia).

Sin embargo, aunque se pueda comprobar en algunos Estados la existencia de un régimen de servicio público con los deberes señalados, no parece posible cerrar el mercado a la competencia de otros agentes que operen fuera del régimen de servicio público.

Como sostuve en la segunda sección de este aporte, la existencia del servicio público no implica automáticamente ninguna forma de elusión de la libre iniciativa y competencia. Para que se impongan restricciones a la li-

48 En términos del punto VII del artículo 2 de la Ley Federal nº 13.089, de 12 de enero de 2015, las regiones metropolitanas se definen como (in verbis): "una unidad regional establecida por los Estados, mediante ley complementaria, constituida por una agrupación de municipios vecinos para integrar la organización, planificación y ejecución de funciones públicas de interés común".

49 En los términos del ítem I del artículo 2º de la Ley Federal nº 13.089/2015, las aglomeraciones urbanas se definen como (in verbis): "unidad territorial urbana formada por la agrupación de 2 (dos) o más municipios contiguos, caracterizada por la complementariedad funcional y la integración de dinámicas geográficas, ambientales, políticas y socioeconómicas".

50 Recurriendo a las siempre pertinentes lecciones de DANIEL NALLAR, el servicio público consiste en un régimen normativo que se impone a una actividad concreta para la consecución de unos fines determinados por el ordenamiento jurídico. Sobre el tema, ver: Regulación y Control de los Servicios Públicos - Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 155 y siguientes.

bre iniciativa, debe haber una ponderación, bajo el tamiz de la proporcionalidad, entre los fines del servicio público y las restricciones impuestas a la libre iniciativa.

Así, la libre empresa sólo puede restringirse cuando pueda amenazar de forma efectiva y demostrable la consecución de los fines del servicio público. En otras palabras, la libre iniciativa sólo puede restringirse cuando la competencia resultante de una pluralidad de agentes implique una amenaza para la viabilidad técnica o económica de la prestación del servicio, poniendo en peligro su propia continuidad.

Para que esto ocurra, no basta con que exista algún régimen regulatorio más intenso que el que se verifica en relación con la generalidad de las actividades económicas (como, por ejemplo, algún tipo de precio tope de remuneración o niveles de servicio), sino que es necesario que la competencia entre agentes en el mercado haga inviable la propia prestación, por ser deficitaria. Es un caso claro, por ejemplo, de servicios que requieren subvenciones internas (o cruzadas)[51] o externas (pagadas por el Poder Público) para garantizar su suministro.

Evidentemente, no parece ser el caso del transporte interurbano de pasajeros. Como es sabido, no existe una estructura de red y la fijación de los valores de las tarifas no presupone ninguna forma de subvención (interna o externa), principalmente porque no asigna el riesgo de la demanda al Poder Público. Para que haya subvención cruzada, es necesario tener en cuenta el riesgo de la demanda a la hora de fijar los valores de las tarifas, lo que no ocurre en el caso analizado.

La mera existencia de una regulación tarifaria, con limitaciones en cuanto a lo que el agente económico puede exigir por sus servicios, no es suficiente para impedir la competencia, ya que se refieren a precios máximos, que pueden ajustarse a las condiciones del mercado para hacer factible la competencia, como ocurre en varios otros sectores económicos donde hay servicios públicos.[52] Asimismo, la fijación de rutas y horarios no tiene una intensidad normativa que pueda amenazar la viabilidad económica de la actividad; es una obligación establecida mucho más para la protección del usuario que para gravar al prestador.

En consecuencia, me parece claro que la existencia del régimen de servicio público no impide en absoluto la competencia y, por tanto, puede justificar las restricciones a la libre iniciativa. Como dejé bien claro en la anterior manifestación, es perfectamente lícita y posible la competencia entre agentes económicos sujetos a regímenes jurídicos distintos.[53] Esta competencia sólo es inviable si el calibre de las obligaciones de servicio público puede implicar una desigualdad insoportable para el sometido al régimen de ese servicio, o si existe una estructuración del servicio en red, con subvenciones internas.

Al analizar la generalidad de los casos en los estados brasileños, ninguna de estas hipótesis se ajusta a la realidad. Los servicios se conceden en régimen de concesión, sin ninguna carga excepcional derivada del régimen de servicio público. Asimismo, no existe ninguna forma de subvención cruzada o externa, ya que las tarifas no se fijan en función del riesgo de la demanda, sino del coste estimado de la actividad.[54] La remuneración que recibe el proveedor es suficiente para mantener la actividad, por lo que parece evidente que la competencia es posible.

Imaginar lo contrario es utilizar el concepto de servicio público como escudo para de-

51 Por subvenciones internas o cruzadas entiendo las que paga un determinado grupo de usuarios a otro grupo de usuarios, según las diferentes regiones o la capacidad económico-financiera.

52 Sobre los mecanismos de regulación tarifaria, véase el magistral trabajo de Wallbach Schwind, R. (2010). Remuneración del concesionario, Belo Horizonte: Forum, p. 45 y siguientes.

53 Sobre el tema, véase mi obra La libre iniciativa en los servicios públicos, p. 288 y siguientes.

54 De nuevo, el tema de las gratificaciones fue objeto de varias demandas que no prosperaron, entre otras razones, por falta de pruebas de su impacto efectivo.

fender un monopolio ilegal e inexistente. Es aceptar que la libre iniciativa pueda ser objeto de restricciones sin ninguna forma de ponderación y sin ninguna aplicación del postulado de la proporcionalidad, lo cual es intolerable en la dinámica de los derechos fundamentales en el Estado contemporáneo.

Y, por último, cabe señalar que la licitación previa, cuando existe[55], no guarda relación con la existencia o no de competencia. El hecho de que se haya licitado un título habilitante, como regla general, determina simplemente que un determinado agente estará vinculado a las obligaciones y derechos (como la garantía de preservación del equilibrio económico-financiero del instrumento) inherentes al servicio público y que, por tanto, cualquier otro agente que actúe en el mismo mercado estará sujeto a otro régimen sin tales derechos y obligaciones. La licitación sólo implica cualquier forma de exclusividad cuando la competencia hace inviable la propia prestación del servicio público.

Por otro lado, en los casos en los que no existe un régimen de servicio público y, por tanto, prevalece la regla de un mercado más liberalizado, se puede hablar aún menos de una restricción a la libre iniciativa más allá de la mera regulación orientada a la protección del consumidor. Todos los argumentos que presenté en relación con el sector federal, en la sección III.1 anterior, se aplican aquí. En otras palabras, si no hay control de tarifas ni barreras de entrada relevantes, sólo se puede tolerar una barrera de entrada consistente en la necesidad de precauciones mínimas para la protección del consumidor.

En estos cuadrantes, puedo concluir, sin ningún temor, que no existe, desde el punto de vista jurídico, ningún obstáculo para que haya competencia en la prestación de los servicios de transporte interurbano de viajeros por carretera dentro de los Estados. La existencia de agentes sujetos al régimen de servicio público no elimina, en ninguna medida, la libre iniciativa y, por tanto, la competencia, salvo en las hipótesis (inexistentes en el caso concreto) de necesidad de subvenciones internas o externas o de extrema intensidad de las obligaciones de servicio público.

Como regla general, en la medida en que no haya necesidad de subvenciones y en la medida en que las obligaciones de servicio público no sean tan intensas como para hacer inviable la actividad en régimen de competencia, es necesario preservar al máximo la libre iniciativa (dado que se trata de un mandamiento de optimización), y esta preservación no pone en peligro la satisfacción del derecho fundamental al transporte garantizado por el servicio público o por cualquier otro mecanismo de regulación menos intenso.

IV. UN VERDADERO PARALELO; DOS LÍNEAS QUE NUNCA SE ENCUENTRAN: LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE MUNICIPALES E INTERMUNICIPALES

La discusión sobre la competencia en la prestación de servicios de transporte de pasajeros en Brasil se ve comúnmente enturbiada por el intento de una comparación imposible: la que existe entre el transporte urbano de pasajeros y el transporte interestatal e interurbano de pasajeros (sin características urbanas). Parece indiscutible que la única similitud existente entre estos servicios consiste en que ambos se prestan mediante vehículos sobre neumáticos. Nada más.

El transporte urbano colectivo de viajeros es una actividad erigida, por expresa disposición constitucional, en servicio público. Es, de hecho, la única actividad que el texto constitucional designa expresamente como servicio público, incluso acompañada de la locución "esencial", que es completamente innecesaria, ya que cualquier servicio públi-

55 A pesar de lo dispuesto en el artículo 175 de la Constitución Federal, todavía hay varios casos en Brasil en los que los servicios se concedieron sin un proceso de licitación, y los documentos de autorización siguen vigentes, en clara violación de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 8.987/95.

co es, por definición, esencial.
Además, el transporte público urbano de pasajeros es una actividad muy deficitaria, que requiere constantes subvenciones internas (es decir, las líneas y regiones con menor demanda son subvencionadas por las líneas y regiones con mayor demanda) para seguir ofreciéndose a la población. Esto se debe a que está estructurada en forma de red, con costes muy elevados y una fuerte limitación en cuanto a la cantidad que se puede exigir como compensación a los usuarios.

En este escenario, abrir la actividad a la libre iniciativa y, por tanto, liberalizarla a la competencia es un completo despropósito, ya que sería un expediente que provocaría el fracaso del propio servicio. El hecho de que exista una demanda de subvenciones (interna y/o externa) hace que el sector sea más eficiente con un número limitado de agentes, ya que no tiene sentido pagar subvenciones para garantizar la coexistencia de varios agentes deficitarios.

Además, como ya he señalado, los servicios de transporte público urbano son esenciales para la función pública de ordenación del uso y ocupación del suelo urbano, por lo que es necesario controlar estrictamente cómo y dónde se ofrece esta actividad para garantizar el servicio completo a todos los ocupados o en proceso de ocupación y densificación del suelo urbano, lo que refuerza la necesidad de limitar el número de agentes en la prestación del servicio.[56]

Por lo tanto, cuando se analiza la cuestión del transporte colectivo de pasajeros a la luz del postulado de la proporcionalidad, me parece totalmente aceptable imponer restricciones considerables al derecho fundamental de la libre empresa.

Desde el punto de vista de la adecuación, restringir la libre iniciativa en este mercado es totalmente aceptable para garantizar el propósito de viabilidad y sostenibilidad del transporte público. Asimismo, es una medida necesaria, ya que es económica y técnicamente inviable abrir el servicio indistintamente a cualquier interesado. Por último, la proporcionalidad en sentido estricto debe analizarse en función de las condiciones de cada caso, ya que las restricciones pueden ser menos estrictas en la medida en que puedan resultar aplicables servicios complementarios o similares.

Así, hemos afirmado y ahora reafirmamos que el transporte público urbano es una actividad que legalmente admite una considerable restricción al derecho fundamental de la libre empresa, en la medida en que se requiere para garantizar la viabilidad del propio servicio y, por tanto, el derecho fundamental al transporte (artículo 6, caput de la Constitución Federal). Como hemos dicho en la sección anterior, la oferta de nuevos servicios basados en las nuevas tecnologías sólo puede darse de forma complementaria al servicio existente, nunca de forma competitiva.

Sin embargo, la situación de los servicios de transporte interestatal e interurbano es diametralmente opuesta. Los servicios intermunicipales no están estructurados como una red, no requieren subvenciones (internas o externas) y no encuentran limitaciones tan relevantes en cuanto al valor frente a los servicios urbanos. Los servicios intermunicipales no están estructurados como una red, no requieren subvenciones (internas o externas) y no están sujetos a limitaciones relevantes en cuanto al valor de la contraprestación que puede exigirse a los usuarios (tanto es así que a nivel federal está vigente la libertad tarifaria). No presentan, por tanto, ninguna de las características de los servicios urbanos que legitiman restricciones más intensas al derecho fundamental a la libre empresa, como ya he comentado ampliamente.

Intentar establecer un paralelismo entre los

56 Cf. mi O desafio da regulação dos serviços públicos DE transporte colectivo diante DE novas tecnologias, en Santos de Aragão, A.; Migueis Pereira, A.C.; LISBOA, L. (coord.) (2018). Regulação e infraestrutura, Belo Horizonte: Fórum, p. 687.

servicios de transporte colectivo urbano y los servicios de transporte intermunicipal culmina exactamente en un paralelismo: dos líneas que nunca se encuentran, ya que no existe intersección alguna que permita exportar la lógica jurídica del transporte urbano al intermunicipal.

Por lo tanto, afirmamos categóricamente que los servicios de transporte intermunicipal admiten una amplia competencia, incluso con el uso de nuevas tecnologías, exactamente lo contrario de lo que ocurre en relación con el transporte urbano, en el que las eventuales nuevas tecnologías sólo pueden utilizarse para la complementariedad y la mayor eficiencia, sin ninguna forma de competencia.

V. CONCLUSIONES

El concepto de servicio público, aunque cargado de enorme complejidad y controversia, ha sufrido enormes transformaciones encaminadas a reforzar la posición jurídica de los usuarios y el control sobre la eficacia de la consecución de los fines legales impuestos. En consecuencia, desde hace tiempo se ha superado la asociación automática del servicio público con cualquier forma de exclusividad o monopolio.

En el caso de Brasil, la Constitución Federal no atribuye expresamente ninguna forma de exclusividad al servicio público. En primer lugar, la disposición que regula este servicio en la Constitución (artículo 175) no menciona la exclusividad. En segundo lugar, el servicio público y los monopolios están regulados por disposiciones distintas (artículos 175 y 177). En tercer lugar, la libre empresa es una de las bases del orden económico y un derecho fundamental (artículos 170, caput, y 5, subsección XIII).

La configuración de la libre iniciativa como derecho fundamental hace que su restricción dependa de un complejo proceso de ponderación, realizado según el postulado de la proporcionalidad. Así, para que la libre empresa pueda ser restringida en el caso de un servicio público, es necesario que la restricción sea adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto para permitir la consecución de la finalidad de satisfacción de un derecho fundamental que subyace a la existencia del servicio público. No se trata de un proceso automático, sino muy complejo, que exige demostrar que la garantía de la libre iniciativa puede provocar la imposibilidad de satisfacer otro derecho fundamental.

Es decir, el Estado no puede restringir la libre empresa sin razón alguna o escudándose en conceptos doctrinales obsoletos que no existen en el derecho actual (como una supuesta exclusividad derivada del servicio público). Cualquier forma de restricción debe estar justificada y ser aceptable a la luz de la proporcionalidad.

En el caso concreto de las empresas interestatales y el transporte interurbano de pasajeros por carretera, objeto del presente estudio, tiene diferentes regímenes aplicables en Brasil, como actividad sujeta tanto a la competencia de la Unión Federal (servicios interestatales e internacionales) como a la competencia de los Estados (servicios interurbanos y limitados al territorio de un Estado). Sin embargo, en ambos casos, dada la estructura de mercado existente en la actualidad, es completamente imposible imponer ninguna barrera de entrada a los nuevos operadores, ya sea a nivel federal o estatal.

A nivel federal, el régimen de la actividad se modificó profundamente con el advenimiento de la Ley 12.815/2013, que determinó la liberalización del transporte interestatal de pasajeros por carretera, a partir de su sometimiento al régimen de autorizaciones. Sin embargo, el reglamento emitido por la ANTT para regular la actividad no es coherente con la ley, en la medida en que preserva una asimetría de regímenes que no tiene sentido en un mercado liberalizado e impone restricciones a la libre entrada de agentes económicos, en flagrante violación de lo dis-

puesto en el punto II del artículo 43 de la Ley 10.233/2001.

En este sentido, el régimen de fletamento contemplado en la Resolución ANTT 4.777/2015 es, a mi juicio, un completo despropósito constitucional. Teniendo en cuenta la liberalización del mercado llevada a cabo por la Ley 12.815/2013, no hay nada que justifique la barrera del mercado impuesta por la restricción de los modelos de fletamento. Si hay algo que puede justificar una limitación al derecho fundamental de la libre empresa, en este caso, es la protección de la vida y la seguridad de los pasajeros, lo que no guarda relación alguna con la regla del "circuito cerrado" impuesta por la norma en cuestión.

A nivel estatal, existe una pluralidad de regímenes, ya que cada estado es competente para regular la actividad como considere oportuno (dentro de los límites legales de la Constitución Federal, por supuesto). Sin embargo, un régimen muy común es el de servicio público, que presenta principalmente la exigencia de un proceso de licitación, el control de las tarifas y la regulación de determinados niveles de servicio. Sin embargo, la eventual existencia del régimen de servicio público no impide ni puede impedir la entrada de otros agentes sujetos a otros regímenes jurídicos.

Y es que, como se ha dicho, el servicio público sólo puede implicar cualquier forma de restricción a la libre iniciativa en la medida exacta en que sea proporcional para garantizar la satisfacción de otro derecho fundamental, lo que no parece ser el caso del transporte interurbano de viajeros por carretera, dado que esta actividad es financieramente sostenible, no exige subvenciones y no tiene intensas obligaciones de servicio público hasta el punto de amenazar su viabilidad. Por lo tanto, independientemente de que los servicios estatales estén o no sujetos al régimen de servicio público, la competencia siempre será posible, ya que no hay proporcionalidad en ninguna restricción a la libre iniciativa.

Por último, los servicios de transporte de pasajeros por carretera interestatales e interurbanos no son en absoluto similares a los servicios de transporte público urbano. Estos últimos son servicios públicos por fuerza constitucional y tienen una baja viabilidad económica, exigiendo fuertes subvenciones internas y externas. Por ello, son actividades que conllevan restricciones proporcionales al derecho fundamental de la libre empresa. Por el contrario, los servicios intermunicipales no presentan las mismas características y, por tanto, deben soportar pocas y no intensas restricciones al derecho de libre empresa.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ADI nº 3.768-4/DF, informado por la Min. Carmén Lúcia y juzgado el 19 de septiembre de 2007.

Afonso Da Silva, V. Derechos fundamentales - Contenido esencial, restricciones y eficacia

Afonso Da Silva, V. (2021). Derecho Constitucional Brasileño, São Paulo: EDUSP

Alexy, R. (2008). Teoría de los Derechos Fundamentales, São Paulo: Malheiros, traducción Virgilio Alfonso da Silva

Badura, P. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 3ª edición.

Bandeira Mello, C. (2012). Curso de Derecho Administrativo, 29ª ed., São Paulo: Malheiros.

Berkemann , J. (2018). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit - Bericht über den "State of the Art", en Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), pp. 741 y ss, Colonia: Carl Heymanns, 2018.

Grau, E. (1988). A ordem econômica na Constituição de 1988, 7ª ed.

IPSEN, J. (2005). Staatsrecht II. 8. ed. Múnich: Luchterhand

Jarass, H. D. / Pieroth, B. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10ª edición.

Jarass, H. D. / Pieroth, B. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

JÈZE, Gaston. Les principes généraux du droit administratif

Koenig, C.; Rasbach, W. (2004). Trilogía de los instrumentos de regulación complementarios: conexión a la red, desagregación y compensación, Die Öffentliche Verwaltung, vol. 17/2004, Stuttgart: Kohlhammer.

Les principes généraux du droit administratif, Volumen 2, 3ª ed.

Livre iniciativa nos serviços públicos, Belo Horizonte: Fórum, 2012

Medauar, O.; (coord.) (2011). Los caminos del acto administrativo, São Paulo: Revista dos Tribunais

Migueis Pereira, A.C.; Lisboa, L. (coord.) (2018). Regulação e infraestrutura, Belo Horizonte: Fórum

Pinto, B. (2002). Regulación efectiva de los servicios públicos, 2ª ed. actualizada por Santos de Aragão, A. (2002). Río de Janeiro

Recurso Especial nº 1.054.390/DF, informado por la Min. Denise Arruda y juzgado el 19 de noviembre de 2009.

Regulación y Control de los Servicios Públicos (2010). Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad, Buenos Aires: Marcial Pons.

Santos de Aragão, A. (2006). Ley de Servicios Públicos, Río de Janeiro

SchneideR, JP. (2007). The State as an Economic Subject and Economic Steering Agent, traducido por Vitor Rhein Schirato, Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte: Fórum

Silva, V. (2009) Derechos fundamentales - Contenido esencial, restricciones y eficacia, São Paulo: Malheiros

Teoría de los principios - De la definición a la aplicación de los principios jurídicos, 14ª ed.

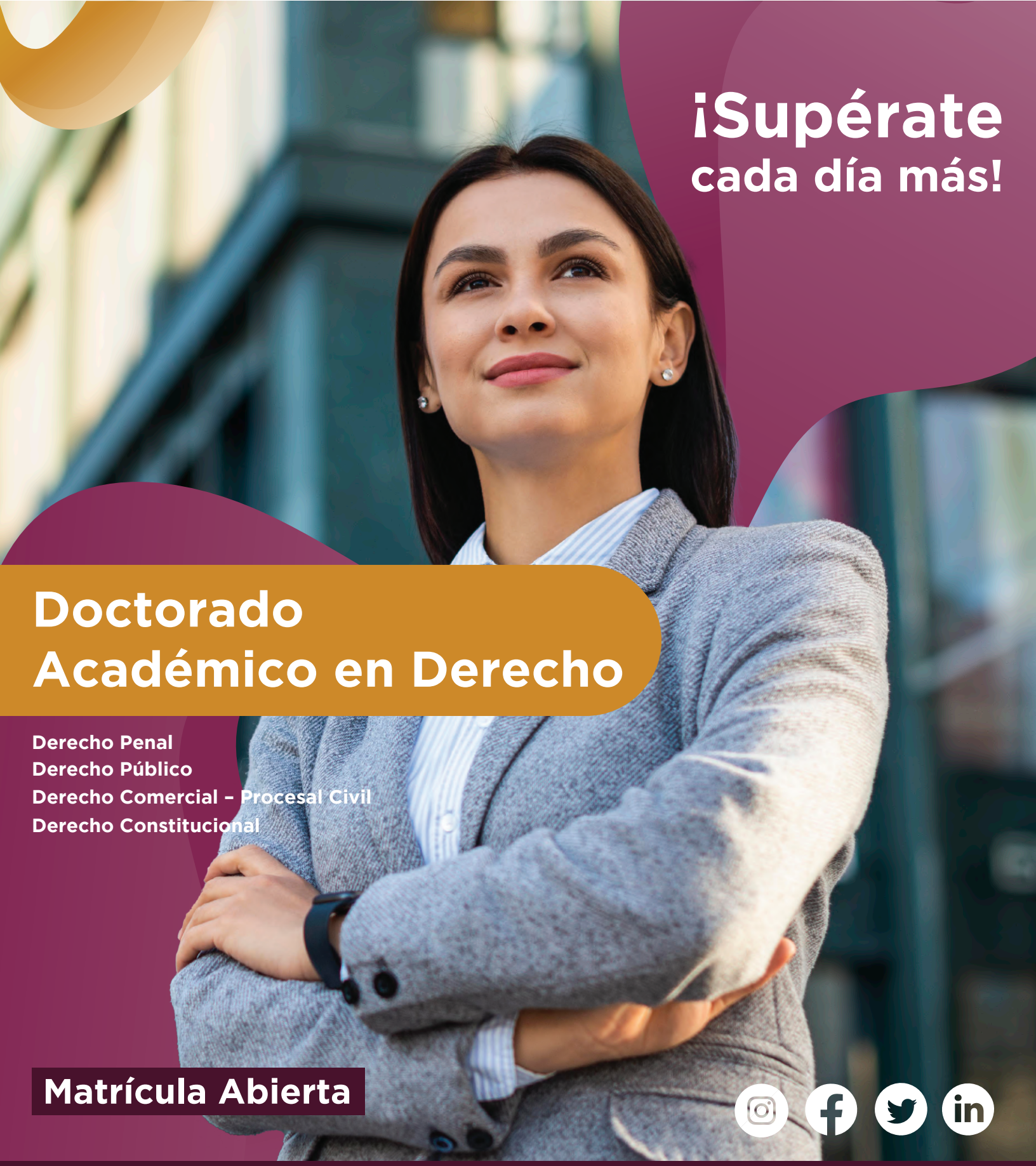
Torricelli, S. (2007). Il mercato dei servizi di pubblica utilità, Milán.

Villata, R. (1998). Pubblici servizi - discussi e problemi, 5ª ed.

Wallbach Schwind, R. (2010). Remuneración del concesionario, Belo Horizonte: Forum

Zamora Ortiz, L. (coord.) (2019). Anuario Iberoamericano de Regulación - Hacia una regulación inteligente, Bogotá: Externado

Ziani, S. (2015) Du service public à l'obligation de service public, París: LGDJ



¡Supérate cada día más!

Doctorado Académico en Derecho

Derecho Penal
Derecho Público
Derecho Comercial – Procesal Civil
Derecho Constitucional

Matrícula Abierta

8672-6331

45 ANIVERSARIO

ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD

PABLO SCHIAVI

- PhD. Doctor por la Universidad de A Coruña (Mención Cum Laude).
- Máster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo (UM).
- Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.
- Profesor Adjunto Grado 3 (I) de Derecho Público II y III en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.
- Profesor Adjunto Grado 2 (I) de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.
- Profesor de "Información Pública y Datos Personales" en la Universidad de Montevideo (UM). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA).
- Director del Centro Iberoamericano de Estudios de Derecho Público y Tecnología.
- https://www.linkedin.com/in/pabloschiavi/; pablo.schiavi@schiavi.com.uy.

4

NUEVAS TENDENCIAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

NEW TRENDS IN ADMINISTRATIVE CONTRACTING

SUMARIO:

I.- De la contratación convencional a la contratación electrónica. II.- Principios rectores de la contratación administrativa electrónica. III.- Las ofertas en los procedimientos de contratación administrativa electrónica: apertura electrónica y presentación en línea. IV.- Transparencia, publicidad y confidencialidad en la contratación administrativa. V.- La agencia de compras y contrataciones del Estado (ACCE). VI.-Reflexiones finales.

Resumen:

Con el advenimiento de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, la convergencia tecnológica ha dado paso a la contratación electrónica, que ha tenido significativo impacto en el sector público de la economía. En materia de procedimientos de contratación, su desarrollo mediante expediente electrónico facilita enormemente la actuación de la Administración y de los interesados, no acotados por horarios y distancias para realizar sus presentaciones y gestiones. A este tema, dedicaremos el presente trabajo.

Abstract:

With the advent of new information and communications technologies, technological convergence has given way to electronic contracting, which has had a significant impact on the public sector of the economy. In terms of contracting procedures, its development through an electronic file greatly facilitates the action of the Administration and of the interested parties, not limited by timetables and distances to carry out their presentations and procedures. To this topic, we will dedicate the present work.

Palabras claves:

Contratación Administrativa – Administración Electrónica – Compras digitales – Regulación – Confidencialidad – Trámites en línea.

Keywords:

Administrative Contracting - Electronic Administration - Digital purchases - Regulation - Confidentiality - Online procedures.

1. DE LA CONTRATACIÓN CONVENCIONAL A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

Las transformaciones experimentadas por la contratación del sector público en los últimos años del siglo XX y en los primeros años del siglo XXI se explican, a juicio del Profesor Carlos Delpiazzo, a través de tres instancias de cambio no necesariamente sucesivas sino, en buena medida, superpuestas.[1]

Las mismas pueden identificarse a través de los siguientes tres tránsitos: el tránsito de la contratación administrativa a la contratación pública; el tránsito de la contratación

1 Delpiazzo, C. (2013). Los tres tránsitos de la Contratación Pública. Revista de Derecho Público, (44), Año 22, noviembre, 59-78.

convencional a la contratación electrónica; y el tránsito de la contratación tradicional a la contratación sostenible o sustentable.[2]

No se trata de una cuestión de palabras sino de mutaciones que responden a diversas causas y muestran diferentes efectos.[3]

Con el advenimiento de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, la convergencia tecnológica ha dado paso a la contratación electrónica, que ha tenido significativo impacto en el sector público de la economía.[4]

En primer lugar, desde la observación de la realidad, pueden señalarse los siguientes caracteres o rasgos que la singularizan[5]:

a. el medio de realización del contrato es electrónico o digital ya que se lleva a cabo a través de un computador conectado a la red de redes;
b. la contratación se realiza en el denominado ciberespacio, definido como "el lugar sin lugar", o sea, en un espacio deslocalizado, de modo que a priori no se pueden identificar con inequívoca seguridad las vinculaciones territoriales de los distintos elementos de la relación jurídica (ubicación de las partes, lugar de celebración o de ejecución de las obligaciones, etc.);
c. implica la desmaterialización –que antes llamé "despapelización"– y, por ende, el requerimiento de nuevos mecanismos de prueba que den seguridad y soporte a las operaciones;
d. el ámbito en que actúan las partes es una red abierta y global con participantes heterogéneos (consumidores, empresas, Administraciones) sometidos a regímenes jurídicos diferenciados;
e. el intercambio desborda los territorios soberanos ya que no pasa por controles fronterizos geográficos;
f. la interconexión permite relaciones directas que posibilitan la eliminación de los intermediarios tradicionales, aunque aparecen otros necesarios, tales como proveedores de acceso y prestadores de servicios de certificación;
g. aparecen nuevos riesgos; y
h. las transacciones se realizan con mayor rapidez.

Tal conjunto de caracteres muestra que no es imprescindible un régimen jurídico propio y nuevo para los contratos electrónicos, pero sí una adecuación del marco normativo a las exigencias impuestas por las modernas tecnologías de la información y las comunicaciones.

En segundo lugar, desde el punto de vista del Derecho comparado, es posible constatar una convergencia de los Derechos Administrativos impuesta por la globalización, lo que permite hablar de la formación de un "ius commune administrativum"[6].

Por un lado, desde la perspectiva internacional, es claro que una vez aceptada la validez jurídica de los documentos electrónicos y el reconocimiento de la firma electrónica con valor igual entre la administración pública y los privados, la convergencia permite poner en marcha esta nueva forma de vinculación, propia del llamado Gobierno electrónico[7].

En tal sentido, teniendo en cuenta que los Derechos positivos nacionales cada vez tienen menos relevancia en lo que refiere a las transacciones que se realizan en el ciberespacio (que no tiene fronteras territoriales ni reconoce soberanías), corresponde destacar la creciente relevancia de las regulaciones convergentes generadas desde las instancias internacionales y regionales[8].

2 Delpiazzo, C. (2013). Los tres tránsitos de la Contratación Pública: pp. 59-78.
3 Delpiazzo, C. (2013). Los tres tránsitos de la Contratación Pública: pp. 59-78
4 Delpiazzo, C. (2013). Los tres tránsitos de la Contratación Pública: pp. 59-78
5 Delpiazzo, C. (2013). Los tres tránsitos de la Contratación Pública: pp. 59-78.
6 Delpiazzo, C. (2013). Los tres tránsitos de la Contratación Pública: pp. 59-78.
7 Delpiazzo, C. (2013). Los tres tránsitos de la Contratación Pública: pp. 59-78
8 Delpiazzo, C. (2013). Los tres tránsitos de la Contratación Pública: pp. 59-78

Por otro lado, los Derechos Administrativos nacionales se explican cada vez más desde su integración en otros sistemas jurídicos más complejos, que no responden a las reglas tradicionales de los ordenamientos jurídicos estatales. Por eso, su abordaje conjunto permite constatar la adopción de soluciones similares tanto en lo procedimental como en lo sustantivo[9].

En materia de procedimientos de contratación, su desarrollo mediante expediente electrónico facilita enormemente la actuación de la Administración y de los interesados, no acotados por horarios y distancias para realizar sus presentaciones y gestiones[10].

Además, la interactuación electrónica entre las Administraciones y los administrados no sólo posibilita a éstos acceder a multiplicidad de informaciones, sino que también permite a la Administración la realización de consultas públicas sin asistencia física simultánea de los convocados y demás interesados en participar, dando un nuevo rostro a viejos procedimientos como el de la audiencia pública.

Como lógica consecuencia de la automatización de la actividad administrativa, se posibilita la realización de nuevos procedimientos, tales como la mencionada subasta electrónica u otros.

En esta línea, la nueva **Ley de Procedimientos Administrativos**, aprobada por Decreto N° 856 de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, el 15 de diciembre de 2017, en su **Título I** "*Normas Generales, Derechos de la Persona frente a la Administración y Empleo de las Nuevas Tecnologías*", contiene el Capítulo III que regula el **Empleo de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones**.

En cuanto al **Uso de Medios Tecnológicos, el artículo 18º** dispone que "*Los órganos de la Administración Pública podrán utilizar tecnologías de la información y comunicación para realizar trámites, diligencias, notificaciones, citatorios o requerimientos, siempre que dichos medios tecnológicos posibiliten la emisión de una constancia, ofrezcan garantías de autenticidad, confidencialidad, integridad, eficacia, disponibilidad y conservación de la información y sean compatibles con la naturaleza del trámite a realizar. La Administración Pública deberá implementar los mecanismos tecnológicos y electrónicos que fueren necesarios para optimizar el ejercicio de sus competencias y los derechos de los administrados. Se deberán crear las estrategias de gobierno electrónico que para tales efectos sean necesarias*".

En cuanto a la **Validez de la Información**, el artículo 19º dispone que "*Los documentos emitidos por los órganos de la Administración Pública mediante tecnologías de la información y de la comunicación, gozarán de la validez de un documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación, y que se cumplan los requisitos y garantías que disponga la legislación pertinente. Para ello, la Administración Pública podrá utilizar cualquiera de las formas de firma electrónica o mecanismos de autenticidad*".

El artículo 20º regula el **Intercambio Interinstitucional de Información mediante el Uso de Tecnologías de la Información y Comunicación**.

Los órganos de la Administración Pública deberán intercambiar, mediante el uso de tecnologías de la información y de la comunicación, cuando dispongan de ellas, la información que fuera necesaria para comprobar algún dato o circunstancia en la tramitación de los procedimientos y, en general, para el mejor desarrollo de su función, respetando las limitaciones legales.

Los alcances y límites de dicho intercambio

9 Delpiazzo, C. (2013). Los tres tránsitos de la Contratación Pública: pp. 59-78

10 Delpiazzo, C. (2013). Los tres tránsitos de la Contratación Pública: pp. 59-78

se establecerán mediante la suscripción de Convenios o la emisión de Acuerdos por las autoridades que representen a las instituciones involucradas. Se establecerán los mecanismos que hagan efectiva la intercomunicación y coordinación, y que aseguren su compatibilidad informática.

2. PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA ELECTRÓNICA.

Por lo que refiere a la contratación administrativa telemática, la doctrina especializada en materia de comercio electrónico se ha ocupado de desentrañar que *"Las reglas o principios universales en los que debe inspirarse el Derecho del Comercio Electrónico son los siguientes: equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales; neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras; inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos; exigencia de buena fe; finalmente, reiteración de la libertad de pacto y su ejercicio en el nuevo contexto"*[11].

En primer término, el **principio de la equivalencia funcional** ha sido formulado diciendo que "la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa, o eventualmente su expresión oral, respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado"[12].

Este principio ha encontrado expresión concreta en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y en la Ley Modelo para las Firmas Electrónicas gestadas en el ámbito de la CNUDMI. Asimismo, ha sido reconocido implícitamente en múltiples legislaciones nacionales[13].

En segundo término, conforme al **principio de la neutralidad tecnológica**, se pretende que las normas que se dicten en relación al ciberespacio abarquen no sólo la tecnología existente en el momento que se formulan sino también las tecnologías futuras, sin necesidad de verse sometidas a modificación[14].

En tercer término, el **principio de la inalteración del Derecho preexistente** parte del reconocimiento de que la telemática no es sino un nuevo soporte y ámbito de encuentro de voluntades, pero no un nuevo Derecho regulador de su significación jurídica[15].

En cuarto término, el **principio de buena fe**, de honda raigambre en los sistemas jurídicos occidentales, connota la presencia de los valores de lealtad, honestidad y moralidad que su aplicación conlleva y que es especialmente relevante en el mundo de las relaciones a distancia en Internet. Según se ha destacado con acierto, el principio de buena fe representa una de las vías más fecundas de irrupción del contenido ético social en el orden jurídico y, concretamente, el valor de la confianza en la conducta de los actores en el ciberespacio[16].

En quinto término, el **principio de libertad** es una manifestación más de la inalterabilidad del Derecho preexistente, especialmente en materia contractual, tal como lo reconoce, por ejemplo, el art. 1.1 de los Principios de UNIDROIT para los contratos de comercio internacional, según el cual "Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido"[17].

Por otra parte, en materia de contratación

11 Delpiazzo, C. (2003). Caracteres e Innovaciones en la Contratación Administrativa, A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, (13), Belo Horizonte, Año 3, jul./set. 2003, pp. 97-114.
12 Delpiazzo, C. (2003). Caracteres e Innovaciones en la Contratación: pp. 97-114.
13 Delpiazzo, C. (2003). Caracteres e Innovaciones en la Contratación: pp. 97-114.
14 Delpiazzo, C. (2003). Caracteres e Innovaciones en la Contratación: pp. 97-114.
15 Delpiazzo, C. (2003). Caracteres e Innovaciones en la Contratación: pp. 97-114.
16 Delpiazzo, C. (2003). Caracteres e Innovaciones en la Contratación: pp. 97-114.
17 Delpiazzo, C. (2003). Caracteres e Innovaciones en la Contratación: pp. 97-114.

administrativa, el art. 659, num. VI de la ley No 16.170 de 28 de diciembre de 1990 explicitó los principios generales de actuación en materia de contratación administrativa, señalando que ellos "servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes". Dicha norma incluyó los principios de flexibilidad, delegación, ausencia de ritualismo, materialidad frente al formalismo, veracidad salvo prueba en contrario, publicidad, igualdad y concurrencia, como expresiones de un nuevo modelo de relacionamiento entre la Administración y los administrados[18].

De entre ellos, interesa destacar especialmente los principios de flexibilidad, ausencia de ritualismo y materialidad, a los que debe agregarse el principio de transparencia editado en la Convención Interamericana contra la Corrupción y en la legislación nacional que la desarrolla[19].

En primer término, por lo que refiere al **principio de flexibilidad** el mismo aboga contra la rigidez de los mecanismos y expedientes convencionales de contratación.

En segundo término, el **principio de ausencia de ritualismo** postula la viabilidad del empleo de nuevas tecnologías en la medida que juzga a la actividad administrativa — también la contractual — en función de la sustancia y no de las meras formas.

En tercer término, el **principio de materialidad** conduce a igual conclusión ya que apunta a la significatividad, a lo relevante o trascendente por oposición a lo que no importa tanto, como es el caso de las meras formas.

En cuarto término, el **principio de transparencia** coadyuva al conocimiento pleno del obrar público a través de la diafanidad del quehacer estatal, facilitado por las nuevas tecnologías de la información. Al respecto, he señalado antes de ahora que "la publicidad implica mostrar, pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver, simplemente que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal", en este caso a través de Internet.

3. LAS OFERTAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA ELECTRÓNICA EN URUGUAY: APERTURA ELECTRÓNICA Y PRESENTACIÓN EN LÍNEA.

Los artículos 36 y 39 de la Ley N° 18.834 de 4 de noviembre de 2011 (incorporados como artículos 63 y 65 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera del Estado (T.O.C.A.F.) aprobado por Decreto N° 150/012 de 11 de mayo de 2012), en el marco de la reforma del régimen jurídico de las compras y contrataciones estatales, refieren al modo de apertura de las ofertas y su presentación, resguardando las mismas utilizando los procedimientos y tecnologías que aseguren la confidencialidad de la información de tal forma que sea inviolable hasta el momento fijado para su apertura.

En cumplimiento del mencionado precepto legal y por Decreto N° 275/013 de 3 de setiembre de 2013 (hoy derogado), se reglamentó el régimen de apertura electrónica, así como la presentación en línea de las ofertas, previendo la posibilidad de ser aplicado en cualquier procedimiento de contratación.

El Decreto N° 142/018, de 14 de mayo de 2018, regula el sistema electrónico con el objetivo de asegurar un nivel de seguridad, transparencia y eficiencia en el procedimiento de contratación.

I. Apertura electrónica.

La Apertura Electrónica es una modalidad de gestión de los procedimientos de compras y contrataciones estatales que permite, a través de una plataforma electrónica, la

18 Delpiazzo, C. (2003). Caracteres e Innovaciones en la Contratación: pp. 97-114.
19 Delpiazzo, C. (2003). Caracteres e Innovaciones en la Contratación: pp. 97-114.

presentación, recepción, apertura y acceso a las ofertas (Art. 1º).
En cuanto al ámbito de aplicación, todas las administraciones públicas estatales pueden utilizar la modalidad de Apertura Electrónica en sus procedimientos de contratación (Art. 2º).

Dentro del sitio web de Compras y Contrataciones Estatales funcionará la plataforma electrónica a través de la cual se gestione la modalidad de Apertura Electrónica, la que deberá cumplir con las siguientes condiciones (Art. 3º):

a. estar a disposición del público y ser compatible con las tecnologías de la información y de la comunicación de uso general;
b. ser capaz de recibir y almacenar la totalidad del contenido que refiere a una oferta;
c. admitir documentos en formatos abiertos y estándares, de amplio uso y generables con programas de fácil acceso o que, en su defecto, sean puestos a disposición de los interesados por parte del órgano contratante;
d. garantizar altos niveles de seguridad, disponibilidad y accesibilidad;
e. determinar con certeza la fecha y hora de recepción de las ofertas, así como la identidad del oferente, quien deberá estar registrado en el Registro Único de Proveedores del Estado;
f. garantizar que no pueda conocerse el contenido de las ofertas ni la identificación del oferente, hasta que expire el plazo previsto para su presentación;
g. habilitar solamente a personas autorizadas a fijar o modificar la fecha de apertura de las ofertas;
h. mantener la confidencialidad del contenido de las ofertas que el oferente ingrese en tal carácter; y
i. contar con un mecanismo de gestión para afrontar posibles problemas de funcionamiento del sistema, que permita reducir la probabilidad de ocurrencia e impactos negativos de estos, así como la reprogramación de fechas en caso de corresponder.

Para emplear la modalidad de Apertura Electrónica, la administración contratante deberá especificarlo en la invitación a cotizar y, en su caso, en el Pliego de Condiciones Particulares respectivo.

En el caso de modificar la opción mencionada, deberá dejarse sin efecto el llamado correspondiente e iniciarse uno nuevo (Art. 4º).

II. Presentación de las ofertas.

Las ofertas serán ingresadas a la plataforma electrónica por el oferente, quien deberá autenticarse ante el sistema informático respectivo, y estar inscrito en el Registro Único de Proveedores del Estado.

La documentación electrónica de la oferta se ingresará en los formatos indicados en el Pliego de Condiciones Particulares, sin contraseñas ni bloqueos para su impresión o copiado. Estos formatos deberán cumplir las características indicadas en el artículo 3 inciso c (Art. 5).

III. Información confidencial.

Cuando el oferente incluya información confidencial en su oferta, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 del TOCAF, será de su exclusiva responsabilidad ingresar la misma indicando expresamente tal carácter, en archivo separado de la parte pública de su oferta.

En la parte pública de su oferta, deberá incluir un resumen no confidencial de la información confidencial que entregue (artículo 30 del Decreto N° 232/010 de 2 de agosto de 2010).

Los documentos que entregue un oferente en carácter confidencial no serán divulgados a los restantes oferentes (Art. 6).
Cuando el oferente deba agregar en su oferta un documento o certificado cuyo original solo exista en soporte papel, deberá digitalizar el mismo y presentarlo con el resto de su

oferta. En caso de resultar adjudicatario, deberá exhibir el documento o certificado original, conforme a lo establecido en el artículo 48 del TOCAF.

De ser necesaria la presentación de garantías o muestras como parte de la oferta, las mismas se entregarán en la forma en que el organismo contratante lo indique en la invitación a cotizar o en el Pliego de Condiciones Particulares respectivo (Art. 7)

IV. Recepción y reserva de las ofertas.

La plataforma electrónica estará disponible para la recepción de ofertas las 24 horas todos los días hasta el momento fijado para la apertura de la convocatoria respectiva, la que deberá ser en día hábil en el horario definido por la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado en el sistema.

La prórroga aprobada de la fecha de apertura solamente será válida una vez ingresada al sistema informático, permitiendo la recepción de ofertas hasta el vencimiento del nuevo plazo (Art.8).

No podrán conocerse las ofertas ingresadas a la plataforma electrónica, ni siquiera por la administración contratante, hasta tanto se cumpla la fecha y hora establecida para la apertura de las mismas (Art.9).

V. Apertura y acceso a las ofertas.

La apertura de las ofertas se efectuará en forma automática y el acta será remitida por la plataforma electrónica a la dirección electrónica previamente registrada por cada oferente en el Registro Único de Proveedores del Estado. El acta de apertura permanecerá asimismo visible para todos los oferentes en la plataforma electrónica.

Será de responsabilidad de cada oferente asegurarse de que la dirección electrónica constituida sea correcta, válida y apta para la recepción de este tipo de mensajes (Art.10).

A partir de la fecha y hora establecidas en el sistema para la apertura de las ofertas, éstas quedarán accesibles para la administración contratante y para el Tribunal de Cuentas, no pudiendo introducirse modificación alguna en las propuestas a partir de ese momento.

Asimismo, las ofertas quedarán visibles para todos los oferentes, con excepción de aquella información que sea entregada en carácter confidencial.

En caso de tratarse de un procedimiento que contemple la presentación de las ofertas separando el contenido técnico del económico, en la apertura mencionada en el inciso anterior se procederá a abrir únicamente el contenido técnico, reservándose la apertura del contenido económico para la instancia que indique el Pliego Particular, la que también se efectuará a través del sistema.

Solo cuando la administración contratante solicite salvar defectos o carencias de acuerdo a lo establecido en el artículo 65 del TOCAF, el oferente deberá agregar en línea la documentación solicitada (Art.11).

En ocasión de su intervención, el Tribunal de Cuentas podrá acceder a las ofertas directamente a través del sistema, contando para ello con usuario especialmente habilitado a tales efectos (Art. 12).

VI. Interrupciones del sistema.

En caso de producirse problemas de funcionamiento en el sistema que impidan el ingreso de las ofertas al mismo durante las 24 horas corridas previas a la apertura, éste reprogramará una nueva fecha de apertura a fin de asegurar el plazo requerido para dicho ingreso.

En procedimientos de Pregón o puja a la baja también podrá reprogramarse en forma acorde la fecha de inicio de pujas. La nueva fecha será publicada en el portal de Compras y Contrataciones Estatales y comu-

nicada a la administración convocante.

Una vez abierto el procedimiento, en caso de presentarse reclamos por no haber podido ingresar ofertas en el plazo establecido para su recepción, los mismos serán analizados por la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado. La comprobación de imposibilidad de ofertar debido a un problema de funcionamiento del sistema informático dará lugar a la anulación del procedimiento (Art. 13).

Exceptuase de la reprogramación dispuesta en el artículo anterior las interrupciones debidas a cortes programados y/o de pequeña duración ocurridos fuera del horario de 09:00 a 17:00 horas de los días hábiles (Art. 14).

Las Administraciones Públicas Estatales que utilicen la modalidad de apertura electrónica, deberán ingresar en el sistema las direcciones de correo electrónico a las que deberán efectuarse las comunicaciones indicadas en el artículo 13. Estas comunicaciones serán remitidas asimismo a la dirección de correo electrónico que el organismo contratante haya indicado en la sección de Comunicaciones del propio llamado (Art.15).

4. TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD Y CONFIDENCIALIDAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN URUGUAY.

I. TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. -

La contratación administrativa es por esencia pública, lo cual implica que todos los procedimientos competitivos de contratación que realicen las administraciones públicas, ya en su faceta tradicional, como en su nueva dimensión electrónica, deben ser transparentes y la información debe estar al alcance de todos los ciudadanos, lo cual abarca los llamados a licitación, los pliegos de bases y condiciones generales y particulares, los adjudicatarios entre otros extremos.

En Uruguay, el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera, aprobado por el decreto Nº 150/012, de 11 de mayo de 2012 (TOCAF-2012), por su artículo 149 enumeró una serie de principios en materia de contratación administrativa[20], entre los cuales se destaca el principio de transparencia **("H. Transparencia")**.

Misma postura legislativa adopta la Ley Nº 18.786, de 19 de julio de 2011, que regula los contratos de participación público-privada (P.P.P.), que refiere a los principios de transparencia y publicidad.

Al respecto **DURÁN MARTNEZ** sostiene que el TOCAF no es este el único texto normativo que enumera principios en materia de contratos administrativos. En la misma línea el artículo 4 de la ley Nº 18.786, con relación a los contratos de participación público-privada (P.P.P.) enumera una serie de principios: entre ellos **"a) transparencia y publicidad."**.

Los principios enunciados en nuestra Ley de Contabilidad y Administración Financiera no son una originalidad de nuestro derecho positivo[21].

Así, por ejemplo[22]: a) el artículo 1 de la ley española Nº 30/2007, de 30 de octubre, con la misma u otra terminología recoge varios de esos principios; b) el artículo 3 de la ley brasileña Nº 8.666, de 21 de junio de 1943, con relación a las licitaciones menciona los siguientes principios: de legalidad, impersonalidad, moralidad, igualdad, **publicidad**, probidad administrativa, vinculación al instrumento convocatorio, juicio objetivo y los que derivan de ellos; c) el artículo 1 de la ley de adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública de la República de El Salvador (D.L. Nº 868, de 5 de abril de 2000) enumera los siguientes principios y valores: no

20 Durán Martínez, A. (2018). "Principios rectores de la contratación administrativa. Incidencia en la ejecución de los contratos administrativos". Estudios de Derecho Administrativo, (17), 5-39.
21 Durán Martínez, A. (2013). "Principios de la contratación administrativa". Estudios de Derecho Administrativo, (8), pp. 49-85.
22 Durán Martínez, A. (2013). "Principios de la contratación administrativa…"; loc. cit., p. 57.

discriminación, **publicidad**, libre competencia, igualdad, **ética**, **transparencia**, imparcialidad, probidad, centralización normativa y descentralización operativa.

La doctrina recoge también la mayoría de ellos[23].

El principio de transparencia fue agregado expresamente por el artículo 52 de la ley N.º 18.834 (2011) como uno de los "principios generales de actuación y contralor en materia de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera".

Pero eso no quiere decir que con anterioridad no existía[24].

El principio de transparencia rige sin necesidad de texto expreso que lo imponga porque hace a la esencia de la buena administración. Es más, como lo demostró CAJARVILLE PELUFFO, la transparencia se relaciona con muchos de los principios que rigen la contratación administrativa[25].

A nivel continental esa preocupación se pone de manifiesto especialmente en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996 y aprobada en Uruguay por ley Nº 17.008, de 25 de setiembre de 1998, que contiene disposiciones específicas en materia de contratos del Estado (artículo III.5), precisamente para asegurar la transparencia[26].

En sintonía con la Convención Interamericana nuestro país dictó la ley Nº 17.060, de 23 de diciembre de 1998, conocida como ley anticorrupción. El Capítulo III denominado control Social apunta a asegurar la transparencia en la Administración Pública[27].

Al respecto, en Uruguay, la Ley Nº 18.381, de 17 de octubre de 2008, de Acceso a la Información Pública, que tiene por objeto promover la transparencia de la función administrativa de todo organismo público, sea o no estatal, y garantizar el derecho fundamental de las personas al acceso a la información pública, en su artículo 5º, en sede de transparencia activa, dispone:

Todo lo cual se ha potenciado con la creación de la Agencia de Compras y Contrataciones Estatales (ACCE)[28] y de su portal Web[29] donde las Administraciones Públicas publican la información referida a contrataciones de obras, bienes y servicios, de forma tal que constituya una herramienta de transparencia puesta a disposición de la ciudadanía[30].

Es sustantivo recalcar que este principio de transparencia, sinónimo de la contratación administrativa en sus facetas tradicionales y en la nueva dimensión electrónica, es el verdadero sostén de una *contratación pública transparente, profesional y visible para toda*

23 Durán Martínez, A. (2013). "Principios de la contratación administrativa…"; loc. cit., p. 58. Véase, por ejemplo: en Argentina, con relación a los principios de selección del contratista Cassagne enumeró los siguientes principios: a') de concurrencia y de competencia; a'') de proporcionalidad y razonabilidad; a''') de eficiencia; IV) de publicidad, difusión y transparencia; V) de responsabilidad; VI) de igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes; en Brasil, con relación a la licitación pública, Bandeira De Mello indica los siguientes principios: b') competitividad; b'') isonomía; b''') publicidad; IV) respeto de las condiciones prefijadas en el pliego; V) posibilidad del postulante de controlar el cumplimiento de los principios anteriores; en Colombia, Libardo Rodríguez enumera los siguientes principios: c') de transparencia; c'') de economía; c''') de responsabilidad; IV) del equilibrio económico financiero del contrato; V) de interpretación de la contratación estatal, en el sentido de que en la interpretación de las normas sobre contratos y de las cláusulas de los mismos, se tendrán en consideración los fines y los principios de que trata el estatuto, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos; VI) el de la selección objetiva; en Costa Rica, Rojas Franco destaca los principios de igualdad, publicidad y transparencia; en España, Rodríguez-Arana Muñoz, aludió a los principios de objetividad, imparcialidad, publicidad, concurrencia, igualdad de trato, no discriminación, equidad, transparencia y de la cláusula del progreso.

24 Durán Martínez, A. (2013). "Principios de la contratación administrativa…"; loc. cit., p. 62.

25 Durán Martínez, A. (2013). "Principios de la contratación administrativa…"; loc. cit., p. 62.

26 Durán Martínez, A. (2013). "Principios de la contratación administrativa…"; loc. cit., p. 62.

27 Durán Martínez, A. (2013). "Principios de la contratación administrativa…"; loc. cit., p. 63.

28 Schiavi, P. (2013). La Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (ACCE): Desafíos de una nueva gestión en las compras y contrataciones del Estado. Estudios de Derecho Administrativo, (8), 113-159.

29 https://www.comprasestatales.gub.uy

30 https://www.gub.uy/agencia-compras-contrataciones-estado/institucional/cometidos

la ciudadanía, principal escudo en la lucha contra la corrupción que aflora en esta materia.

II. EL SECRETO, LA RESERVA Y LA CONFIDENCIALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN REGULADOS EN EL TOCAF-2012 COMO LÍMITE AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

En los procedimientos de contratación regulados en el TOCAF-2012, aprobado por el Decreto Nº 150/012, de 11 de mayo de 2012, existen notas de secreto, reserva y confidencialidad, a las cuales haremos referencias en el presente apartado.

i. Información secreta.

El numeral 8º del literal C) del artículo 33 del TOCAF-2012 refiere a contrataciones que deban "*mantenerse en secreto*":

"**Artículo 33:** *Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo a lo previsto en la normativa vigente.*

No obstante, podrá contratarse:

C) Directamente o por el procedimiento que el ordenador determine por razones de buena administración, en los siguientes casos de excepción:

8) Cuando las circunstancias exijan que la operación deba mantenerse en secreto"…

El artículo 33 del TOCAF-2012 sienta el principio – cada vez más debilitado – de que las contrataciones deben efectuarse por licitación pública.

El ya incontable número de excepciones que hoy alcanzan a 40 demuestra que, lamentablemente, lo que es y debería ser la regla ya ha dejado de serlo.

Dentro de esas excepciones, el numeral 8) del Literal C) del artículo 33 del TOCAF -2012 refiere a contrataciones que deben mantenerse en secreto con una motivación vaga justificada en "… *Cuando las circunstancias exijan...*".

Estamos dentro de uno de los límites al acceso a la información pública tal cual lo dispone la Ley Nº 18.381, de 17 de octubre de 2008, que en su artículo 8º dispone que "*Las excepciones a la información pública serán de interpretación estricta y comprenderán aquellas definidas como secretas por la ley y las que se definan seguidamente como de carácter reservado y confidencial*".

La fuente del artículo 33 del TOCAF-2012 es la Ley Nº 15.903, de 10 de noviembre de 1987, artículo 482 que ha sufrido innumerables modificaciones a lo largo del tiempo[31].

Partiendo de la premisa de que la transparencia es la regla y los secretos deben ser la excepción, y a pesar de la redacción poco feliz del numeral 8), entendemos que el acto administrativo que se ampare en el numeral 8) debe ser debidamente fundado y motivado en razones de interés general que permitan exceptuar que la contratación se realice fuera del régimen de publicidad y transparencia típico de las contrataciones públicas.

ii. Información reservada.

A. Contrataciones de bienes o servicios, cualquiera sea su modalidad, por parte de los entes autónomos y servicios descentralizados integrantes del dominio industrial, co-

31 Fuente IMPO: Ley 15.903 de 10/nov/987, artículo 482 con la redacción dada por los artículos 653 de la ley 16.170 de 28/dic/990; 738 de la ley 16.736 de 5/ene/996, 27, de la ley 17.296 de 21/feb/001, 429 de la ley 17.930 de 19/dic/005, 26 de la ley 18.046 de 24/oct/006, 108 de la ley 18.172 de 31/ago/007, 11 de la ley 18.195 de 14/nov/007, 407 y 506 de la ley 18.362 de 6/oct/008; 16, 18 y 250 de la ley 18.834 de 4/nov/011, y leyes 17.088 de 30/abr/999, artículo 6; 17.296 de 21/feb/001 artículos 404 y 494; 17.978 de 26/jun/006, artículo 8 y 18.874 de 23/dic/011, artículo 14; 18.172 de 31/ago/007 artículo 276; 18.597 de 21/set/009, artículo 25; 18.719 de 27/dic/010, artículo 692; 18.829 de 24/oct/011, artículo 19 y 18.834 de 4/nov/011, artículos 17 y 197.

mercial y financiero del Estado, destinada a servicios que se encuentren de hecho o de derecho en regímenes de libre competencia.

El literal C) del Artículo 44 del TOCAF-2012 dispone que las compras realizadas al amparo de la excepción establecida por el literal C) numeral 22) del Artículo 33 de este Texto Ordenado, podrán clasificarse como reservadas por el organismo.

La fuente del artículo 44 del TOCAF-2012 es la Ley Nº 15.903, de 10 de noviembre de 1987, artículo 485 con la redacción dada por el artículo 26 de la Ley Nº 18.834 de 4 de noviembre de 2011, con lo cual estamos ante una reserva de fuente legal y no administrativa.

Al respecto el numeral 22) del literal C) del del Artículo 33 del TOCAF-2012 refiere a contrataciones de bienes o servicios, cualquiera sea su modalidad, por parte de los entes autónomos y servicios descentralizados integrantes del dominio industrial, comercial y financiero del Estado, destinada a servicios que se encuentren de hecho o de derecho en regímenes de libre competencia.

B. Confidencialidad de la información de las ofertas hasta el acto de Apertura: responsabilidad de la Administración Contratante.

El **Artículo 63 del TOCAF-2012** regula la forma de presentación de las ofertas, las condiciones exigidas, la concordancia que deben guardar con el Pliego de Condiciones particulares, y consagra en forma expresa una responsabilidad para la Administración Contratante en cuanto al resguardo de las ofertas utilizando los procedimientos y tecnologías que aseguren la confidencialidad de la información de tal forma que sea inviolable hasta el momento fijado para su apertura.

La fuente del artículo 63 del TOCAF-2012 es la Ley Nº 15.903, de 10 de noviembre de 1987, artículo 502 con la redacción dada por el artículo 36 de la Ley Nº 18.834 de 4 de noviembre de 2011.

Una violación de la confidencialidad de la información de las ofertas, en tanto inviolable, hasta el acto de apertura, viciaría en forma irremediable el procedimiento de contratación en curso, más allá de la responsabilidad de la Administración.

C. Información confidencial en las ofertas: límite temporal.

El **Artículo 65 del TOCAF-2012** regula la apertura de las ofertas que deberá hacerse en forma pública y las cuestiones relativas a la admisibilidad de las ofertas con posibilidad de salvar aquellos defectos que no se consideren apartamientos sustanciales.

En el contenido de las ofertas se considerarán informaciones confidenciales, siempre que sean entregadas en ese carácter (artículo 10 de la Ley Nº 18.381, de 17 de octubre de 2008), la información de clientes, la que puede ser objeto de propiedad intelectual y aquellas de naturaleza similar de acuerdo con lo que establezcan los pliegos únicos o, en su caso, el pliego particular. No se consideran confidenciales los precios y las descripciones de bienes y servicios ofertados y las condiciones generales de la oferta.

La fuente del artículo 65 del TOCAF-2012 es la Ley Nº 15.903, de 10 de noviembre de 1987, artículo 504 con la redacción dada por el artículo 39 de la Ley Nº 18.834 de 4 de noviembre de 2011.

El problema en la práctica se plantea con el límite temporal en cuanto a la confidencialidad de información en las ofertas que son valoradas por las Comisiones Asesoras de Adjudicaciones.

En lo que refiere al tema que nos ocupa, este artículo contempla la posibilidad de que las ofertas contengan información confidencial siempre que sean entregadas en ese carácter (artículo 10 de la Ley Nº 18.381, de 17 de octubre de 2008), como por ejemplo la información de clientes, la que puede ser objeto

de propiedad intelectual y aquellas de naturaleza similar de acuerdo con lo que establezcan los pliegos únicos o, en su caso, el pliego particular.

No se consideran confidenciales los precios y las descripciones de bienes y servicios ofertados y las condiciones generales de la oferta.

Si bien se admite la posibilidad de incluir en las ofertas información confidencial, la cuestión que se plantea en la práctica es hasta cuando temporalmente rige la misma, ya que en los hechos por ejemplo la información relativa a clientes puede ser uno de los ítems que la Comisión Asesora de Adjudicaciones actuante evalúe y pondere en cada una de las ofertas.

En este caso entendemos que, si la CAA ha valorado información confidencial de las ofertas y la ha ponderado y tenido en cuenta a los efectos de la elaboración del orden de prelación de los oferentes, deberá antes de notificar su dictamen a los oferentes, intimar a la empresa cuya oferta contenga información confidencial que ya ha sido valorada para que levante tal carácter, ya que en caso contrario la oferta, a nuestro juicio, deberá ser desestimada, por principios elementales de transparencia e igualdad de oportunidades, porque una vez que se notifique a los oferentes del orden de prelación, que será el fundamento principal de la posterior adjudicación, no puede haber impedimentos de ningún tipo para que los oferentes accedan al contenido total de todas las ofertas evaluados por la Comisión Asesora de Adjudicaciones para elaborar su Dictamen.

5. LA AGENCIA DE COMPRAS Y CONTRATACIONES DEL ESTADO (ACCE)[32] [33].

I. Ubicación institucional de la Agencia de Compras.

El artículo 81 de la Ley N° 18.362 de 6 de octubre de 2008[34] crea en el Inciso 02 "*Presidencia de la República*", la "*Agencia de Compras y Contrataciones del Estado*" (ACCE o Agencia de Compras).

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley Nº 18.834, de 4 de noviembre de 2011 sustituyó los artículos 81 y 82 de la Ley Nº 18.362 de 6 de octubre de 2008.

Finalmente, el artículo 39 de la Ley N° 18.996 de 7 de noviembre de 2012[35] sustituye el artículo 81 de la Ley Nº 18.362, de 6 de octubre de 2008, en la redacción dada por el artículo 14 de la Ley Nº 18.834, de 4 de noviembre de 2011, disponiendo la creación de la **Agencia de Compras y Contrataciones del Estado" (ACCE o Agencia de Compras) en el Inciso 02 "Presidencia de la República" como órgano desconcentrado, que funcionará con autonomía técnica**[36].

II. Finalidad de la Agencia de Compras.

La finalidad de "la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado" (ACCE) en lo

32 Al respecto se recomienda la lectura de SCHIAVI, Pablo- "La Agencia de Compras y Contrataciones Estatales (ACCE). Desafíos de una nueva gestión en las compras y contrataciones del Estado"; publicada en: Estudios de Derecho Administrativo, Contratación Administrativa, 2013, - N° 8; Director Augusto DURÁN MARTÍNEZ; Coordinador Pablo SCHIAVI, La Ley Uruguay; Buenos Aires, 2013; págs. 113-159; en Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, N° 93 Mayo / junio 2014; Buenos Aires-Argentina; y en Revista de Legislación Uruguaya – Sistematizada y Analizada- Editorial La Ley Uruguay, Año V – N° 3- Abril 2014.

33 Al respecto se recomienda la lectura de Estudios de Derecho Administrativo, Contratación Administrativa, 2013, - N° 8; Director Augusto DURÁN MARTÍNEZ; Coordinador Pablo SCHIAVI, La Ley Uruguay; Buenos Aires, 2013.

34 Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal correspondiente al Ejercicio 2007.

35 Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal correspondiente al Ejercicio 2011.

36 Redacción vigente del artículo 81 de la Ley Nº 18.362, de 6 de octubre de 2008, en la redacción dada por el artículo 39 de la Ley N° 18.996 de 7 de noviembre de 2012.

que refiere a "*promover y proponer acciones tendientes a la mejora de la gestión y la transparencia de las compras y, en general, de las contrataciones del sector público*" fue incorporada a texto expreso por el artículo 14 de la Ley N° 18.834, lo cual luce en la redacción actual dada por el artículo 39 de la Ley N° 18.996 (aunque no estaba prevista en la redacción original).

En tal sentido el artículo 81 de la Ley N° 18.362 cuando dispuso la creación en el Inciso 02 "Presidencia de la República" de la "Agencia de Compras y Contrataciones del Estado" (ACCE), no hizo mención alguna a su finalidad.

Por imperio del artículo 14 de la Ley N° 18.834, se dispone que la Agencia de Compras tendrá como finalidad promover y proponer acciones tendientes a la mejora de la gestión y la transparencia de las compras y, en general, de las contrataciones del sector público.

Finalmente, el artículo 39 de la Ley N° 18.996 de 7 de noviembre de 2012 al sustituir el artículo 81 de la Ley N° 18.362, de 6 de octubre de 2008, en la redacción dada por el artículo 14 de la Ley N° 18.834, de 4 de noviembre de 2011, no modifica en este punto lo ya dispuesto por el artículo 14 de la Ley N° 18.834.

En el mismo sentido, la **Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública**, aprobada por Decreto N° 868 de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, el 12 de abril de 2000, en su **Título II** "*Unidades Normativas y Ejecutoras*", crea la **Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, "UNAC"**, la cual estará adscrita al Ministerio de Hacienda, y funcionará bajo el principio rector de centralización normativa y descentralización operativa, con autonomía funcional y técnica (Art. 6°).

Asimismo, de acuerdo al artículo 9°, cada institución de la Administración Pública establecerá una **Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional "UACI"**, responsable de la descentralización operativa y de realizar todas las actividades relacionadas con la gestión de adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios. Esta unidad será organizada según las necesidades y características de cada entidad e institución, y dependerá directamente de la institución correspondiente. Dependiendo de la estructura organizacional de la institución, del volumen de operaciones u otras características propias, la UACI podrá desconcentrar su operatividad a fin de facilitar la adquisición y contratación de obras, bienes y servicios.

III. La importancia de la misión y visión de una organización[37].

La misión y visión definen la base de la compañía, representan por qué y para qué existe dicha firma y todas las líneas laborales se trazan en relación a estas definiciones. En ambos conceptos están las ideologías más arraigadas, los valores y propósitos con los que se articula todo el desarrollo de la organización[38].

Ya que la misión y visión no son modificables, es muy importante que su definición sea breve y específica. Esto hará más claro el mensaje y más arraigado quedará en los trabajadores y clientes.

Siguiendo estas tendencias modernas en el derecho comparado, sumamente arraigada en la actividad privada en nuestro país y reconocidas en forma incipiente en el sector público, la Agencia de Compras y Contrataciones Estatales define su misión y visión de acuerdo a tales lineamientos.

-Misión[39]: "La Agencia de Compras y Contrataciones del Estado promueve la mejora de gestión y la transparencia del sistema de compras y contrataciones del sector público, brindando asesoramiento para la generación de políticas públicas, el marco normativo, la tecnología, la capacitación

37 "Harvard Business Review": http://hbr.org/magazine.
38 "Harvard Business Review": http://hbr.org/magazine.
39 http://www.comprasestatales.gub.uy/.

necesaria y amplio acceso a la información generada".

-Visión[40]: "Ser reconocida como un instrumento efectivo para la promoción, articulación y gestión de políticas públicas referidas a compras y contrataciones estatales y por la generación de confianza y transparencia en el sistema".

Tal como resulta de la lectura de la misión y visión de la Agencia de Compras, conceptos como la promoción de políticas públicas, la transparencia[41] y la eficiencia se transforman en elementos recurrentes e imprescindibles para una mejora de la gestión del sistema de compras y contrataciones del sector público, tal cual ha acontecido en otros países de la región (por ejemplo Chile[42], Colombia[43], Costa Rica[44], Ecuador[45], Panamá[46], Paraguay[47], Perú[48]).

Carlos E. Delpiazzo hace referencia a una dimensión tecnológica de la transparencia que refiere al advenimiento de los avances tecnológicos, informáticos y telemáticos en el ámbito público[49], que no sólo permiten nuevas modalidades de interacción entre la Administración y los administrados[50], y de manifestación de la voluntad administrativa, sino que permiten a los órganos públicos exhibir en tiempo real su accionar y así posibilitar nuevas formas de control y participación[51].

Cada día es mayor la posibilidad de manejar herramientas informáticas como las computadoras, las redes de telecomunicaciones, Internet, los teléfonos celulares, los periódicos digitales, dispositivos portátiles, etc. Su utilización ha hecho más fácil y accesible la información, ha mejorado la comunicación, ha permitido reducir distancias geográficas e incluso en la actualidad representan nuevas formas de educación. El uso de toda esta nueva tecnología, su desarrollo e implementación, se denomina Tecnología de la Información y el Conocimiento (TIC), y es la base para la construcción del Gobierno Electrónico[52].

IV. Integración y Dirección de La Agencia de Compras.

i. Consejo Directivo Honorario (CDH).

El Artículo 14 de la Ley N° 18.834 de 4 de noviembre de 2011[53] sustituyó el artículo 81 de la Ley N° 18.362 de 6 de octubre de 2008.

De acuerdo con el artículo referido, la Agencia "*tendrá un Consejo Directivo Honorario encargado de diseñar las líneas generales de acción, dirigir la Agencia de Compras y evaluar el desempeño y resultados obtenidos. Estará integrado por seis miembros, uno de los cuales será el Presidente, a propuesta conjunta de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y del Ministerio de Economía y Finanzas; los cinco restantes actuarán en re-*

40 http://www.comprasestatales.gub.uy/.
41 Al respecto se sugiere la lectura de Schiavi, Pablo- El Control del Acceso a la Información Pública y de la Protección de Datos Personales en el Uruguay, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, Montevideo 2012, pág. 37 y siguientes; Schiavi, Pablo (Coordinador) – Estudios de Información Pública y Datos Personales: Recopilación de Trabajos de Investigación de los cursos de postgrado 2012-2013. Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho, 2014.
42 Sitio Web de Chile Compra: http://www.chilecompra.cl/
43 Sitio Web de Colombia Compra Eficiente: http://www.colombiacompra.gov.co/
44 Sitio Web de Costa Rica Compra Red: https://www.hacienda.go.cr/
45 Sitio Web de Ecuador Compras Públicas: https://www.compraspublicas.gob.ec/
46 Sitio Web de Panamá Compra: http://www.panamacompra.gob.pa/
47 Sitio Web de Paraguay Compras Públicas: https://www.contrataciones.gov.py/
48 Sitio Web de Perú Sistema Electrónico: http://www2.seace.gob.pe/
49 Delpiazzo, C. (1998). Automatización de la actividad administrativa en el marco de la reforma del Estado. Estudios de Derecho Administrativo, Anuario de Derecho Administrativo; F.C.U., Montevideo, 1998, T° VI, p. 17 y ss.
50 Delpiazzo, C. (1995). El procedimiento administrativo y las nuevas tecnologías de la información, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político; Tomo VIII, N° 48, pág. 417 y sigtes.; – Derecho Informático Uruguayo, Idea, Montevideo, pág. 148 y ss.
51 Delpiazzo, C. (2001). Desafíos actuales del control, FCU, Montevideo, pág. 97 y ss.
52 Schiavi, P. (2012). El Control del Acceso a la Información Pública y de la Protección de Datos Personales en el Uruguay, Universidad de Montevideo – Facultad de Derecho, Montevideo 2012, pág. 37 y ss.
53 TOCAF – Decreto N° 150/012 de 11 de mayo de 2012, Artículo 151.

presentación de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, del Ministerio de Economía y Finanzas, del Ministerio de Industria, Energía y Minería, de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento y de las empresas públicas, siendo todos ellos designados por el Presidente de la República".

Tal como surge de la nueva redacción, en lo que respecta a los cometidos del Consejo Directivo Honorario, además de ser el encargado de diseñar las líneas generales de acción y evaluar el desempeño y resultados obtenidos; se le atribuye ni más ni menos que "*dirigir la Agencia de Compras*", esto es, la dirección de la misma.

Además, se modifica la integración del Consejo Directivo Honorario cuyo número de miembros pasa de cinco a seis dando lugar ahora al representante del Ministerio de Industria, Energía y Minería no incluido en la integración original.

ii. Consejos Asesores Honorarios.

De acuerdo al artículo 81 de la Ley N° 18.362 de 6 de octubre de 2008, *el Consejo Directivo Honorario podrá proponer la integración de distintos Consejos Asesores Honorarios, cuya creación será resuelta por el Poder Ejecutivo. El objetivo de dichos Consejos será fortalecer capacidades en materias de compras, incorporando para ello el asesoramiento de actores relevantes en áreas específicas.*

En este punto cabe destacar, como un claro ejemplo de convergencia entre el sector público y el sector privado, la creación por Resolución del Poder Ejecutivo N° 004/012 de fecha 22 de febrero de 2013, a propuesta del Consejo Directivo Honorario (CDH) de la ACCE, de un **Consejo Asesor Honorario de Proveedores** que está integrado por representantes de cada una de las siguientes instituciones: Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay (CNCS); Cámara de Industrias del Uruguay (CIU); Cámara de la Construcción del Uruguay (CCU); Asociación Nacional de Micro y Pequeña Empresa (ANMYPE) y la Liga de la Construcción del Uruguay.

6. REFLEXIONES FINALES.

Con el advenimiento de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, tal como señalaba el Prof. Carlos Delpiazzo, la convergencia tecnológica ha dado paso a la contratación electrónica, que ha tenido significativo impacto en el sector público de la economía.

En materia de procedimientos de contratación, su desarrollo mediante expediente electrónico facilita enormemente la actuación de la Administración y de los interesados, no acotados por horarios y distancias para realizar sus presentaciones y gestiones.

Además, la interactuación electrónica entre las Administraciones y los administrados no sólo posibilita a estos acceder a multiplicidad de informaciones, sino que también permite a la Administración la realización de consultas públicas sin asistencia física simultánea de los convocados y demás interesados en participar, dando un nuevo rostro a viejos procedimientos como el de la audiencia pública.

Es importante destacar tanto en la legislación salvadoreña como en la legislación uruguaya, la existencia de un organismo rector de la contratación pública que tenga facultades de supervisión, control y reglamentación.

Estos organismos rectores fueron creados con el objetivo de contribuir a mejorar las condiciones en que la Administración Pública procesa sus compras, así como para desarrollar las herramientas que aseguren la mayor transparencia en la gestión de compras, realizando para ello acciones de normalización, estandarización, planificación y seguimiento, así como la instrumentación de las herramientas tecnológicas de apoyo necesarias.

Son indiscutibles los impactos en la transparencia del sistema de contrataciones públicas, provocados y/o impulsados por la divulgación electrónica de la información y el seguimiento a las transacciones relacionadas con las contrataciones.

El empleo de las tecnologías de la información y de las comunicaciones en los procedimientos administrativos de la Administración Pública, y especialmente en materia de contratación administrativa, tiene un alto impacto en las culturas organizaciones públicas, con lo cual, la capacitación e inducción de los funcionarios públicos – los de hoy, y las nuevas generaciones- es indispensable para el éxito y la ejecución eficiente de estos nuevos modelos.

Funcionarios públicos capacitados y actualizados en estas nuevas tecnologías es un punto de partida obligatorio para las Administraciones Públicas.

Reglas de juego claras y transparentes, órganos rectores fuertes y sistemas electrónicos accesibles para todos, redundarán – sin lugar a dudas- en una mejora en los sistemas de contratación pública, y en una mayor transparencia, en tanto sinónimo ineludible de todo Estado de Derecho.

Bibliografía:

Delpiazzo. (1995). El procedimiento administrativo y las nuevas tecnologías de la información. Montevideo: Idea.

Delpiazzo, C. (1998). Automatización de la actividad administrativa en el marco de la reforma del Estado. Estudios de Derecho Administrativo. Montevideo: F.C.U.

Delpiazzo, C. (2001). Desafíos actuales del control. Montevideo : FCU.

Delpiazzo, C. (2003). Caracteres e Innovaciones en la Contratación . Montevideo: pp. 97-144.

Delpiazzo, C. (2013). Los tres tránsitos de la Constitución Pública. Montevideo: Revista de Derecho Público.

Dirección Chile Compra. (2022). Obtenido de Dirección Chile Compra: https://www.chilecompra.cl/

Dirección Nacional de Contrataciones Públicas. (2022). Obtenido de Dirección Nacional de Contrataciones Públicas: https://www.contrataciones.gov.py/

Durán Martínez, A. (2013). Principios de la contratación administrativa. Uruguay: Cit. p. 62.

Durán Martínez, A. (2018). Principios rectores de la contratación administrativa. Incidencia en la ejecución de los contratos administrativos. Uruguay: Estudios de Derecho Administrativo.

Ecuador, G. d. (2022). Sistema Oficial de Contratación Pública. Obtenido de Compras Públicas: https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/

Harvard Bussiness Review. (2022). https://hbr.org/magazine.

IMPO. (1987). Ley 15.903. Obtenido de Ley 15.903: https://www.impo.com.uy/bases/leyes/15903-1987

Ministerio de Hacienda. (2022). Obtenido de Ministerio de Hacienda: https://www.hacienda.go.cr/

Pablo Shiavi. (2022). Obtenido de https://www.linkedin.com/in/pabloschiavi/

Panamá, R. d. (2022). Dirección Nacional de Contrataciones Públicas. Obtenido de Dirección Nacional de Contrataciones Públicas: https://www.panamacompra.gob.pa/Inicio/#/

Planeación, D. N. (2022). Colombia Compra Eficiente. Obtenido de Colombia Compra Eficiente: https://www.colombiacompra.gov.co/

República, P. d. (2022). Agencia Reguladora de Compras Estatales. Obtenido de Agencia Reguladora de Compras Estatales.

República, P. d. (2022). Agencia Reguladora de Compras Estatales. Obtenido de Agencia Reguladora de Compras Estatales: https://www.gub.uy/agencia-reguladora-compras-estatales/

Schiavi, P. (2012). El Control del Acceso a la Información Pública y de la Protección de Datos Personales en el Uruguay. Montevideo: Universidad de Montevideo.

Schiavi, P. (2013). La Agencia de Compras y Constrataciones Estatales (ACCE). Desafíos de una nueva gestión en las compras y contrataciones del Estado. Buenos Aires: La Ley Uruguay.
Supervisor de la Contrataciones del Estado. (2022). Obtenido de Supervisor de la Contrataciones del Estado: https://www2.seace.gob.pe/
TOCAF. (11 de mayo de 2012). IMPO Centro de Información Oficial. Obtenido de IMPO Centro de Información Oficial: https://www.impo.com.uy/bases/tocaf2012/150-2012/151
Uruguay, R. d. (2008). Ley No. 18.362. Obtenido de Ley No. 18.362: file:/// https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18362-2008

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE

- Post-doctor en Nuevas Tecnologías y Derecho, Doctor en Derecho y Abogado.
- Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila (CERECO-UMA) y profesor de Derecho Administrativo en la Universidad del Rosario.
- Fundador del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA), de la Red Internacional de Bienes Público (RIBP), y del Foro Iberoamericano Miembro del Consejo de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER) y presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía (RIDE).
- Presidente-Fundador de Hernández-Mendible, Orjuela & Asociados, Despacho Internacional de Abogados.
- www.hernandezmendible.com

5

LA REGULACIÓN DE LOS MINERALES EN EL SIGLO XXI

MINERAL REGULATION IN THE XXI CENTURY

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN EN LA LEY DE MINAS DE 1999: 2.1. El marco general de los derechos mineros. 2.2. La reserva al Estado de la actividad minera. 2.3. Las concesiones de exploración y explotación mineras. 2.4. El procedimiento administrativo para las concesiones. 2.5. Los derechos otorgados por la concesión de exploración. 2.6. La realización de otras actividades durante la exploración. 2.7. La concesión de la explotación. 2.8. La pequeña minería. 2.9. Las mancomunidades mineras. 2.10 La minería artesanal. 2.11. Las actividades conexas o auxiliares de la minería: 2.11.1. El uso de sustancias explosivas. 2.11.2. La circulación y transporte de minerales. 2.11.3. El comercio de minerales. 2.11.4. El almacenamiento de minerales. 2.11.5. El transporte y uso de combustibles. 2.12. La extinción de los derechos mineros. 2.13. Los bienes utilizados en la actividad minera. 2.14. Las zonas libres. III. LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERO AURÍFERAS: 3.1. Las auténticas razones de la reforma del régimen de exploración y explotación de la actividad minera del oro. 3.2. La regulación de las actividades minero auríferas: 3.2.1. La gestión directa o preeminente por el Estado. 3.2.2. La extinción anticipada de los títulos jurídicos habilitantes y la obligación de transferencia forzosa de bienes. 3.2.3. La obligación de asociarse con el Estado en una empresa mixta. 3.2.4. Los principios que rigen la gestión de las empresas mixtas. 3.3. El régimen transitorio en la actividad minera aurífera. IV. LOS ASPECTOS DE LA REGULACIÓN AURÍFERA QUE INTRODUCE LA REFORMA DE 2014: 4.1. Las alianzas estratégicas. 4.2. Las brigadas mineras. 4.3. Los aspectos colaterales de la reforma de 2014. V. LA REGULACIÓN DEL SECTOR CARBONÍFERO QUE SURGE DE LA APLICACIÓN DEL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA QUE RESERVA AL ESTADO LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL ORO Y DEMÁS MINERALES ESTRATÉGICOS: 5.1. La nueva calificación del mineral del carbón. 5.2. La reserva en las actividades primarias de exploración y explotación del carbón. 5.3. Los actores en la exploración y explotación del carbón. 5.4. La prohibición de garantizar la existencia de recursos mineros. 5.5. El régimen de las empresas mixtas para el aprovechamiento del carbón. 5.6. La transferencia de derechos y aportes al capital social de la empresa mixta. 5.7. Las restricciones a las personas jurídicas que constituyan empresas mixtas para el aprovechamiento del carbón. 5.8. La intervención estatal en la regulación y planificación del aprovechamiento del carbón. 5.9. El cumplimiento de la regulación ambiental y de participación de comunidades indígenas. 5.10. El área asignada y el tiempo para el desarrollo de la actividad carbonífera. 5.11. La situación de los operadores mineros frente a minerales distintos al carbón. 5.12. El impacto del nuevo régimen del carbón sobre los derechos mineros creados bajo el régimen anterior. VI. CONSIDERACIONES FINALES. VII. BIBLIOGRAFÏA.

Resumen

El presente trabajo constituye un estudio sobre el tránsito del régimen jurídico tradicional de las concesiones del dominio público minero, que constituyeron un estímulo a la inversión privada (fomento de participación

privada), hacía una reforma del régimen jurídico del sector, derivaba de los recientes decretos del Ejecutivo Nacional que declararon al oro y al carbón como minerales estratégicos (reducción de la participación privada) y de las posibles consecuencias que se pueden deducir tanto para el Estado como para los operadores mineros, por este nuevo régimen jurídico sobre los derechos mineros adquiridos, con anterioridad a su entrada en vigor.

Abstract

This paper studies the change from the traditional legal regulations of the mining public domain concessions, that constituted a stimulus to the private investment (promotion of private participation), to the reform of its juridical dispositions, derived from the recent decrees from the National Executive that declared the golg and coal a strategic mineral (reduction of private participation) and the possible consequences that can be deduced as much for the State as for the mining operators, in case it is decided to apply this new legal regime over the already acquired mining rights, prior to its entry into force.

Palabras claves

Concesiones – minerales - estratégicos – regulación – derechos adquiridos

Key words

Concession - strategic - minerals - regulation - acquired rights -

I. Introducción

Los recursos naturales renovables o no y en especial los recursos minerales son propiedad del Estado, razón por la que su intervención resulta necesaria en la medida que se ha entendido que tales recursos no pueden ser explotados por una sola persona o grupo de personas, de manera exclusiva y para su único beneficio, sino que tal actividad debe realizarse con fines de utilidad pública, permitiendo así el aprovechamiento y satisfacción de los intereses generales, lo que ha llevado al Estado a establecer los títulos de intervención tanto sobre la titularidad de las minas, como sobre la actividad minera.

En la actualidad, la regulación de la actividad minera se encuentra conformada por el conjunto de principios y reglas jurídicas, económicas, técnicas y ambientales propias de dicha actividad, que rigen la titularidad de las minas, las relaciones que se establecen entre el Estado y los propietarios de los inmuebles donde se encuentran las minas, cuando este no es tal propietario, las modalidades de exploración y explotación, tanto directamente por el Estado como por terceros, así como las relaciones que pueden surgir entre estos, con sujeción a las condiciones que permitan el aprovechamiento económico eficiente y el desarrollo sostenible de la actividad.

Es así como se puede afirmar sin duda alguna, que el régimen de las minas se encuentra integrado por un componente jurídico, uno económico, el técnico y otro ambiental que se complementan para originar una regulación capaz de garantizar la eficiencia económica, la satisfacción del interés general y la sostenibilidad de la actividad empresarial.

Dichas circunstancias justificaron la modificación de un ordenamiento jurídico que estuvo sin mayores cambios desde la primera mitad del siglo XX y que ha sido objeto de una importante reforma hacia comienzos del siglo XXI, a la que la doctrina científica no le ha dedicado el tiempo de reflexión necesario.

Es por ello que se va a analizar cuál ha sido el desarrollo de la actividad minera en los tiempos recientes, que ha transitado de un régimen jurídico cuya construcción se inició hace más de siglo y medio, contando con un nivel de evolución que quedó plasmado en la Ley de Minas y el Reglamento de la Ley de Minas[1], así como en la expedición del Decreto Nº 2039, mediante el cual se estable-

1 Gaceta Oficial Nº 121, (18/1/1945).

ció la denominada «reserva residual», de las actividades de exploración y explotación de todos los minerales en el territorio nacional, que no hubieren sido reservados previamente[2].

Ese modelo de regulación fue sustituido por el Decreto con rango y fuerza de Ley de Minas[3], dictado de manera concomitante al debate llevado a cabo en el proceso constituyente, que condujo a la expedición de la Constitución de 1999[4] y al posterior Reglamento de la Ley de Minas[5], que han venido a transformar el régimen de propiedad de las minas, de su administración, así como de los títulos habilitantes para la exploración, la explotación y la comercialización.

Esto llevará a efectuar un análisis de la transformación de la regulación minera, con la finalidad de estudiar cuál es su grado de incidencia en la posibilidad de otorgar concesiones a los particulares en este sector económico, así como de las limitaciones que se pueden establecer al ejercicio de la iniciativa privada.

Para una mayor claridad en la exposición, se dividirá el presente estudio en los siguientes aspectos a saber: la regulación en la Ley de Minas de 1999 (II); la regulación de las actividades minero auríferas (III); los aspectos de la regulación aurífera que introduce la reforma de 2014 (IV); la regulación del sector carbonífero que surge de la aplicación del Decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos (V); y, las consideraciones finales (VI).

II. La regulación en la Ley de Minas de 1999

A mediados de la década de los ochenta del siglo XX, la Comisión Permanente de Energía y Minas de la Cámara de Diputados del Congreso de la República constituyó una subcomisión especial para elaborar un anteproyecto de reforma de la Ley de Minas[6].

Una década después se introdujo un proyecto de Ley Orgánica de Minas, el día 28 de noviembre de 1996 y luego se presentó un nuevo proyecto de reforma de la Ley de Minas, el día 25 de junio de 1997.

Estos constituyen los antecedentes del cambio del régimen jurídico en la Ley de Minas, que se produce de manera simultánea al debate constituyente que conduciría a la Constitución de 1999, lo que permite encontrar la coherencia entre ambos textos.

Es así como la Ley declaró que «las minas o yacimientos minerales de cualquier clase existentes en el territorio nacional pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles»[7] y seguidamente también declara de utilidad pública la materia minera[8].

La intención expresa de la Ley es eliminar algunas de las tradicionales figuras del Derecho Minero en Venezuela, tal como se afirma en el texto de la exposición de motivos de la misma, al señalar que «el proyecto adopta el sistema dominial que comprende las dos modalidades mencionadas anteriormente, es decir, la explotación directa o explotación mediante concesiones facultativas, en consecuencia, esto provoca la eliminación del sistema regalista y desaparecen por tanto las figuras del denuncio, la exploración libre, la explotación exclusiva y el libre aprovechamiento».

Las actividades de exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos minerales, sólo podrán hacerse mediante las siguientes modalidades[9]:

2 Gaceta Oficial Nº 31.175, (15/2/1977).
3 Gaceta Oficial Nº 5.382, (28/9/1999).
4 Gaceta Oficial Nº 5.453, (24/3/2000).
5 Gaceta Oficial Nº 37.155, (9/3/2001).
6 E. Amorer, (1998: pp. 74-75).
7 Artículo 2 de la Ley de Minas.
8 Artículo 3 de la Ley de Minas.
9 Artículo 7 de la Ley de Minas.

a) Directamente por el Ejecutivo Nacional;
b) Concesiones de exploración y subsiguiente explotación;
c) Autorizaciones de explotación para el ejercicio de la pequeña minería;
d) Mancomunidades mineras; y,
e) Minería artesanal.

Las modalidades mencionadas serán analizadas inmediatamente, con la finalidad de precisar en cuáles de ellas se admite la participación privada.

i. El marco general de los derechos mineros

Todos los derechos mineros son temporales, se ejercen dentro de los límites geográficos determinados y conforme a los términos de la ley y demás disposiciones aplicables.

En principio, toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada en el país podrá obtener derechos mineros, para realizar las actividades señaladas en la ley[10].

No obstante, la ley establece dos categorías de inhabilitaciones: Las temporales y las permanentes: En la primera, es decir, de inhabilitados temporalmente para aspirar a obtener los derechos mineros, ni por sí, ni por interpuesta persona, salvo por herencia o legado, se encuentran los miembros del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal[11].

En la segunda, de inhabilitados permanentes estarían los gobiernos extranjeros, que no podrán ser titulares de derechos mineros dentro del territorio nacional[12]. Cuando se trate de entes que dependan de dichos gobiernos o de empresas en las cuales ellos tengan una participación tal que, en virtud del capital o estatutos, les confiera el control de la empresa, para el otorgamiento del derecho minero, requerirán de la aprobación previa del Congreso de la República.

10 Artículo 17 de la Ley de Minas.
11 Artículos 20 y 21 de la Ley de Minas.
12 Artículo 22 de la Ley de Minas.

ii. La reserva al Estado de la actividad minera

Cuando el Ejecutivo Nacional lo considere conveniente al interés público podrá reservarse mediante Decreto, determinadas sustancias minerales y áreas que las contengan, para explorarlas o explotarlas directamente por órgano del Ministerio de Industrias Básicas y Minería, o mediante empresas de la exclusiva propiedad de la República[13].

Al analizar la reserva sobre la actividad minera, la doctrina científica ha señalado que esta implica el «ejercicio exclusivo por el Ejecutivo Nacional»[14], lo que también puede ocurrir con las actividades conexas respecto a determinados minerales, siempre que así convenga al interés público[15].

iii. Las concesiones de exploración y explotación mineras

La concesión minera es el acto jurídico unilateral expedido por el Ejecutivo Nacional, mediante el cual se otorgan a su titular los derechos exclusivos a la exploración y explotación y se le imponen obligaciones, para el aprovechamiento de los recursos o sustancias minerales, que se encuentren dentro del ámbito espacial concedido[16].

Las concesiones que otorgue el Ejecutivo Nacional conforme a la ley, serán únicamente de exploración y subsiguiente explotación, su duración no debe exceder de 20 años[17], contados a partir de la fecha de la publicación del Certificado de Explotación en la Gaceta Oficial, pudiendo prorrogarse su duración por períodos sucesivos no mayores de 10 años, si así lo solicitase el concesionario cuando se encontrare solvente, dentro de los 3 años anteriores al vencimiento del período inicial y el Ministerio de Industrias Básicas y Minería

13 Artículo 23 de la Ley de Minas.
14 A. R. Brewer-Carías, (2007a: pp. 516-517).
15 Artículo 86 de la Ley de Minas.
16 Artículo 24 de la Ley de Minas.
17 El carácter temporal de las concesiones tiene anclaje en el artículo 113 de la Constitución.

lo considerase pertinente, debiendo decidir dentro del lapso de 6 meses. En caso de no producirse la notificación oportunamente, se entenderá otorgada la prórroga (presunción de silencio positivo). Esta podrá exceder del período original otorgado[18].

Si el Ejecutivo Nacional estuviese dispuesto a efectuar actividades mineras sobre minerales no otorgados en el ámbito de una concesión podrá hacerlo directamente o mediante las modalidades previstas en la ley[19], sin perjuicio de las actividades del concesionario. De acogerse la modalidad de la concesión, el concesionario original tendrá derecho preferente para obtener la concesión en igualdad de condiciones[20].

El derecho de exploración y de explotación que se deriva de la concesión es un derecho real inmueble y puede ser enajenado, gravado, arrendado, sub-arrendado, traspasado o ser objeto de sub-contrataciones para la explotación, siempre que medie permiso previo otorgado por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, y que se demuestre efectivamente que la negociación cuya autorización se solicita, se hará exclusivamente para el eficiente desarrollo del proyecto de explotación, previamente aprobado por este Ministerio, dentro de los lapsos autorizados para la ejecución del mismo[21].

El Ministerio de Industrias Básicas y Minería no autorizará ninguna de las negociaciones previstas en la Ley, si el concesionario no ha realizado las actividades previas y las inversiones requeridas para la presentación del programa de desarrollo y explotación, el cual deberá consignarse 30 días antes de iniciar la explotación.

Dentro del lapso de 45 días continuos, contados a partir de la recepción de la solicitud, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería deberá decidir sobre los permisos solicitados y en caso de no producirse la decisión expresa en el lapso indicado, se considera que opera una presunción de denegación[22].

Todo acto jurídico que tenga por objeto la concesión o que de algún modo la afecte, respetará la indivisibilidad de la misma. Los traspasos parciales no surtirán efecto respecto del Ejecutivo Nacional, pero quedan a salvo de esa excepción, cuando versen sobre el derecho proindiviso de los cotitulares, en cuyo caso los cesionarios responderán solidariamente del pago de la totalidad de los impuestos y del cumplimiento de las demás obligaciones que apareja la concesión[23].

El título de las concesiones de exploración y explotación deberá contener los siguientes señalamientos: duración del período de exploración y de explotación; ubicación, extensión y alinderamiento del área concedida, ventajas especiales convenidas y toda otra circunstancia que defina, de manera precisa, las condiciones de la concesión otorgada[24].

En todo título minero se considera implícita la condición, de que las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la concesión y que no puedan ser resueltas amigablemente por ambas partes, incluido el arbitraje, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras[25].

iv. El procedimiento administrativo para las concesiones

Quien aspire al otorgamiento de una concesión minera debe dirigir una solicitud que cumpla los requisitos legales, al Ministerio de Industrias Básicas y Minería, para que la admita o la rechace. En caso de no haberse

18 Artículo 25 de la Ley de Minas.
19 Artículo 7 de la Ley de Minas.
20 Artículo 27 de la Ley de Minas.
21 Artículo 29 de la Ley de Minas.
22 Artículo 30 de la Ley de Minas.
23 Artículo 31 de la Ley de Minas.
24 Artículo 32 de la Ley de Minas.
25 Artículos 151 de la Constitución y 33 de la Ley de Minas.

cumplido alguno de los requisitos, le notificará al interesado para que subsane la omisión en el plazo indicado y de no producirse la misma, procederá a inadmitir la solicitud[26].

El solicitante deberá acreditar ante el Ministerio de Industrias Básicas y Minería su capacidad técnica, económica y financiera, para explorar y explotar eficientemente el área solicitada en concesión[27].

El Ministerio de Industrias Básicas y Minería admitirá o rechazará la solicitud de concesión y notificará al interesado su decisión dentro de un lapso de 40 días continuos, contados a partir de la obtención de la autorización de ocupación del territorio expedida por el Ministerio del Ambiente[28].

Una vez admitida una solicitud de concesión, no se admitirá otra para el mismo mineral y en el mismo lote, salvo que la anterior hubiere sido negada[29]. Luego de efectuadas las publicaciones, el solicitante dispondrá de un lapso de 5 días continuos siguientes a la última de las publicaciones, para consignar ante el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, sendos ejemplares de dichas publicaciones, en caso contrario, se paralizará el procedimiento y quedará sujeto a la perención conforme a la ley[30].

Podrán oponerse al otorgamiento de la concesión quienes tengan una concesión otorgada en la misma área; o pudieren resultar invadidos parcialmente en dicha área de otorgarse la concesión solicitada y cualquier otro titular de un derecho minero, que pueda resultar afectado en razón del área y del mineral solicitado[31].

Otorgada la concesión si se han cumplido todos los requisitos establecidos, se expedirá el título de exploración mediante resolución que se publicará y que luego deberá ser protocolizada, en la Oficina Subalterna de Registro de circunscripción de ubicación de la concesión[32].

v. Los derechos otorgados por la concesión de exploración

La concesión de exploración y subsiguiente explotación confiere al concesionario, sus herederos o causahabientes, durante el período exploratorio, el derecho exclusivo de explorar el área concedida y de elegir para su explotación la superficie que determine el estudio de factibilidad técnico, financiero y ambiental, pero en ningún caso dicha superficie será mayor de la mitad del área concedida para la exploración en parcelas que dentro de ellas seleccionare y no podrán exceder de 513 hectáreas cada una, según el plano general que deberá presentarse al Ministerio de Industrias Básicas y Minería[33].

El período de la exploración tendrá una duración no mayor de 3 años, que se determinará en el Título Minero respectivo, de acuerdo con la naturaleza del mineral de que se trate, el cronograma de actividades y de inversión presentado por el solicitante de la concesión, así como de las demás circunstancias pertinentes pudiendo ser prorrogado por una sola vez y por un lapso no mayor de 1 año[34].

El concesionario debe presentar un estudio de factibilidad técnico, financiero y ambiental de la concesión y cualquier otra información sobre las actividades que para el aprovechamiento del mineral se proponga llevar a cabo, dentro del lapso de exploración contemplado en la Ley.

El estudio de factibilidad técnico, financiero y ambiental que deba presentar el concesionario será realizado de acuerdo con los instructivos elaborados por los Ministerios de Industrias Básicas y Minería; y del Ambiente y

26 Artículos 40 y 41 de la Ley de Minas, 10 y 11 del Reglamento.
27 Artículo 13 del Reglamento de la Ley de Minas.
28 Artículos 10 y 12 del Reglamento de la Ley de Minas.
29 Artículos 40 y 41 de la Ley de Minas.
30 Artículo 14 del Reglamento de la Ley de Minas.
31 Artículo 42, parágrafo único de la Ley de Minas.
32 Artículo 45 de la Ley de Minas.
33 Artículo 48 de la Ley de Minas.
34 Artículos 49 de la Ley de Minas y 20 del Reglamento.

se le acompañará el plano de cada unidad parcelaria seleccionada, en coordenadas Universal Transversal Mercator (U.T.M.)[35].

En caso que el estudio no sea conformado por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, lo notificará al concesionario por acto debidamente motivado y este dispondrá de hasta 90 días continuos para la presentación de un nuevo estudio[36].

Cuando se admitan los planos y sea conformado el estudio de factibilidad técnico, financiero y ambiental, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería otorgará el Certificado de Explotación correspondiente y la Dirección General de Minas expedirá al interesado la planilla de liquidación por concepto de tasa de Ley del Timbre Fiscal, para que se realice el pago y la consignación de la planilla, dentro de los diez 10 días continuos, del lapso de 30 días establecido para la expedición del Certificado de Explotación previsto en la Ley[37].

Antes de iniciar la actividad exploratoria, el concesionario presentará ante el Ministerio de Industrias Básicas y Minería un programa de exploración del área de la concesión, con su respectivo cronograma de ejecución y el plan de inversión para el período a que se refiere la ley[38].

El concesionario puede solicitar la prórroga del período exploratorio, siempre que se haga dentro de los 180 días continuos anteriores al vencimiento de dicho período. A los efectos del otorgamiento de la prórroga del período exploratorio, se oirá la opinión de la Inspectoría Fiscal competente[39].

vi. La realización de otras actividades durante la exploración

La autorización para la venta de minerales obtenidos como producto de la exploración deberá ser solicitada ante la máxima autoridad del Ministerio de Industrias Básicas y Minería en la zona respectiva, quien para otorgarla deberá inspeccionar previamente el área y de ello dejará constancia escrita. El mineral extraído para su circulación y comercialización se someterá a las disposiciones correspondientes[40].

Salvo lo dispuesto en la ley, el concesionario no podrá realizar labores de explotación en la fase exploratoria, so pena de las sanciones previstas en la Ley de Minas[41].

vii. La concesión de la explotación

Una concesión se considera que está en explotación, cuando se está extrayendo de las minas las sustancias que la integran o haciéndose lo necesario para ello, con ánimo inequívoco de aprovechamiento económico de las mismas y en proporción a la naturaleza de la sustancia y la magnitud del yacimiento[42].

Antes de iniciar la explotación, el concesionario debe acreditar ante el Ministerio de Industrias Básicas y Minería mediante copia certificada, el cumplimiento de las fianzas que garanticen la reparación de los daños ambientales, que puedan causarse con motivo de dicha explotación[43].

El concesionario presentará a satisfacción del Ministerio de Industrias Básicas y Minería antes de iniciar la explotación, fianza de fiel cumplimiento del programa de desarrollo y explotación otorgada por bancos o empresas de seguro de reconocida solvencia, por un monto equivalente al cinco por ciento (5%) de los ingresos estimados de las ventas anuales. Esta fianza será renovada y actualizada cada año. El Ministerio ordenará la ejecución de la fianza en caso de paralización

35 Artículo 24 del Reglamento de la Ley de Minas.
36 Artículo 52 de la Ley de Minas.
37 Artículo 25 del Reglamento de la Ley de Minas.
38 Artículos 49 de la Ley de Minas y 21 del Reglamento.
39 Artículo 23 de la Ley de Minas.
40 Artículos 57 de la Ley de Minas y 26 del Reglamento.
41 Artículos 57 y 109 de la Ley de Minas y 27 del Reglamento.
42 Artículo 58 de la Ley de Minas.
43 Artículo 59 de la Ley de Minas.

por más de 6 meses de las actividades, sin que haya existido causa justificada[44].

Las parcelas objeto de los derechos mineros deben ponerse en explotación en un lapso máximo de 7 años contados a partir de la fecha de la publicación del respectivo certificado en la Gaceta Oficial. La explotación de la concesión no podrá ser paralizada sino por causa justificada y por un lapso no mayor de 1 año, excepto por caso fortuito o de fuerza mayor que deberán ser comunicados al Ministerio de Industrias Básicas y Minería, que se pronunciará al respecto. Sin embargo, durante el lapso de la paralización, el titular del derecho continuará aquellas actividades y trabajos necesarios para la preservación de los mismos[45].

Si durante la explotación el titular del derecho minero encontrare minerales diferentes a los reconocidos en su título, él estará obligado a comunicarlo de inmediato al Ministerio de Industrias Básicas y Minería, que podrá disponer su explotación conforme a lo establecido en la ley teniendo el concesionario derecho preferente, en caso de que la misma no sea ejercida directamente por el Ejecutivo Nacional.

Cuando el titular de un derecho minero comunicare al Ministerio de Industrias Básicas y Minería el hallazgo de un mineral distinto al otorgado, deberá manifestar en el mismo acto su interés o no en ejercer el derecho de preferencia. El Ministerio de Industrias Básicas y Minería deberá en un lapso de 30 días continuos siguientes a la recepción de dicha comunicación, manifestarle al concesionario si el Ejecutivo Nacional tiene interés o no en la explotación del mineral. En caso de ser afirmativo se procederá conforme a lo establecido en la Ley[46].

En el caso de que el ejercicio de la explotación le correspondiere al concesionario, en virtud de haber ejercido derecho preferencial para ello, bastará que este celebre Convenio con el Ministerio de Industrias Básicas y Minería[47].

Cuando el nuevo mineral encontrado se encuentre asociado con el mineral concedido, de tal manera que el primero no pueda ser extraído sin explotar el segundo, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería podrá celebrar con el concesionario un Convenio para el aprovechamiento del nuevo mineral extraído, sin afectar los derechos del concesionario a la explotación del mineral concedido originalmente, atendiendo a los costos que la operación pueda significar y el impacto que pueda tener el aprovechamiento del nuevo mineral en la economía del proyecto[48].

El Convenio se sujetará a los requisitos exigidos para el otorgamiento de concesiones, en cuanto le fueren aplicables y se procurará establecer las condiciones que no deberán ser menos favorables a las establecidas en el título habilitante anterior[49].

En aquellos casos de paralización de la explotación de una concesión por causa justificada, -excepto en los supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor-, el concesionario deberá continuar realizando los trabajos necesarios para la preservación de la concesión, de no actuar así, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería ordenará la ejecución de los trabajos pertinentes y estos serán realizados a costa del concesionario[50].

Cuando se encuentren indicios de que exploraciones iniciadas legalmente se han convertido en explotaciones, o que el concesionario, explote minerales distintos a los contemplados en el Certificado de Explotación, se procederá conforme al procedimiento de fiscalización y control, y si se comprueba la comisión de las irregularidades, se aplicarán las sanciones establecidas en la

44 Artículo 60 de la Ley de Minas.
45 Artículo 61 de la Ley de Minas.
46 Artículo 28 del Reglamento de la Ley de Minas.
47 Artículo 62 de la Ley de Minas.
48 Artículo 29 del Reglamento de la Ley de Minas.
49 Artículo 30 del Reglamento de la Ley de Minas.
50 Artículo 31 del Reglamento de la Ley de Minas.

ley[51].

viii. La pequeña minería

Se considera como pequeña minería a la actividad ejercida por personas naturales o jurídicas de nacionalidad venezolana para la explotación de oro y diamante, durante un período que no excederá de 10 años, en áreas geográficas previamente establecidas mediante resolución, por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, cuya superficie no sea mayor de 10 hectáreas y que será explotada por un número no mayor de 30 trabajadores individuales[52].

El derecho de explotación que se deriva del ejercicio de la actividad de la pequeña minería es a título precario, se otorga intuitu personae y no confiere derechos reales inmuebles, por lo que no podrá ser enajenado, gravado, arrendado, traspasado ni cedido; salvo su aporte al fondo social constituido para la formación de mancomunidades mineras.

La resolución que autoriza el ejercicio de dicha actividad de explotación podrá ser revocada por el Ejecutivo Nacional, en caso de que se desnaturalice el objeto para el cual fue otorgada[53] o cuando los beneficiarios incurran en actos que conlleven a la degradación del medio ambiente, quedando obligados a reparar íntegramente el daño causado[54].

La pequeña minería sólo se ejercerá bajo la modalidad de autorización de explotación, otorgada por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería mediante resolución que se publicará en la Gaceta Oficial y que indicará el nombre o denominación social del titular del derecho, tipo de mineral a ser explotado, lapso de vigencia, extensión, ubicación del área y cualquier otro dato que permita la mejor precisión de la autorización otorgada[55].

La autorización de explotación se otorgará sobre los depósitos de minerales que por su naturaleza, dimensión, ubicación y utilidad económica puedan ser explotados, independientemente de los trabajos previos de exploración[56].

Las personas que estén explotando las minas que puedan ser sometidas al régimen de la pequeña minería tienen prioridad para obtener la autorización de explotación en aquellas áreas donde se encuentren ejerciendo dichas labores, siempre que no contravengan la normativa ambiental y la de ordenación del territorio, previa constatación de tal circunstancia por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería[57].

La persona interesada en obtener la autorización debe efectuar una solicitud al Ministerio de Industrias Básicas y Minería, que debe llenar todos los requisitos legales y este deberá proceder a efectuar la solicitud de ocupación del territorio al Ministerio del Ambiente, para luego efectuar las publicaciones preceptivamente contempladas a los fines de garantizar la posibilidad de ejercer la oposición, a quienes se consideren con mejor derecho[58].

El Ministerio de Industrias Básicas y Minería deberá tomar en cuenta para otorgar la autorización de explotación para el ejercicio de la pequeña minería, los niveles de inversión requerida para el desarrollo de las actividades y la producción esperada de las mismas. Las inversiones se determinan en relación con las maquinarias y equipos; mientras la capacidad de producción estará íntimamente vinculada a lo establecido en el proyecto minero, que deberá ser presentado por los interesados conjuntamente con la solicitud

51 Artículos 109 de la Ley de Minas y artículo 32 del Reglamento.
52 Artículo 64 de la Ley de Minas.
53 Artículo 67 de la Ley de Minas.
54 Artículo 52 del Reglamento.
55 Artículo 68 de la Ley de Minas.
56 Artículo 69 de la Ley de Minas.
57 Artículo 70 de la Ley de Minas.
58 Artículos 71 y 72 de la Ley de Minas.

correspondiente[59].

Las personas naturales o jurídicas sólo podrán obtener la autorización de explotación para ejercer la actividad de pequeña minería[60].

Los accionistas de las personas jurídicas titulares de autorizaciones de explotación, para el ejercicio de la actividad de pequeña minería, no podrán formar parte de otras personas jurídicas que aspiren al otorgamiento de las mismas, a menos que se constituyan en mancomunidades mineras[61].

La superficie y duración de la autorización de explotación se adecuarán en función de la capacidad técnica y económica del solicitante[62].

Los beneficiarios de una autorización de explotación deberán mantener identificados los equipos, depósitos de combustible y campamentos de los trabajadores, mediante numeración y siglas en situación y dimensiones que al efecto dicte el Ministerio de Industrias Básicas y Minería. Esta información deberá ser actualizada por el beneficiario de la autorización de explotación, por lo menos, una vez al año[63]. También deberán delimitar el área otorgada, con postes o botalones fijos y numerados, de material perdurable, ubicados en los vértices del área, la cual deberá coincidir y estar identificada con las respectivas coordenadas en la resolución de otorgamiento de la autorización[64].

Se encuentra expresamente prohibido dentro de las áreas sometidas al régimen de pequeña minería, el uso de mercurio como técnica de obtención del concentrado aurífero o de tratamiento del mineral en los frentes de extracción. El uso de mercurio en las plantas de procesamiento, para la separación del oro contenido en el concentrado, sólo se hará cuando se justifique como única técnica accesible a tales fines, siempre con sujeción a la normativa ambiental y sanitaria, relativa al uso y manejo de estas sustancias u otras similares[65].

Las actividades de la pequeña minería se someterán a las normas que establezca el Ministerio de Industrias Básicas y Minería mediante resolución, todo ello con acatamiento a las regulaciones ambientales[66], así como de las condiciones sanitarias y de seguridad industrial, requeridas para el normal desarrollo de las labores de explotación[67].

ix. Las mancomunidades mineras

La mancomunidad minera consiste en la agrupación de pequeños mineros en diversas zonas de un mismo yacimiento o de varios de estos, ubicados de tal manera que permita la utilización conjunta de todos o parte de los servicios necesarios para su aprovechamiento, en ejercicio de la actividad minera.

Con el fin de obtener un mejor aprovechamiento de los recursos mineros, facilitar las operaciones técnicas, de mejorar el rendimiento de las explotaciones y proteger los recursos naturales y el ambiente, el Estado propiciará la construcción de mancomunidades mineras[68].

Los titulares de autorizaciones de explotación, interesados en la formación de una mancomunidad deberán hacer la solicitud ante el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, así como acompañar el proyecto minero que justifique las ventajas que se deriven de la formación de la mancomunidad minera, con expresión de las condiciones técnicas, económicas y la repercusión social de la misma; proyecto del convenio entre los interesados, del acta constitutiva que regule la forma societaria adoptada y planos del área a desarrollar, quedando subrogada la mancomunidad en los derechos mineros de los

59 Artículo 38 del Reglamento.
60 Artículo 39 del Reglamento.
61 Artículo 40 del Reglamento.
62 Artículo 41 del Reglamento.
63 Artículo 48 del Reglamento.
64 Artículo 50 del Reglamento.
65 Artículo 51 del Reglamento.
66 Artículo 53 del Reglamento.
67 Artículo 54 del Reglamento.
68 Artículo 77 de la Ley de Minas.

integrantes de la misma[69].

Los beneficiarios de autorizaciones de explotación que aspiren la constitución de una mancomunidad minera podrán presentar su solicitud, de conformidad con los requisitos exigidos en la ley y la identificación de la autorización de explotación y además deberán estar solventes con sus obligaciones tributarias y ambientales[70].

Constituye un requisito insoslayable para solicitar la constitución de una mancomunidad minera, que las autorizaciones de explotación deberán estar en producción comprobable, por lo menos en los últimos 3 meses, antes de la fecha de la solicitud de mancomunidad[71].

Una vez recibida la solicitud de mancomunidad minera, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería procederá a su análisis, a fin de comprobar si reúne todos los requisitos exigidos en la ley y de ser el caso procederá a dictar la resolución aprobatoria. En el supuesto de encontrar fallas en la solicitud de mancomunidad minera, se devolverá al interesado para que proceda a subsanarlas, dentro de un lapso de 30 días continuos. Si en este lapso no se hubieren subsanado las fallas o realizado las correcciones, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, mediante acto debidamente motivado declarará rechazada la solicitud y así se notificará al solicitante[72].

La resolución que apruebe o niegue la constitución de la mancomunidad minera será remitida para su publicación en la Gaceta Oficial, dentro de los 5 días continuos siguientes al vencimiento del lapso para su expedición. En la resolución aprobatoria se expresarán las particularidades a las cuales deberá sujetarse la mancomunidad minera, de acuerdo a lo establecido en la legislación[73].

x. La minería artesanal

La minería artesanal es aquella que se caracteriza por el trabajo personal y directo en la explotación de oro y diamante de aluvión, mediante equipos manuales, simples, portátiles, con técnicas de extracción y procesamiento rudimentarios y que sólo puede ser ejercida por personas naturales de nacionalidad venezolana[74].

El Estado prestará asesoramiento técnico para el ejercicio de la minería artesanal y su desarrollo hacia niveles superiores de la actividad. El Ejecutivo Nacional mediante decreto, señalará las áreas especialmente destinadas para el ejercicio de esta actividad[75].

Las personas que pretenden ejercer la minería artesanal deberán inscribirse en el Registro que a tal efecto deberá llevar la Inspectoría Fiscal competente, e informar a esta, el área donde desean explotar dicha actividad. La Inspectoría Fiscal expedirá al interesado la identificación que le acredite como minero artesanal[76].

El material requerido para la identificación será suministrado por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería a la Inspectoría Fiscal correspondiente. Al interesado, debidamente registrado se le abrirá un expediente, indicando: nombre, cédula de identidad, localidad y jurisdicción fiscal de minas que le corresponda, todo ello, a los fines de controlar la producción y declaración fiscal del mineral producido[77].

La minería artesanal únicamente podrá realizarse con los siguientes instrumentos: equipos manuales, simples, portátiles, no mecánicos y rudimentarios, tales como barras de hierro, picos, palas, palines, bateas, suruca, tobos y cualquier otro que cumpla con las especificaciones de carácter técnico, debidamen-

69 Artículo 78 de la Ley de Minas.
70 Artículos 56 y 57 del Reglamento.
71 Artículo 58 del Reglamento.
72 Artículos 60 y 61 del Reglamento.
73 Artículos 62 y 63 del Reglamento.
74 Artículo 82 de la Ley de Minas.
75 Artículo 83 de la Ley de Minas.
76 Artículo 65 del Reglamento.
77 Artículo 66 del Reglamento.

te establecidas por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, todo ello con acatamiento a la normativa ambiental, sanitaria y demás disposiciones que le sean aplicables[78].

xi. Las actividades conexas o auxiliares de la minería

Se consideran actividades conexas o auxiliares de la actividad minera, el almacenamiento, la tenencia, el beneficio, el transporte, la circulación y el comercio de los minerales, que estarán sometidas a la vigilancia, inspección y reglamentación por parte del Ejecutivo Nacional.

Cuando así convenga al interés público, el Ejecutivo Nacional podrá reservarse mediante decreto, cualquiera de dichas actividades con respecto a determinados minerales[79].

En el caso que las actividades conexas o auxiliares de la actividad minera sean prestadas a terceros como actividad lucrativa, estas revestirán el carácter de servicio público[80] y estarán sujetas al pago de las tarifas que establezca el Ministerio de Industrias Básicas y Minería[81].

1. El uso de sustancias explosivas

La persona que pretenda obtener una autorización para el uso de sustancias explosivas en las actividades mineras deberá acompañar a su solicitud, los elementos necesarios para que el Ministerio de Industrias Básicas y Minería pueda informar al organismo competente sobre la conveniencia de la utilización de dichas sustancias, así como de la calidad y cantidad de las mismas. Así mismo, la solicitud deberá acompañarse del plan de explotación anual y el patrón de voladura[82].

En el manejo de sustancias explosivas y sus accesorios, los titulares de derechos mineros deberán cumplir con las Normas Mínimas de Seguridad Industrial, dictadas por la autoridad competente[83].

En las minas subterráneas en que se observe polvo de carbón o en las cuales se sospeche con fundamento la existencia de grisú, sólo se usarán los explosivos de seguridad propios para estas explotaciones[84].

2. La circulación y transporte de minerales

La circulación de los minerales obtenidos de la explotación realizada con sujeción a la Ley deberá llevarse a cabo de la manera siguiente[85]:

1. Los minerales deben ser retirados del lugar de explotación, cuando se encuentren acompañados de la Guía de circulación numerada y firmada por el titular del derecho minero o su representante legal, así como visada por el Inspector Fiscal, luego de verificar la existencia del mineral.
2. En los casos de oro, plata, platino y metales asociados a este último, diamante y demás piedras preciosas, se expedirá una Guía de circulación provisional, con el propósito de transportar el mineral hasta el lugar de ubicación de la oficina liquidadora de la región. Luego de pagado el impuesto de explotación y de emitida la solvencia, se expedirá la Guía de circulación definitiva, en el cual se indicarán los datos de la planilla de circulación.
3. La Guía de circulación suministrada por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería debe cumplir todos los requisitos contemplados en el Reglamento de la Ley y debe elaborarse por triplicado, correspondiendo un ejemplar al portador o tenedor, uno al Inspector Fiscal y otro al titular del derecho minero.
4. La Guía deberá portarla el transportista y una vez que haga la entrega deberá conservarla el poseedor[86].

78 Artículo 67 del Reglamento
79 Artículo 86 de la Ley de Minas.
80 Sobre la concepción actual del servicio público en Venezuela, véase J. Araujo-Juárez (2010).
81 Artículo 87 de la Ley de Minas.
82 Artículo 68 del Reglamento.
83 Artículo 73 del Reglamento.
84 Artículo 71 del Reglamento.
85 Artículo 74 del Reglamento.
86 Artículo 75 del Reglamento.

5. Si el mineral va a ser objeto de exportación deberá cumplir con la normativa aduanera y tributaria[87].
6. Si el mineral va a ser destinado para la manufacturación dentro del país, la Guía será recibida por el industrial y la firmará para remitirla al Ministerio de Industrias Básicas y Minería[88].
7. El tenedor o poseedor de los minerales deberá contar con toda la documentación que acredite su procedencia, a los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en la normativa minero ambiental[89].
8. Las personas que circulen mineral en contravención a lo establecido en el Reglamento serán considerados como que han realizado una explotación ilegal y serán castigados conforme a lo establecido en la Ley[90].

3. El comercio de minerales

Las personas que pretendan ejercer el comercio de oro, plata, platino y metales asociados a este último, diamantes y otras piedras preciosas; bien sea que los compren para revenderlos o exportarlos; para purificarlos, ligarlos o transformarlos de cualquier manera, o para industrializarlos; o también porque en calidad de comisionistas o de agentes exportadores los reciban, por cuenta de otros, en cualquiera de las formas indicadas deberán cumplir con los requisitos indicados en la ley[91].

En atención a ello, deben inscribirse en el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, previa presentación de la solicitud respectiva y una vez inscritos, a los solicitantes se les otorgará un número, que deben colocar en el lugar más visible de la fachada del establecimiento que dé hacia la vía pública.

De la normativa que regula la comercialización de los minerales se puede inferir que las personas tienen un derecho preexistente a la misma, que pueden ejercer previa solicitud de inscripción legalmente formulada, que no les puede ser rechazada por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería[92].

Este debe formar un registro de los comerciantes y debe publicar al menos una vez al año en la Gaceta Oficial, la lista de quienes integran tal registro.

El Ministerio de Industrias Básicas y Minería podrá extender mediante resolución, el régimen de comercialización a otros minerales distintos de los mencionados en el Reglamento[93].

4. El almacenamiento de minerales

El almacenamiento de los minerales provenientes de las explotaciones, en áreas despejadas o cubiertas deberán cumplir con las normas y procedimientos que establezca el Ministerio de Industrias Básicas y Minería a través de resolución y con las disposiciones ambientales que rigen la materia[94].

En lo concerniente a los materiales de cola o relave de minas o de las plantas de procedimientos, cuando ello sea técnicamente posible deben ser depositados en áreas acondicionadas y localizadas en lugares especiales, con sujeción a las normas ambientales, a fin de ser procesados posteriormente, utilizando las técnicas más avanzadas que se encuentren disponibles[95].

5. El transporte y uso de combustibles

Las personas que sean titulares de derechos mineros tienen la obligación de consignar en la Inspectoría Técnica Regional, el inventario de los equipos que utilice en las actividades mineras debiendo detallar la capacidad, modelo, cilindrada, serial, horas y número de días promedio de utilización, así como un estimado del consumo de combustible.

87 Artículos 76, 81 y 82 del Reglamento.
88 Artículo 77 del Reglamento.
89 Artículo 83 del Reglamento.
90 Artículo 84 del Reglamento.
91 Artículo 85 del Reglamento.
92 A.R. Brewer-Carías, (2007b: p. 523).
93 Artículo 86 del Reglamento.
94 Artículo 90 del Reglamento.
95 Artículo 91 del Reglamento.

El Ministerio le expedirá la guía de movilización de combustible, que las autorizará para la compra de combustible a los distribuidores habilitados para ello[96].

xii. La extinción de los derechos mineros

Los derechos mineros adquiridos en contravención de las prohibiciones legales serán nulos de pleno derecho y si se producen traspasos a un Estado extranjero operará la caducidad del derecho[97].

Son causales de caducidad de las concesiones las siguientes[98]:

1. Cuando no se efectúe la exploración dentro del lapso previsto en la ley;
2. Cuando no se presenten los planos dentro del lapso establecido o durante la prórroga que se hubiere otorgado;
3. Cuando no se inicie la explotación dentro del lapso legal;
4. Cuando se paralice la explotación por un lapso mayor al establecido en la ley;
5. Cuando se produzca el incumplimiento del pago durante 1 año, de cualesquiera de los impuestos o multas exigibles conforme a la ley. Mientras no se dicte la resolución de caducidad, a instancia del interesado se puede aceptar el pago de los impuestos adeudados y de sus intereses, así como declarar extinguida la causal de caducidad;
6. Cuando no se entregue el estudio de factibilidad técnico, financiero y ambiental en el lapso previsto;
7. Cuando se produzca el incumplimiento de cualesquiera de las ventajas especiales, ofrecidas por el solicitante a la República;
8. Cuando se incurra en más de 3 ocasiones, en un período de 6 meses, en infracciones legales que hayan originado la aplicación de las sanciones pecuniarias máximas establecidas en la ley; y
9. Cualquier otra causal expresamente prevista en el título minero respectivo.

Son causales de caducidad de las autorizaciones de explotación las siguientes[99]:

1. La paralización de la explotación por más de 1 año, sin causa justificada;
2. La falta de pago durante 1 año de cualquiera de los impuestos que les sean aplicables o multas exigibles conforme a la ley. Mientras no se hubiere dictado la resolución correspondiente, se puede aceptar el pago de los impuestos adeudados y de sus intereses, así como declarar extinguida la causal de caducidad;
3. Incurrir en más de 3 ocasiones, en un período de 6 meses en infracciones legales, que hayan originado la aplicación de las sanciones pecuniarias establecidas en la ley; y
4. Cualquier otra causal prevista en la Ley o en el título minero.

Los derechos mineros se extinguen por el vencimiento del término por el cual fueron otorgados, sin necesidad de pronunciamiento alguno[100] y también se extinguen por renuncia que haga el titular mediante escrito auténtico y que deberá consignar ante el Ministerio de Industrias Básicas y Minería. Una vez recibido el mencionado escrito de renuncia, se hará constar en una resolución que se publicará en la Gaceta Oficial. Si se tienen varias, se puede renunciar a una concesión y conservar las demás[101].

Tanto la extinción de los derechos mineros como las caducidades deben ser declaradas mediante resolución del Ministerio de Industrias Básicas y Minería, que debe ser publicada en la Gaceta Oficial[102].

xiii. Los bienes utilizados en la actividad minera

Las tierras, obras permanentes, incluyendo las instalaciones, accesorios y equipos que formen parte integral de ellas, así como cualesquiera otros bienes muebles o inmue-

96 Artículos 92 y 93 del Reglamento.
97 Artículo 96 de la Ley de Minas.
98 Artículo 98 de la Ley de Minas.
99 Artículo 99 de la Ley de Minas.
100 Artículo 97 de la Ley de Minas.
101 Artículo 100 de la Ley de Minas.
102 Artículo 108 de la Ley de Minas.

bles, tangibles e intangibles, adquiridos con destino a las actividades mineras deben ser mantenidos y conservados por el titular en comprobadas condiciones de buen funcionamiento, según los adelantos y principios técnicos aplicables, durante todo el término de duración de los derechos mineros y de su posible prórroga. Estos pasarán en plena propiedad a la República libres de gravámenes y cargas, sin indemnización alguna, a partir de la extinción de dichos derechos, cualquiera sea la causa de la misma[103].

El titular de derechos mineros deberá presentar al Ministerio de Industrias Básicas y Minería un inventario detallado de todos los bienes adquiridos, con destino a las actividades mineras que realice, afectos a ellas, bienes de los cuales no podrá disponer en forma alguna, sin la previa autorización dada por escrito[104].

La cesión de un derecho minero conlleva la de todos los bienes indicados y las obligaciones asumidas por el cedente de conformidad con la ley, por el lapso que reste de la duración del derecho minero de que se trate[105].

En caso de que el titular de derechos mineros pretenda utilizar bienes de terceros, deberá obtener autorización previa escrita del Ministerio de Industrias Básicas y Minería[106].

xiv. Las zonas libres

Todas las concesiones extinguidas, renunciadas, caducadas o aquéllas que sean anuladas por sentencia serán consideradas zonas libres y el Ejecutivo Nacional podrá otorgarlas total o parcialmente teniendo o no en cuenta los linderos, de la concesión primitiva[107].

Tanto las zonas libres como las reservas nacionales tienen un procedimiento administrativo especial, para su otorgamiento previsto en la propia Ley[108].

III. La regulación de las actividades minero auríferas

El Decreto-Ley que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas (Decreto-Ley de Estatización)[109-110], que posteriormente sería modificado al menos de manera parcial -producto de otra Ley habilitante-, introdujo una regulación especial de la actividad minera aurífera[111]. Esta regulación no pasó desapercibida en la doctrina científica, que se ha ocupado de estudiar tanto el régimen general de la actividad minera[112], como el régimen especial de la actividad aurífera[113].

Esta sucesión de textos normativos vienen a modificar el régimen de la actividad aurífera minera contenida en la Ley de Minas[114], dictada de manera concomitante al debate llevado a cabo en el proceso constituyente, que condujo a la expedición de la Constitución de 1999[115] y al posterior Reglamento de la Ley de Minas[116], que habían regulado el régimen de propiedad de las mismas, de su administración, así como de los títulos jurídicos habilitantes que se podían otorgar a los particulares, para la exploración, la explotación y la comercialización de los minerales en general.

El Decreto-Ley de Estatización de la actividad aurífera minera continúa la política de estatización de las actividades económicas

103 Artículo 102 de la Ley de Minas.
104 Artículo 103 de la Ley de Minas.
105 Artículo 104 de la Ley de Minas.
106 Artículo 105 de la Ley de Minas.
107 Artículo 46 de la Ley de Minas.
108 Artículo 46 de la Ley de Minas.
109 Decreto-Ley (G.O. N° 39.759, 16/09/2011), reformada según (G.O. N° 6.063, 15/12/2011).
110 A. R. Brewer-Carías, (2011: pp. 65-77).
111 Ley (G.O. N° 6.150, 18/11/2014).
112 V. R. Hernández-Mendible, (2012b: pp. 195-270).
113 A.R. Brewer-Carías, (2011: pp. 65-77); A. Figueiras Robisco, (2012: pp. 307-309); V. R. Hernández-Mendible, (2012a: pp. 295-306); y del mismo autor, (2012b: pp. 385-410).
114 Ley (Gaceta Oficial N° 5.382, 28/09/1999).
115 Constitución de la República de Venezuela (G.O. N° 5.453, 24/03/2000, enmendada según G.O. N° 5.908, 19/02/2009).
116 Reglamento (G.O. N° 37.155, 9/3/2001).

que viene realizando el Estado y que cuenta con antecedentes en las actividades económicas petroleras[117], eléctricas[118], siderúrgicas[119] y del cemento[120].

Es esta la razón que lleva a analizar cuáles han sido las reformas introducidas en la regulación de la explotación aurífera, teniendo en consideración que un adecuado marco normativo podría servir de aliciente para fomentar la inversión privada en esta actividad económica y buscar así el desarrollo o ampliación de los mercados internacionales en la comercialización del oro y en el aumento de los ingresos generados por el aprovechamiento de este recurso natural.

i. Las auténticas razones de la reforma del régimen de exploración y explotación de la actividad minera del oro

Lo primero que cabe destacar es que al Decreto-Ley que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas (Decreto-Ley de Estatización) se le otorga rango «orgánico» con la pretendida finalidad de cumplir con la Constitución, que, siendo posterior a la Ley de Minas, exige que la reserva se realice mediante Ley Orgánica. En anteriores oportunidades he expresado la convicción respecto a que el Ejecutivo Nacional no tiene constitucionalmente atribuida la potestad para dictar un decreto con rango, valor y fuerza de ley que tenga carácter «orgánico», sin embargo, ello no ha sido aceptado por el Tribunal Supremo de Justicia[121].

Es por ello, que no bastando un simple Decreto del Presidente de la República, dictado en consejo de ministros o suscrito por el ministro del ramo, como lo reguló la Ley de Minas, para que quedara reservado el mineral del oro, así como las actividades de exploración, explotación, las conexas y las auxiliares para su aprovechamiento exclusivo por el Estado, correspondía al Poder Legislativo nacional, como se hizo en materia del sector hidrocarburos expedir una ley orgánica que estableciese la reserva.

El Decreto-Ley de Estatización produce entre sus efectos inmediatos la derogación de todas las disposiciones que colindan con él y establece que tales normas son de orden público, por lo que se aplican con preferencia a cualquier otra del mismo rango, mientras la Ley de Minas y su reglamento se aplicarán supletoriamente, a lo que no se encuentre expresamente contemplado en este Decreto-Ley de Estatización[122].

Dado que no existe un texto previo que sirva de exposición de motivos, para entender las razones que llevaron a su expedición, la misma habría que buscarla en el contexto político-jurídico que precede a este Decreto-Ley de Estatización.

Al respecto cabe recordar las declaraciones efectuadas por el Presidente de la República el día 17 de agosto de 2011[123], es decir, seis

117 Ley (G.O. N° 38.632, 26/02/2007); Ley (G.O. N° 38.785, 8/10/2007); Ley (G.O. N° 39.173, 7/05/2009).
118 Decreto-Ley (G.O. N° 38.736, 31/07/2007, reformada según G.O. N° 39.493, 23/08/2010).
119 Decreto-Ley, (G.O. N° 38.928, 12/05/2008).
120 Decreto-Ley, (G.O. N° 5.886, 18/06/2008).
121 TSJ-SC, sentencia N° 1971, 16/01/2001.

122 Artículos 36 y 37 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.
123 El periódico El Universal, en la sección de economía, del día 18 de agosto de 2011, recoge las declaraciones del día anterior del Presidente de la República, quien reiteró su amenaza efectuada un año atrás, de retirar las concesiones para la explotación minera de oro en el país, oportunidad en la que había acusado a las empresas mineras de dañar el ambiente y violar los derechos de los trabajadores. En esta ocasión expresó que nacionalizaría la exploración y explotación de oro, que estaban desarrollando tanto empresas públicas como privadas bajo el régimen de concesiones. Así afirmó que «vamos a nacionalizar el oro y vamos a convertirlo entre otras cosas en reservas internacionales'' y agregó que "pronto voy a aprobar una ley habilitante... para comenzar a tomar la zona del oro»', con la finalidad de combatir las «mafias»' y el "contrabando'', así finalmente sostuvo que "«La ley del oro reserva al estado las actividades de exploración y explotación del oro y regula las empresas mixtas". http://www.eluniversal.com/2011/08/18/presidente-anuncia-nacionalizacion-de-explotacion-de-oro En esa misma publicación y fecha, también se recogen las declaraciones del Presidente de la República en el que manifestó que había ordenado trasladar al Banco Central de Venezuela 211,35 toneladas de oro que el país tiene depositadas en entidades financieras del exterior y representan la mayor parte de las reservas internacionales, para buscar la protección de los activos de la República ante la crisis que atraviesan Estados Unidos y Europa, donde está colocado

días antes de la expedición del Decreto Ley N° 8.413, de 23 de agosto de 2011 (Decreto-Ley de Estatización), en las cuales exponía su intención de «nacionalizar» el oro para convertirlo en reservas internacionales y en esa misma oportunidad expresó su intención de traer al país las reservas internacionales en oro, que se encontraban en el exterior.

Es pertinente contextualizar que, a raíz de los acontecimientos que se originaron en Libia con motivo de la primavera árabe, el Presidente de la República había hecho la amenaza de trasladar las reservas internacionales en oro –ante el temor de experimentar las mismas consecuencias del dictador libio-, pues producto de las revueltas en dicho país exigiendo democracia, el dictador Muamar Al-Khadaffi resolvió reprimir violentamente a la población, lo que llevó a que fuese acusado ante la Corte Penal Internacional por haber incurrido en violación sistemática y masiva de los derechos humanos de los habitantes de su país y además generó la reacción de los países occidentales de congelar las cuentas y bienes del dictador en los territorios europeos -26 de febrero de 2011, por la ONU y 28 de febrero de 2011, por la Unión Europea-, para que no siguiese comprando armas para utilizarlas contra la población civil.

Estos hechos de política internacional que acompañan las declaraciones del Presidente de la República apoyando abiertamente el régimen libio, luego serán matizados y encubiertos con la manifestación de «nacionalizar» el mineral del oro, declaración que carece de absoluto sentido si se tiene en consideración que este es propiedad del Estado conforme a las disposiciones constitucionales y legales antes mencionadas.

Siguiendo en este orden de ideas, al estudiar el artículo 1 del Decreto-Ley de Estatización, se aprecia que, más que contener el objeto del mismo, parece una combinación de objeto del texto normativo con exposición de motivos, donde se expresa una intención que no es cierta, pues se dice que tiene «… el propósito de revertir los graves efectos del modelo minero capitalista, caracterizado por la degradación del ambiente, el irrespeto de la ordenación territorial, el atentado a la dignidad y la salud de los mineros y pobladores de las comunidades aledañas a las áreas mineras, a través de la auténtica vinculación de la actividad de explotación del oro con la ejecución de políticas públicas que se traduzcan en el vivir bien del pueblo, la protección ambiental y el desarrollo nacional».

El texto citado que evidencia una lamentable técnica legislativa ha sido objeto de análisis por la doctrina científica, quien ha sido contundente al advertir la falsedad implícita en la misma, señalando que no es posible imputarle al «modelo minero capitalista» tan perjudiciales consecuencias «pues si ha habido en Venezuela un sector de la economía altamente intervenido por el Estado, esa ha sido precisamente la minería del oro. Esos efectos, si existen, sólo son atribuibles al propio Estado por falta de cumplimiento de las previsiones de la ley. Basta recordar las previsiones del artículo 5 de la Ley de Minas, donde se dispone «que las actividades mineras reguladas por dicha Ley, se deben llevar a cabo científica y racionalmente, procurando siempre la óptima recuperación o extracción del recurso minero, con arreglo al principio del desarrollo sostenible, la conservación del ambiente y la ordenación del territorio», imponiéndose a los titulares de derechos mineros, además de la observancia de la Ley, las siguientes obligaciones que el Estado estaba en la obligación de exigir …»[124].

Es por ello que se considera que el trasfondo del Decreto-Ley de Estatización de la actividad aurífera, no era eliminar el contrabando del mineral, proteger el ambiente o mejorar la calidad de vida de las personas que realizan o se encuentran relacionadas con la actividad, lo que realmente se pretendió y

el oro a ser transferido. http://www.eluniversal.com/economia/110818/chavez-ordena-la-transferencia-de-211-toneladas-de-oro-al-bcv

124 A. R. Brewer-Carías, (2011: p. 67).

se hizo fue justificar políticamente la «nacionalización" de las reservas internacionales, mediante la transferencia de tales reservas al país, para supuestamente ejercer la soberanía sobre las mismas y eliminar el temor no expresado jurídicamente del riesgo de embargos internacionales futuros.

Evidentemente, la nueva regulación al no respetar los derechos adquiridos que había otorgado el Estado con anterioridad a su expedición, ha venido a afectar a los operadores económicos que tenían títulos jurídicos habilitantes para realizar tanto las actividades primarias de exploración y explotación, así como las actividades conexas y auxiliares respecto a la actividad aurífera, lo que ha supuesto una afectación de las inversiones e incluso la dificultad tanto de su recuperación, como de la legítima ganancia razonable por el negocio jurídico desarrollado conforme a la ley vigente al momento de su realización.

ii. La regulación de las actividades minero auríferas

El Decreto-Ley que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas (Decreto-Ley de Estatización) establece una reserva que se traduce en un primer plano en la gestión directa o preeminente por el Estado de la actividad minero aurífera; en segundo lugar, en la extinción anticipada de los títulos jurídicos habilitantes que se habían otorgado a los inversionistas privados y la consecuente obligación de transferencia forzosa de los bienes; y en tercer lugar, en la obligación que se impone a aquellos inversionistas que quieran continuar realizando las actividades primarias, conexas o auxiliares, de asociarse con el Estado para conformar una empresa mixta estatal. Seguidamente se analizarán estos aspectos de manera detallada.

1. La gestión directa o preeminente por el Estado

El Decreto-Ley de Estatización comienza por indicar que a partir de su entrada en vigor, la actividad aurífera minera queda reservada al Estado, por lo que separándose de lo establecido en la Ley de Minas, que permitía la gestión tanto del Ejecutivo Nacional como de los particulares que obtuviesen uno de los títulos jurídicos habilitantes contemplados en dicha Ley, el mineral reservado será gestionado de manera directa y preeminente por el Estado, reduciendo la posibilidad de participación privada a su mínima expresión.

En tal sentido se señala, que la actividad minera aurífera será realizada por el Estado, en las siguientes modalidades[125]:

a) Por la República, que constituye la personificación jurídica del Estado tanto nacional como internacionalmente, que puede llevar a cabo esta actividad económica de manera directa, a través de algunos de sus órganos.

b) Por los institutos autónomos establecidos en el artículo 142 de la Constitución y mencionados en el artículo 98 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, aunque de manera inapropiada algunas leyes los denominan "institutos públicos", como si la autonomía que les atribuye la Constitución y cuyo grado de intensidad deben precisar las respectivas leyes de creación, fuese contrario a la condición de ser públicos.

c) Por empresas del Estado, que pueden ser de exclusiva propiedad de la República o filiales de estas, conforme al artículo 103 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

d) Por empresas mixtas, en las cuales la República o alguna de las empresas antes mencionadas tengan el control de sus decisiones y mantengan una participación patrimonial mayor del cincuenta y cinco por ciento (55%) del capital social.

Se trata de auténticas empresas del Esta-

125 Artículo 5 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.

do[126], conforme al artículo 103 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que se califican como mixtas, en tanto admiten la participación privada minoritaria en un porcentaje del capital social.

Finalmente, aunque no por ello menos importante se debe señalar, que todo el oro que se extraiga en virtud de la actividad minera debe ser entregado y vendido a la República, a través del ministerio competente o los entes públicos que este designe, quienes ejercerán el monopolio de la comercialización, en los términos que establezcan las políticas que dicte el Ejecutivo Nacional al respecto. Esta reserva monopólica no comprende la comercialización de las joyas de oro de uso personal[127].

2. La extinción anticipada de los títulos jurídicos habilitantes y la obligación de transferencia forzosa de bienes

Una de las consecuencias inmediatas del Decreto-Ley de Estatización de oro es que estableció la reserva hacia el futuro, en virtud de lo cual, no se otorgarían títulos jurídicos habilitantes a partir de su entrada en vigencia, constituyendo una especie de reserva ad cautelam y dispuso que las anteriores solicitudes de tales títulos jurídicos para el ejercicio de la pequeña minería, que se encontrasen en curso para el momento de su entrada en vigencia, se dejarían sin efecto por decaimiento en su objeto[128].

Pero la reserva también produjo consecuencias inmediatas sobre las relaciones jurídicas establecidas con anterioridad, pues condujo a la obligatoria extinción anticipada de los títulos jurídicos habilitantes, que se habían otorgado conforme a la legislación vigente. Esta extinción anticipada se consideró obligatoria porque se produjo con o sin el consentimiento de los titulares de las concesiones, autorizaciones o contratos y es perentoria porque se debía realizar en el tiempo establecido en el ordenamiento jurídico, es decir, los noventa (90) días siguientes a partir de la publicación del Decreto-Ley de Estatización del oro.

Durante este plazo se debían realizar las negociaciones entre los titulares y la comisión designada por el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, con la finalidad de extinguir tales títulos jurídicos de mutuo acuerdo. En realidad, más que lograr el mutuo acuerdo, se trataba de concertar cuál sería la mejor manera para alcanzar una solución, pues aunque no se esté de acuerdo con la estatización, se trata de aprovechar la oportunidad para buscar el mejor arreglo posible, antes de que indefectiblemente se produjese la extinción de pleno derecho al término de los noventa (90) días continuos, a partir de la publicación en la Gaceta Oficial del Decreto-Ley de Estatización.

Es así como el período de la negociación serviría para ponerse de acuerdo en los términos de la extinción de los títulos jurídicos habilitantes, en las condiciones en que se realizaría la transferencia de los bienes, de las instalaciones y el control de las operaciones, en caso de que los afectados no hubiesen resuelto migrar hacia la constitución de la empresa mixta o de la manera como se constituiría la empresa mixta, en el supuesto que hubiesen accedido a ello[129]. En caso de transcurrir este período de migración inútilmente sin acuerdo entre las partes, entonces quedarían extinguidos tales títulos jurídicos habilitantes por mandato legal y el entonces Ministerio de Industrias Básicas y Minería podía dictar las medidas que considerase necesarias, a fin de garantizar la continuidad de la gestión de las actividades mineras[130].

126 J. Araujo-Juárez, (2008: pp. 191-241).
127 Artículo 21 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.
128 Disposición Transitoria Tercera del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.
129 Artículos 12 y 14 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.
130 Artículos 14 y 17 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.

Una vez concluido el término de los noventa (90) días continuos siguientes de la publicación en Gaceta Oficial del Decreto-Ley, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería o la empresa que este designase tomaría posesión de los bienes y control de las operaciones relativas a las actividades reservadas, de conformidad con el cronograma que se estableció a tal fin y las personas afectadas debían colaborar en la entrega pacífica de los bienes y el control ordenado de las operaciones, instalaciones, documentación y equipos destinados a las actividades de la minería aurífera, a riesgo de ser sancionados administrativa y penalmente[131].

Los bienes vinculados a los títulos jurídicos habilitantes que se declaraban extinguidos en virtud del Decreto-Ley de Estatización pasarían en plena propiedad a la República[132], libre de gravámenes y cargas[133].

Con independencia que la extinción de los títulos jurídicos habilitantes se lograse por consenso o por finalización del término establecido, las oficinas de registro público inmobiliario deberían dejar constancia de ello, estampando la respectiva nota de registro al margen de los respectivos títulos, de oficio o a solicitud del Ministerio de Industrias Básicas y Minería[134].

3. La obligación de asociarse con el Estado en una empresa mixta

Una vez que los particulares aceptan y negocian durante el período de migración, en la transformación de los títulos jurídicos habilitantes en una empresa mixta, que constituye la única manera como pueden participar en las actividades minero auríferas a partir del Decreto-Ley de Estatización, se deben observar las disposiciones especiales establecidas para la regulación de estas sociedades mercantiles.

Un aspecto particular que merece ser destacado, es que a diferencia de la mayoría de las empresas mixtas, que no requieren otra condición para su constitución que el acuerdo de voluntades en el pacto societario, con sujeción a la ley respectiva que regule determinada actividad económica y a la legislación general en materia de sociedades, en el caso de estas empresas mixtas su constitución requiere la aprobación previa del Poder Legislativo Nacional mediante un Acuerdo, que debe ser votado favorablemente por al menos la mayoría simple de sus integrantes[135].

El Acuerdo legislativo debería aprobar tanto la constitución de la empresa mixta, que tendrá como exclusiva finalidad llevar a cabo la realización de las actividades primarias de la actividad aurífera minera, como los términos y las condiciones en las que se realizarán las mismas, por lo que antes de la expedición del Acuerdo, se requería que el Ministerio de Industrias Básicas y Minería le informase al Poder Legislativo de todas las circunstancias pertinentes a dicha constitución y condiciones -previamente pactadas durante el período de migración-, incluidas las ventajas especiales previstas a favor de la República, a los fines de que ello sea objeto de discusión parlamentaria y eventual aprobación a través del citado Acuerdo.

El otro aspecto relacionado con las empresas mixtas se refiere a la conformación del marco normativo que las rige, integrado por los siguientes textos: El Decreto-Ley de esta-

131 Artículo 15 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.

132 Es importante mencionar que cualquier clase de bienes de propiedad privada, pueden ser adquiridos por el Estado de manera consensual, conforme a las previsiones del Código Civil y leyes especiales o de manera forzosa a través de la institución de la expropiación, conforme a lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución y la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social, en razón de lo que se deberá acudir a ésta, en caso que no haya acuerdo entre el particular y el Estado, para que se materialice la traslación de la propiedad. Sobre este tema puede verse V. R. Hernández-Mendible, (2017: pp. 527-582).

133 Artículo 16 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.

134 Disposición Transitoria Sexta del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.

135 Artículo 6 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.

tización de la actividad minero aurífera, la Ley Orgánica de la Administración Pública, el Código de Comercio y las demás leyes que les fueran aplicables[136], lo que se complementa con el Acuerdo del Poder Legislativo que aprueba su constitución y las normas que en ejercicio de su competencia expida el Ministerio de Industrias Básicas y Minería, no obstante, no requerían autorización del Poder Legislativo para realizar operaciones de crédito público[137], al considerarse incluidas en la excepción contenida en el artículo 90 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público[138].

El elemento adicional que debe tenerse presente es que una vez aprobada la constitución de las empresas mixtas, se entiende que tal asociación es de carácter personalísimo, por lo que quien haya sido aceptado para realizar el pacto societario con el ente público correspondiente, no puede ceder, enajenar o traspasar sus acciones a terceros, sin la previa autorización del Ministerio de Industrias Básicas y Minería, quedando en manos del Estado el derecho de preferencia para adquirir dichas acciones[139].

4. Los principios que rigen la gestión de las empresas mixtas

El Ejecutivo Nacional mediante decreto puede transferir a las empresas mixtas, el derecho al ejercicio de todas o parte de las actividades reservadas, así como la propiedad u otros derechos sobre bienes muebles o inmuebles del dominio privado de la República, que sean requeridos para el eficiente ejercicio de tales actividades. Dada la potestad discrecional que se le atribuye, el Ejecutivo Nacional podrá abstenerse de otorgar estos derechos o incluso revocarlos si los hubiese otorgado, cuando así convenga al interés nacional o cuando las empresas no den cumplimiento a sus obligaciones[140].

Las empresas mixtas que obtengan los derechos de realización de las actividades primarias lo hacen bajo su propio riesgo. En consecuencia, la República no garantiza la existencia del mineral de oro o que este sea industrial y económicamente explotable, ni se obliga a saneamiento legal o contractual alguno. Tales cláusulas se considerarán incorporadas implícitamente, en caso de no estar indicadas de manera expresa en el acto jurídico que otorgue el derecho al desarrollo de tales actividades[141].

Es importante mencionar que las empresas mixtas que realicen actividades primarias podrán efectuar las gestiones necesarias para el ejercicio de las actividades que se les hayan transferido, así como celebrar los contratos correspondientes, conforme a las disposiciones del Decreto-Ley de Estatización y a las demás que les resulten aplicables[142].

En todo caso, el Ministerio de Industrias Básicas y Minería como autoridad competente deberá determinar el área total asignada a las empresas mixtas para la exploración y explotación de la actividad minera aurífera y el tiempo que durará el desarrollo de tales actividades, no debiendo exceder inicialmente la explotación de un período de 20 años, que podrá prorrogarse hasta por dos períodos, de un máximo de 10 años cada uno[143]. Para que pueda considerarse el otorgamiento de tales prórrogas, estas deberán ser solicitadas al Ministerio dentro del último tercio antes del vencimiento del período para el cual fue otorgado el derecho de explotación.

136 Artículo 7 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.
137 Artículo 35 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.
138 Ley (G.O. N° 6.210, 30/12/2015).
139 Artículo 7 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.
140 Artículo 9 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.
141 Artículo 10 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a éstas.
142 Artículo 11 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.
143 Artículo 8 del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.

iii. El régimen transitorio en la actividad minera aurífera

El Derecho Transitorio crea un régimen temporal entre la regulación de las actividades mineras auríferas que se estaban realizando conforme a la Ley de Minas y la implementación de las disposiciones del Decreto-Ley de Estatización.

Es así como aquellas empresas del Estado que al momento de entrada en vigencia del Decreto-Ley de Estatización fuesen titulares de asignaciones directas o derechos mineros vinculados con el mineral de oro, continúan habilitadas para seguir realizando dichas actividades en las mismas áreas en las que se encontraban otorgados los títulos que se extinguen, hasta tanto el Ministerio de Industrias Básicas y Minería resuelva respecto a la modificación de tales áreas[144].

En este orden de ideas, también se dispuso que hasta tanto el Ministerio de Industrias Básicas y Minería expida la resolución correspondiente, quienes realicen las actividades mineras conexas o auxiliares, salvo la referida a la comercialización nacional e internacional del oro, quedarán habilitados para seguir ejerciendo dichas actividades[145].

Todo lo hasta aquí expuesto plantea la necesidad de analizar sucintamente lo relacionado con la figura de la alianza estratégica, en el sector minero aurífero.

IV. Los aspectos de la regulación aurífera que introduce la reforma de 2014

Una auténtica novedad en la reforma regulatoria es la introducción de dos figuras inéditas–que se suman a las anteriormente establecidas-, para realizar la actividad económica aurífera, pero únicamente en lo relacionado con la minería a pequeña escala. Se trata por un lado de la alianza estratégica y por la otra de las brigadas mineras.

i. Las alianzas estratégicas

Se debe mencionar que la figura de la alianza estratégica entre el Estado y los particulares no tiene antecedente directo en la actividad minera, aunque si se encuentra en el marco de la contratación pública, pues la Ley que regula esta materia la había definido, -aunque de una manera bastante ambigua-, como «el establecimiento de mecanismos de cooperación entre el órgano o ente contratante y personas naturales o jurídicas, en la combinación de esfuerzos, fortalezas y habilidades, con objeto de abordar los problemas complejos del proceso productivo, en beneficio de ambas partes»"[146].

Cabe destacar que esta definición lo que pretendía era identificar una categoría de negocios jurídicos que podían celebrar las autoridades administrativas sin tener la obligación de aplicar los procedimientos administrativos de selección de contratistas legalmente establecidos para la adquisición de bienes, la prestación de servicios o ejecución de obras, debiendo quedar tales negocios sujetos a un régimen de selección especial, que debía establecer el Ejecutivo Nacional mediante decreto.

Hay que advertir que el texto legal de la contratación pública fue reformado posteriormente y entre otros aspectos se modifica la definición de la alianza estratégica que es considerada como «el establecimiento de mecanismos de cooperación entre el contratante y personas naturales o jurídicas o conjunto de ellas, independientemente de su forma de organización, en la combinación de esfuerzos, fortalezas y habilidades, para la obtención de bienes, servicios

144 Disposición Transitoria Quinta del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.

145 Disposición Transitoria Cuarta del Decreto-Ley que reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las conexas y auxiliares a estas.

146 Artículo 6.24 de la Ley de Contrataciones Públicas, (G.O. Nº 5.877, 14/03/2008), reimpresa por error de copia, (G.O. Nº 38.895, 25/03/2008); reformada por primera vez (G.O. Nº 39.165, 24/05/2009) y posteriormente (G.O. Nº 39.503, 6/09/2010).

u obras asociados al proceso productivo o a las actividades sustantivas del contratante, debiendo establecerse en el documento donde se formalice, las ventajas que represente para el contratante la alianza estratégica en comparación con la aplicación de las modalidades de selección de contratistas. Comprenderán igualmente los acuerdos entre órganos y entes de la Administración Pública, en un proceso de gestión con las comunidades organizadas»»[147].

No obstante, el Decreto Ley que reforma la regulación de la reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares a estas, al introducir la figura de la alianza estratégica para incluirla dentro de las modalidades de realización de la actividad minera aurífera brinda una nueva definición, conforme a la cual son consideradas, alianzas estratégicas aquellas conformadas entre el Estado, sus empresas o filiales de estas y las sociedades u otras formas de asociación para «compartir procesos productivos, necesarios para llevar a cabo las actividades primarias y conexas para el aprovechamiento del oro», sin que ello conlleve a la comercialización del mineral aurífero, cuya actividad debe ser realizada exclusivamente por el ente estatal designado para tal efecto[148].

Tal como se puede apreciar, no son idénticas las figuras de la alianza estratégica que contempla la Ley de contrataciones públicas y la establecida en el ámbito minero aurífero.

En este último caso, además se aprecia que la alianza estratégica no puede ser para la exploración y explotación del oro en cualquier modalidad, sino para la minería considerada en pequeña escala, que al igual que el resto de la actividad económica del sector debe orientarse a un aprovechamiento racional y sostenible.

La manera como las partes formalizan la alianza estratégica es mediante un acuerdo, que deberá indicar los tipos de técnicas que se podrán utilizar para realizar la minería a pequeña escala, con sujeción a los principios ambientales, la ordenación del territorio y demás normas que rigen la materia.

Se establece la prohibición a las personas naturales –no abarca a las personas jurídicas y como toda restricción a la libertad, es de interpretación restringida y de texto expresoque constituyan una sociedad o asociación a los fines de constituir una alianza estratégica con el Estado, de no poder participar en otra sociedad o forma de asociación que pretenda suscribir una nueva alianza estratégica. En tanto, las personas jurídicas -las empresas o entes involucrados- conservarán su identidad jurídica y patrimonial por separado y establecerán la asociación únicamente para los fines descritos.

El Ministerio de Petróleo y Minería tiene atribuidas las siguientes competencias:

1. Establecer un registro de todas las personas que formalicen alianzas estratégicas con el Estado, a los fines de la actividad minera en pequeña escala.
2. Obtener previamente los permisos ambientales respectivos.
3. Determinar las áreas geográficas en las que se realizará el ejercicio de la minería y modificarlas reduciendo el máximo de hectáreas a ser otorgadas.
4. Desarrollar todo lo concerniente a las actividades mineras que llevarán a cabo las alianzas estratégicas.
5. Otorgar la autorización de explotación, mediante resolución administrativa que se publicará en la Gaceta Oficial, previa solicitud de los representantes de las alianzas estratégicas, que debe ser acompañada de todos los documentos pertinentes y el proyecto minero a desarrollar.

Las condiciones de la autorización para la explotación de la minería a pequeña escala

147 Artículo 6.35 de la Ley de Contrataciones Públicas, (G.O. N° 6.154, 19/11/2014).
148 Artículo 16 del Decreto Ley que reforma la regulación de la reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro.

son las siguientes:

1. El área geográfica otorgada no debe exceder de las veinticinco hectáreas (25 has) y dependerá de las variables ambientales que se establezcan de acuerdo al proyecto minero a desarrollar.
2. La duración será de diez años, contados a partir de su publicación en la Gaceta Oficial, pudiendo ser prorrogada por un máximo de dos períodos de hasta diez años cada uno.
3. No pueden ser enajenadas, cedidas, gravadas, arrendadas o sub-arrendadas, ni traspasadas en forma alguna.

Las autorizaciones para la explotación de la minería a pequeña escala se extinguen por las siguientes causas:

1. Por revocación, cuando se desnaturalice el objeto para el cual fueron otorgadas.
2. Se incumpla el proyecto minero a desarrollar.
3. Se desconozcan las disposiciones establecidas en materia ambiental.
4. Se distorsione el objeto de la alianza estratégica.

En todos estos supuestos de extinción de autorizaciones, se requerirá la resolución administrativa del Ministerio de Petróleo y Minería (principio del paralelismo de la competencia) y la posterior publicación en la Gaceta Oficial (principio de paralelismo de la forma), en garantía de la publicidad y seguridad jurídica.

Se dispone que el aprovechamiento del mineral aurífero a pequeña escala en hábitat, tierras indígenas y demás comunidades ubicadas dentro del ámbito de influencia de la actividad debe realizarse con estricta sujeción al ordenamiento jurídico especial.[149]

Mientras se conforman las alianzas estratégicas y a los fines de garantizar los aportes de los operadores mineros al fortalecimiento del sistema económico nacional, se estableció un período de un año a partir de la entrada en vigencia de la reforma, que puede ser prorrogado por una sola vez y por el máximo de un período igual, mediante resolución expedida por el Ministerio de Petróleo y Energía, durante el cual el ministerio y el ente designado por el Estado para la adquisición del mineral del oro pueden adoptar de manera conjunta, las medidas necesarias para comprarlo cuando provenga de las actividades primarias realizadas por personas habilitadas, en las áreas destinadas a las actividades mineras.

ii. Las brigadas mineras

La otra figura que introduce el Decreto Ley que reforma la regulación de la reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro son las denominadas brigadas mineras.

Estas brigadas constituyen una forma de asociación de personas naturales –a diferencia de las alianzas estratégicas, que se pueden hacer también con personas jurídicas-, que tienen como objetivo el desarrollo de la actividad de la minería aurífera a pequeña escala.

Todo lo relacionado con la constitución, organización, duración y otros aspectos jurídicos serán establecidos por el Ejecutivo Nacional, a través del Reglamento del Decreto Ley y en cualquier caso la constitución de estas brigadas se hará bajo el control del Ministerio de Petróleo y Minería.

iii. Los aspectos colaterales de la reforma de 2014

Antes de finalizar este subepígrafe, se deben mencionar los otros aspectos que fueron abordados en la reforma de 2014.

Los operadores habilitados para el ejercicio de las actividades primarias, así como las alianzas estratégicas para el ejercicio de la minería a pequeña escala, al encontrar minerales distintos al oro están en la obligación

149 J. L. Villegas Moreno, (2012: pp. 99-144).

de comunicarlo inmediatamente al Ministerio de Petróleo y Minería, el cual podrá disponer de los mismos para su aprovechamiento, conforme a las modalidades previstas en el Decreto Ley de Minas.

El Estado como propietario de los yacimientos del oro tiene derecho a una participación máxima del trece por ciento (13%) por concepto de regalía, sobre el producto final del mineral extraído, pero el Ministerio de Petróleo y Minería puede rebajar la regalía hasta un mínimo de tres por ciento (3%).

El Ministerio de Petróleo y Minería en representación del Ejecutivo Nacional puede recibir la regalía en dinero –que consiste en el pago en moneda de curso legal- o en equivalente –que consiste en el pago en metal de oro-.[150]

El mineral oro que se extraiga como consecuencia del desarrollo de la actividad de exploración y explotación será de obligatoria venta y entrega preferente al Banco Central de Venezuela, salvo que el Presidente de la República disponga que sea otro ente al cual deberá venderse.

Esta obligación es de transcendental importancia, porque el oro amonedado y en barras depositado en las bóvedas del Banco Central de Venezuela puede constituir parte de las reservas internacionales del país[151].

El Banco Central de Venezuela regulará y efectuará operaciones en el mercado del oro en los términos y condiciones que él establezca a tales fines, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el Reglamento del Decreto Ley que reforma la regulación de la reserva al Estado, de las actividades de exploración y explotación del oro.

Las actividades de comercialización de las joyas de oro de uso personal, se encuentran excluidas de las disposiciones del Decreto Ley y corresponde al Ministerio de Petróleo y Minería determinar mediante resolución administrativa, los criterios para la venta de oro destinada a la fabricación de joyas de uso personal.

V. La regulación del sector carbonífero que surge de la aplicación del Decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos

Tal como se ha explicado en otra ocasión[152], la necesidad de generar nuevos ingresos fiscales ha llevado al actual gobierno a efectuar modificaciones parciales a la regulación del sector minero, siendo que la intención inicial se circunscribía al mineral aurífero[153], en su más reciente reforma se reconoció la posibilidad de que también sean objeto de la nueva regulación otros minerales que sean calificados como estratégicos[154].

Considerando que los aspectos novedosos del Decreto-Ley fueron objeto de análisis en los subepígrafes anteriores, seguidamente se comentarán algunos aspectos puntuales sobre su aplicación a minerales distintos del

150 El artículo 30 del Decreto Ley que reforma la regulación de la reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro dispone que la regalía podrá ser exigida por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Petróleo y Minería, «en especie o en dinero», total o parcialmente. Mientras no lo exigiere de otra manera, se entenderá que opta por recibirla totalmente en dinero.

Cuando el Ejecutivo Nacional decida recibir la regalía «en especie», podrá utilizar para los efectos de beneficio, transporte y almacenamiento, los servicios de la empresa que designe a tales fines, la cual deberá prestarlos hasta el lugar indicado, y recibirá el precio que se convenga por tales servicios. A falta de acuerdo, el precio será fijado por el ministerio con competencia en materia de minería.

Si se decide recibir la regalía en dinero, quienes desarrollen las actividades primarias, deberán pagar el precio de las cantidades correspondientes, que serán medidas donde determine las normas técnicas que se dicten al efecto, a valor de mercado o valor convenido o en defecto de ambos a un valor fiscal fijado por el liquidador del mineral. A tal efecto el Ministerio de Petróleo y Minería, liquidará la planilla correspondiente, la cual deberá ser pagada al Fisco Nacional dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción.

151 Artículo 127 de la Ley del Banco Central de Venezuela, (G. O. 6.211, 30/12/2015).

152 V. R. Hernández-Mendible, (2016: pp. 166-167).

153 Decreto-Ley (G.O. N° 39.759, 16/09/2011), reformado según (G.O. N° 6.063, 15/12/2011) y posteriormente por el Decreto-Ley (G.O. N° 6.150, 18/11/2014).

154 Decreto-Ley (G.O. N° 6.210, 30/12/2015).

oro, que han sido considerados estratégicos.

A tales fines se debe tener presente, la facultad atribuida al Ejecutivo Nacional para declarar mediante decreto que un mineral es considerado estratégico, tal como ha ocurrido con el Decreto N° 3597, que declaró como mineral estratégico a los fines de su exploración y explotación al carbón[155].

Este acto del Ejecutivo Nacional conduce a un cambio regulatorio en el sector carbonífero, pues la Ley de Minas y el reglamento de esta, que eran las fuentes normativas principales, pasan a ser las fuentes normativas supletorias de marco regulatorio contenido en el Decreto-Ley de 2015, que es de aplicación preferente a cualesquiera otros textos jurídicos de similar jerarquía normativa[156].

i. La nueva calificación del mineral del carbón

El Ejecutivo Nacional en ejercicio de la potestad discrecional que le otorga el Decreto-Ley de 2015 ha expedido el Decreto, mediante el cual dispuso que[157]:

«Se declara como mineral estratégico para su exploración y explotación el carbón, por lo cual queda sujeto al régimen establecido en el Decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos».

La calificación del carbón como mineral estratégico en cuanto a las actividades primarias, que comprenden la exploración y la explotación, supone un relevante cambio de régimen jurídico.

Ahora bien, ello lleva a plantearse ¿sí tal cambio de régimen jurídico puede implicar una afectación a los derechos adquiridos por los operadores mineros, que bajo el régimen anterior obtuvieron los títulos habilitantes para ejercer los derechos mineros?

Una respuesta a esta pregunta exige efectuar una aproximación a las consecuencias que se derivan de la calificación del carbón como mineral estratégico, lo que se hará seguidamente.

ii. La reserva en las actividades primarias de exploración y explotación del carbón

Todos los recursos minerales cualquiera sea su naturaleza se encuentran publificados, siendo por tanto de titularidad de la República y al ser considerados bienes del dominio público son inalienables e imprescriptibles por disposición constitucional[158].

Ahora con la nueva calificación del carbón como mineral estratégico y en aplicación del Decreto-Ley de 2015, las actividades primarías de exploración y explotación quedan reservadas al Estado[159], excluyendo la participación privada en los términos que se encuentra previsto en la Ley de Minas de 1999.

Lo anterior sería suficiente para dar respuesta a la pregunta planteada, en el sentido de que quienes ostentaban los títulos habilitantes para ejercer derechos mineros para el aprovechamiento del carbón ya no pueden seguirlo haciendo por el cambio de régimen jurídico; pero ello implicaría reconocerle aplicación retroactiva al nuevo régimen jurídico del mineral del carbón y el desconocimiento de los derechos mineros adquiridos, que se encuentran sujetos a unas causales taxativas de extinción, que fueron comentadas anteriormente en este trabajo.

No obstante, para no llegar a una conclusión precipitada se debe analizar integralmente el texto jurídico que habilita al Ejecutivo Nacional, para calificar de estratégicos y sustraer del régimen general, a los minerales que estaban regulados exclusivamente por

155 Decreto N° 3597 (G. O. N° 41.472, 31/08/2018).
156 Artículos 2 del Decreto-Ley de 2015 y 2 de la Ley de Minas.
157 Decreto N° 3597.
158 Artículos 12 de la Constitución y 3 del Decreto-Ley.
159 Artículos 4 y 5 del Decreto-Ley de 2015.

la Ley de Minas y su reglamento.

iii. Los actores en la exploración y explotación del carbón

El Decreto-Ley de 2015 establece que pueden participar en la actividad económica sobre los minerales declarados estratégicos[160]:

1. La República directamente, por órgano del Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico.
2. La República de manera indirecta, a través de los institutos autónomos o públicos, creados conforme a la ley.
3. La República de manera interpuesta, a través de las corporaciones y empresas de su exclusiva propiedad, así como las filiales de estas que le pertenezcan en su totalidad o hayan sido creadas para tal fin.
4. Las empresas mixtas, en las cuales la República tenga una participación mínima del 55% del capital social.
5. Las alianzas estratégicas que constituya la República con sociedades y asociaciones, que se orientarán a la actividad de la pequeña minería, previa autorización del Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico.
6. El Banco Central de Venezuela, a través de las formas asociativas antes mencionadas[161].
7. Las brigadas mineras que constituyen el reconocimiento al derecho de asociación de las personas naturales, quienes deberán organizarse de esta manera para dedicarse únicamente a la pequeña minería[162].

Tal como se puede observar de la enumeración anterior, las modalidades de gestión de los recursos mineros experimentan un notable cambio, pues aunque se mantiene la gestión directa por el Estado, las modalidades de concesión, autorización, mancomunidades y minería artesanal desaparecen, para dar paso a la gestión indirecta exclusivamente por los entidades públicas o con alguna participación minoritaria de la inversión privada en empresas mixtas o en las alianzas estratégicas, sin perjuicio de la posibilidad residual de que se constituyan las denominadas brigadas mineras.

Ahora bien, de las nuevas modalidades de gestión, la única que realmente permite participación privada en las actividades económicas de exploración y explotación del carbón a gran escala, son las empresas mixtas.

iv. La prohibición de garantizar la existencia de recursos mineros

Independientemente de quién desarrolle las actividades primarias, el Decreto-Ley de 2015 dispone que estas se efectuarán a cuenta y riesgo de los operadores titulares de derechos mineros –a los efectos que este análisis, las empresas mixtas-, toda vez que en ningún caso la República se compromete a garantizar la existencia del mineral de carbón, ni se obliga a saneamiento legal o contractual.

Estas eximentes de algún tipo de responsabilidad respecto a la existencia del mineral, se deben considerar incorporadas y aplicables en el instrumento que otorgue el derecho al desarrollo de la actividad económica minera, aun cuando no se encuentre expresamente indicado en él[163].

v. El régimen de las empresas mixtas para el aprovechamiento del carbón

El Decreto-Ley de 2015 dispone que las empresas mixtas que se dediquen a la realización de las actividades primarias, que comprende la actividad económica minera deben cumplir además de lo dispuesto en dicho texto normativo, lo que disponga el Ejecutivo Nacional en el decreto de creación, así como lo establecido por las demás reglas que dicte el Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico[164].

El Ejecutivo Nacional mediante decreto dispuso la creación de una empresa mixta, que tiene como denominación social Sociedad

160 Artículo 10 del Decreto-Ley de 2015.
161 Artículo 11 del Decreto-Ley de 2015.
162 Artículo 25 del Decreto-Ley de 2015.
163 Artículo 7 del Decreto-Ley de 2015.
164 Artículo 16 del Decreto-Ley de 2015.

Anónima Carbones de Turquía y Venezuela (CARBOTURVEN S.A.), en la que actuarán como accionistas Carbones del Zulia S.A., en representación del Estado, que posee una participación en el capital social del 55%; y Glenmore Project Insaat S.A., sociedad privada que tiene una participación en el capital social del 45%[165].

La empresa mixta CARBOTURVEN S.A., jurídicamente constituye una empresa del Estado, en los términos que establece la Ley Orgánica de la Administración Pública, en razón de tener este o una de sus empresas, el cincuenta por ciento o más de su capital social[166] y por tanto estará adscrita al Ministerio de Industria y Producción Nacional, en virtud del decreto de ordena su creación[167].

El objeto social de la empresa mixta será el desarrollo de las actividades primarias de exploración en búsqueda de yacimientos de carbón, así como la extracción y explotación de este mineral[168]. La dirección y administración serán determinadas en el acta constitutiva y estatutaria[169], que debe ser inscrita en la oficina de registro mercantil de su domicilio, según lo establecido en la Ley Orgánica de la Administración Pública[170] y el decreto de creación de la empresa[171], debiendo procederse a su publicación en la Gaceta Oficial[172].

En virtud del Decreto-Ley de 2015, la empresa mixta creada para el aprovechamiento del carbón, se encuentra excluida de la autorización legislativa para la obtención de crédito público, que contempla la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, quedando sujeta únicamente a la autorización del Presidente de la República, en Consejo de Ministros[173].

vi. La transferencia de derechos y aportes al capital social de la empresa mixta

El Ejecutivo Nacional podrá transferir a las empresas del Estado el derecho al ejercicio de todas las actividades primarias en el sector carbonífero, así como sobre bienes muebles e inmuebles del dominio privado de la República, que sean necesarios para el desarrollo de la actividad minera[174].

Estos derechos asignados para el ejercicio de las actividades reservadas podrán ser transferidos a la empresa mixta que se constituya, en cuyo caso se reputarán como aportes del accionista a la nueva empresa.

vii. Las restricciones a las personas jurídicas que constituyan empresas mixtas para el aprovechamiento del carbón.

Siendo el principio la libertad de negociación y de pactos, así como la libertad de asociación, se han establecido límites a la transferencia de las acciones de las personas jurídicas, que se asocien en la constitución de empresas mixtas para la realización de las actividades primarias en el sector minero carbonífero.

En tal sentido, las empresas que convengan en constituir una empresa mixta no pueden enajenar, ceder o traspasar sus acciones, sin obtener la previa autorización del Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico, que la expedirá luego de evaluar la conveniencia estratégica de mantener la sociedad[175].

No obstante, se reconoce al Estado el derecho de preferencia para adquirir las acciones y si este no ejerce dicho derecho, se podrán ofrecer y transferir a un tercero, siempre y cuando se haya producido la autorización ministerial.

165 Artículos 1 y 3 del Decreto N° 3599, (G.O. N° 41.472, 31/08/2018).
166 Artículo 103 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, (G.O. N° 6147, 17/11/2014).
167 Artículo 1 del Decreto N° 3599.
168 Artículo 2 del Decreto N° 3599.
169 Artículo 4 del Decreto N° 3599.
170 Artículo 104 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.
171 Artículos 4 y 5 del Decreto N° 3599.
172 Artículos 104 y 105 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.
173 Artículo 15 del Decreto-Ley de 2015.
174 Artículo 21 del Decreto-Ley de 2015.
175 Artículo 17 del Decreto-Ley de 2015.

Por otra parte, aunque se admite que las empresas mixtas para realizar las actividades primarias de exploración y explotación pueden celebrar contratos de servicios[176], se estableció que aquellas personas jurídicas que contraten con ellas no podrán ceder, enajenar o traspasar el contrato suscrito, ni subcontratar servicios vinculados a la actividad objeto de contratación, sin la previa autorización del Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico[177].

viii. La intervención estatal en la regulación y planificación del aprovechamiento del carbón.

Además de las autorizaciones antes comentadas que debe otorgar el Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico, también le corresponde la planificación, promoción y formulación de políticas públicas en el sector carbonífero; la regulación, fiscalización, seguimiento, vigilancia y control de las actividades primarias; la evaluación de la factibilidad del estudio previo y el plan de explotación de los yacimientos; la identificación de las zonas, espacios y lugares geográficos susceptibles de ser explotados racionalmente, considerando como una de las variables fundamentales, la preservación del ambiente y de los grandes sistemas de cuencas hídricas nacionales; el desarrollo, conservación, aprovechamiento y control de los recursos carboníferos; el estudio del mercado, análisis, fijación de precios y el régimen de la inversión nacional y extranjera en el sector minero[178].

El Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico deberá establecer mediante resolución, el tipo de técnica a utilizar en la ejecución de las actividades reservadas en el sector carbonífero. Las normas, regulaciones, fiscalizaciones y aplicaciones de las actividades mineras serán desarrolladas en el reglamento respectivo[179].

En lo que respecta al plan sectorial de desarrollo, el Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico deberá coordinarlo con el Ministerio con competencia en materia de planificación, dentro del marco del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación[180].

El Plan de Desarrollo específico será publicado en la Gaceta Oficial y tendrá alcance normativo en las políticas específicas sectoriales, así como en la delimitación, funciones y condiciones de usos particulares del espacio para la consecución de los objetivos del plan.

El desarrollo de los espacios geográficos mineros deberá contar con un plan integral de desarrollo que comprenda las variables ambientales, económicas, sociales, urbano regionales, institucionales y geopolíticas.

El Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico conjuntamente con el Ministerio con competencia en materia de Planificación podrán presentar al Presidente de la República, la propuesta de creación de áreas específicas u otras formas de regionalización, destinadas al impulso de la actividad minera carbonífera, en los términos que serán establecidos en el Reglamento[181].

La fiscalización, liquidación y recaudación de las regalías y las ventajas especiales establecidas en el Decreto-Ley de 2015 son atribuciones exclusivas del Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico[182].

ix. El cumplimiento de la regulación ambiental y de participación de comunidades indígenas

Las empresas mixtas habilitadas para el desarrollo de las actividades primarias tienen la obligación de presentar ante la Autoridad Nacional Ambiental, el estudio de impacto ambiental y sociocultural para el desarrollo de sus proyectos mineros, para su evaluación

176 Artículo 26 del Decreto-Ley de 2015.
177 Artículo 18 del Decreto-Ley de 2015.
178 Artículo 37 del Decreto-Ley de 2015.
179 Artículo 18 del Decreto-Ley de 2015.
180 Artículos 19 y 36 del Decreto-Ley de 2015.
181 Artículo 36 del Decreto-Ley de 2015.
182 Artículos 28 y 30 del Decreto-Ley de 2015.

y aprobación correspondiente, a los fines de dar cumplimiento integral al ordenamiento jurídico ambiental[183].

La ejecución de las actividades primarias en el sector carbonífero se hará empleando prácticas científicas y tecnológicas que minimicen el impacto ambiental y en armonía con las garantías y derechos constitucionales a un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, cumpliendo la legislación ambiental y de ordenamiento territorial[184].

Igualmente, se atenderá de forma particular lo referente a las comunidades indígenas, en el marco de los principios constitucionales y legales sobre la materia; así como los temas asociados a la geopolítica, seguridad y defensa de la Nación.

x. El área asignada y el tiempo para el desarrollo de la actividad carbonífera

El Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico determinará el área total asignada a la empresa mixta para la realización de actividades primarias, así como su duración, que no podrá ser mayor de veinte años, prorrogables por un máximo de dos períodos de hasta diez años cada uno. Las prórrogas deben ser solicitadas al Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico, un año antes del vencimiento de cada período o prórroga para el cual fue otorgado el derecho. La asignación se hará previo cumplimiento de las obligaciones ambientales y demás normas que rigen la materia minera[185].

xi. La situación de los operadores mineros frente a minerales distintos al carbón.

Las empresas mixtas autorizadas para el ejercicio de las actividades primarias que encuentren minerales diferentes a los autorizados están en la obligación de informarlo inmediatamente al Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico y este de ser procedente establecerá las condiciones pertinentes para su aprovechamiento, conforme a las modalidades previstas en las leyes correspondientes.

En tales circunstancias las empresas mixtas no tendrán derechos sobre estos minerales, mientras no sea autorizado su aprovechamiento por el Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico[186].

xii. El impacto del nuevo régimen del carbón sobre los derechos mineros creados bajo el régimen anterior.

Al iniciar este subepígrafe se formuló una pregunta que sigue pendiente de respuesta y es oportuno retomar en este momento. Partiendo de la premisa que lo expuesto hasta ahora constituye un nuevo régimen jurídico, al que debían sujetarse los operadores mineros que pretendan participar en el sector carbonífero a partir del pasado 1° de septiembre de 2018, ¿qué sucede con los operadores mineros que se encontraban establecidos bajo el régimen vigente a partir de 1999 o incluso bajo el establecido desde 1945?, ¿tal cambio de régimen jurídico implica una afectación a los derechos adquiridos por los operadores mineros, que bajo el régimen anterior obtuvieron los títulos habilitantes para ejercer los derechos mineros?.

La respuesta a estas preguntas debería ser que los derechos adquiridos por los títulos habilitantes, válidamente otorgados a los operadores mineros hasta el día 31 de agosto de 2018, no pueden ser afectados o desconocidos por el cambio del marco regulatorio que se produce como consecuencia de la calificación del mineral del carbón como estratégico, toda vez que la iniciativa de participar en el sector del carbón y de ingresar como operadores en el mismo, se realizó bajo la expectativa legítima y la seguridad jurídica, que brindaba el ordenamiento jurídico vigente al momento de la inversión[187].

183 Artículo 19 del Decreto-Ley de 2015.
184 Artículo 40 del Decreto-Ley de 2015.
185 Artículo 20 del Decreto-Ley de 2015.
186 Artículo 39 del Decreto-Ley de 2015.
187 Artículo 299 de la Constitución.

En razón de lo anterior, no debería producirse la aplicación del nuevo régimen jurídico al aprovechamiento del carbón, en la medida que suponga el desconocimiento de los derechos adquiridos[188], por constituir tanto una aplicación retroactiva del nuevo orden a situaciones subjetivas consolidadas con anterioridad[189] y porque produciría una expropiación[190] o un acto de efectos equivalentes[191] sobre los derechos adquiridos, sin contemplar la indemnización previa y justa que exige la Constitución.

En consecuencia, de producirse la aplicación del nuevo régimen del sector minero del carbón, sobre los títulos habilitantes y los operadores establecidos legalmente conforme al ordenamiento jurídico preexistente a la calificación de este mineral como estratégico y afectarse o desconocerse derechos adquiridos de los titulares de derechos mineros, se podría generar la responsabilidad del Estado en el ámbito nacional[192], que deberá ser establecida por los órganos jurisdiccionales administrativos[193].

No obstante la conclusión anterior que se deduce de la Constitución, tanto el Decreto-Ley de 2015 en las disposiciones transitorias, como la práctica administrativa de estos tiempos permiten inferir que los derechos adquiridos por los operadores mineros que tenían títulos habilitantes para realizar la actividad primaria respecto al mineral del carbón, con anterioridad al día 31 de agosto de 2015, se vieron afectados con motivo de la declaración formal del carbón como mineral estratégico y su consecuente cambio de régimen jurídico.

Hay que mencionar que el Decreto-Ley de 2015, no declara la extinción de pleno derecho de los títulos habilitantes mineros existentes al momento de expedirse o de aquel en que se dicten los decretos mediante los cuales se declare un determinado mineral como estratégico, lo que si se hizo anteriormente en el sector hidrocarburos[194].

Tampoco dispuso el Decreto-Ley de 2015 que los operadores existentes al momento de su entrada en vigor o de los decretos mediante los cuales se declare un determinado mineral como estratégico debían migrar a las empresas mixtas, como también se dispuso en el sector hidrocarburos[195].

Sin embargo, producto de la práctica administrativa en el último mencionado sector extractivo y de la deficiente redacción de las disposiciones transitorias del Decreto-Ley de 2015, lo que se infiere es que fue esa la intención de este texto jurídico.

Es así como se afirma que los permisos ambientales otorgados previamente a proyectos mineros que se encuentren en ejecución al momento de entrar el vigor el Decreto-Ley de 2015, mantienen su vigencia y se entenderán transferidos a las empresas mixtas a las que se les asigne la continuidad de la ejecución del proyecto, siempre y cuando no se modifique de manera sustancial el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales tales permisos se otorgaron[196].

Se le atribuye al Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico o la empresa que este designe, la competencia para asumir las medidas necesarias para garantizar la continuidad de las actividades primarias que realizaban los operadores mineros, una vez producida la toma de posesión de los bienes y el control de las operaciones relativas a las actividades

188 Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C, N° 246, párr. 209, sostiene «Asimismo, la Corte ha protegido, a través del artículo 21 convencional, los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas».
189 Artículo 24 de la Constitución.
190 Artículo 115 de la Constitución.
191 Y. Nouvel, (2002: pp. 79-102); L. Y. Fortier, and S. L. Drymer, (2004: pp. 293-327); J. A. Muci Borjas, (2007: pp. 171-181).
192 Artículos 140 y 259 de la Constitución.
193 Artículo 14 del Decreto-Ley de 2015.
194 A. R. Brewer-Carías, (2011: pp. 47-54).
195 A. R. Brewer-Carías, (2018: pp. 242-243).
196 Disposición Transitoria Primera del Decreto-Ley de 2015.

reservadas[197].

Finalmente, se instruye a las oficinas de registro público correspondientes que deberán dejar constancia de la extinción de las concesiones o de cualquier otro título o derecho minero, estampando la respectiva nota marginal, de oficio o a solicitud del Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico[198].

Como se puede observar, las disposiciones transitorias dan por sentado lo que las normas permanentes que establecieron el nuevo régimen no señalaron tan claramente; que los antiguos títulos habilitantes que reconocían derechos mineros debían extinguirse anticipadamente al producirse la reserva del mineral, como consecuencia de su declaración como estratégico, lo que irremediablemente conduce al surgimiento de la responsabilidad del Estado en los términos en que fue anteriormente señalado.

VI. Consideraciones finales

El sector minero ha experimentado una transformación en su regulación reconociendo nuevas formas de explotación de los minerales propiedad del Estado y suprimiendo algunas de las tradicionalmente existentes, pero tiene la particularidad de someter toda esta actividad económica a los controles ex ante y ex post de carácter administrativo, ambientales y de ordenación del territorio, que debe soportar el ejercicio de la iniciativa privada cuando participa en la realización de una actividad económica que se encuentra intensamente regulada, en virtud de razones de orden y seguridad, protección del ambiente, utilidad pública e interés social, contempladas en las respectivas leyes.

De la misma manera que sucedió con el oro, el nuevo régimen jurídico de la actividad carbonífera ha supuesto una modificación normativa, institucional y de gestión, donde la regulación general y tradicional ha pasado a ser supletoria de la nueva regulación, que ahora tiene un rol principal como fuente de derecho minero con respecto a estos minerales.

Este nuevo régimen tiene una aplicación directa e inmediata, respecto a los operadores mineros que aspiran ex novo participar en el sector del oro y del carbón, quienes deberán hacerlo mediante la asociación público-privada institucional con el Estado en las empresas mixtas, que serán de titularidad predominante estatal.

Respecto a los operadores mineros que estaban realizando actividades primarias al momento de la declaración del oro y del carbón como minerales estratégicos deberían respetarse sus derechos adquiridos, conforme lo establece la Constitución y se deriva del régimen jurídico anterior, pero al proceder a aplicarles el nuevo régimen como ha sucedido conforme lo evidencia la práctica administrativa mediante la extinción de los antiguos títulos habilitantes, el Estado tiene que asumir su responsabilidad por los daños y perjuicios que pudo causarle a los titulares de tales derechos.

El último escenario planteado proyecta una notable inseguridad jurídica y un desestímulo para lograr el objetivo que persigue la reforma jurídica, que es la captación de nueva inversión privada en la modalidad de asociación público-privada institucional, a los fines de desarrollar las actividades primarias sobre los minerales del oro y el carbón; pues nada garantiza que luego de efectuar la inversión conforme a este nuevo orden jurídico, el Estado no procederá nuevamente a reformar el marco regulatorio con efecto retroactivo respecto de sus nuevos socios.

Finalmente cabe mencionar, que las concesiones del dominio público minero tienden a desaparecer del actual contexto jurídico nacional, al menos con respecto a la exploración y explotación de los yacimientos que contengan minerales que el Estado califique como estratégicos, en cuyo caso quedan

197 Disposición Transitoria Segunda del Decreto-Ley de 2015.
198 Disposición Transitoria Sexta del Decreto-Ley de 2015.

sustraídos del régimen jurídico general y pasan a tener un régimen especial.

VII. Bibliografía

Araujo-Juárez, J. (2008), Régimen general de derecho público relativo a las empresas del Estado, Nacionalización, Libertad de empresa y Asociaciones Mixtas, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Araujo-Juárez, J. (2010), Derecho Administrativo General. Servicios Públicos, Ediciones Paredes, Caracas.

Amorer, E., (1998), Estudio sobre los proyectos de Ley de Reforma de la Ley de Minas, SUMMA, Homenaje a la Procuraduría General de la República, Caracas.

Barrios de Acosta, H. (1981), Las nacionalizaciones en Venezuela, Archivos de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela, tomo 1, Vol. III, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

Brewer-Carías, A. R., (2007a), Las técnicas de regulación y la participación del capital privado en la industria minera, Estudios de Derecho Público. 2005-2007, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Brewer-Carías, A. R., (2007b), La terminación anticipada y unilateral mediante leyes 2006 y 2007 de los convenios operativos y las asociaciones que permitían la participación del capital privado en las actividades primarias suscritas en 2002, Revista de Derecho Público N° 109, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Brewer-Carías, A. R., (2011), Comentarios sobre la Ley orgánica de nacionalización de la minería del oro y de la comercialización del oro, Revista de Derecho Público N° 127, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Brewer-Carías, A. R., (2018), Crónica de una destrucción. Concesión, Nacionalización, Apertura, Constitucionalización, Desnacionalización, Estatización, Entrega y Degradación de la Industria Petrolera, Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Estudios de Regulación Económica Universidad Monteávila, Caracas.

Figueiras Robisco, A. (2012), El decreto que reservó al Estado la actividad minera del oro, Revista de Derecho Público N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Fortier, L. Y., and Drymer, S. L. (2004), Indirect expropriation in the law of international investment: I know when I see it, or caveat investor, ICSID Review: Foreign Investment Journal, Vol. 19, Oxford.

Hernández-Mendible, V. R. (2012a), La regulación de la reserva del Estado de las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y su impacto sobre los medios de resolución de controversias, Revista de Derecho Público N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Hernández-Mendible, V. R. (2012b): La reserva del Estado de las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares, VII Congreso Iberoamericano de Regulación: Energía, Minería, Petróleo, Gas y Otros Sectores Regulados, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Hernández-Mendible, V. R. (2016), La vigente regulación en la exploración y explotación del oro en Venezuela, Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería N° 9, mayo-junio, Editorial Ábaco, Buenos Aires.

Hernández-Mendible, V. R. (2017), «La expropiación en Venezuela. Marco constitucional, legal y jurisprudencial», en Universidad Externado de Colombia (ed.), (Eds. Julián Pimiento Echeverri y Héctor Santaella Quintero), La expropiación forzosa en América y Europa, Bogotá.

Muci Borjas, J. A. (2007), El derecho admi-

nistrativo global y los tratados bilaterales de inversión (BITs), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Nouvel, Y., (2002), Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux, Revue générale du droit international public, Vol. 106, París.

Villegas Moreno, J. L. (2012), Desarrollo sustentable, pueblos y territorios indígenas: una sinfonía inacabada en Venezuela: Barí y Yukpas, Regulación minero petrolera colombiana y comparada, 7 Colección de Regulación Minera y Energética, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Normas citadas

Constitución de la República (G.O. N° 5.453, 24/03/2000, enmendada según G.O. N° 5.908, 19/02/2009).

Ley de Minas (G.O. N° 121, 18/01/1945).

Ley de Minas (G. O. N° 5.382, 28/09/1999).

Reglamento de la Ley de Minas (G.O. N° 37.155, 09/03/2001).

Decreto-Ley Orgánica que Reserva al Estado las actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las Conexas y Auxiliares (G.O. N° 39.759, 16/09/2011), reformada según (G.O. N° 6.063, 15/12/2011).

Ley Orgánica de la Administración Pública (G.O. N° 6.147, 17/11/2014).

Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector público (G.O. N° 6.210, 30/12/2015).

Ley del Banco Central de Venezuela (G.O. 6.211, 30/12/2015).

Decreto-Ley Orgánica que Reserva al Estado las actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las Conexas y Auxiliares (G.O. N° 6.150, 18/11/2014).

Decreto-Ley Orgánica que Reserva al Estado las actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás minerales estratégicos (G.O. N° 6.210, 30/12/2015).

Decreto N° 3.597, mediante el cual se declara como mineral estratégico para su exploración y explotación el carbón, por lo que queda sujeto al régimen previsto en el Decreto-Ley Orgánica que Reserva al Estado las actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás minerales estratégicos (G.O. N° 41.472, 31/08/ 2018).

Decreto N° 3.599, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa Mixta entre Carbones del Zulia S.A. y la empresa Glenmore Project Insaat S.A., bajo la forma de Sociedad Aanónima denominada Carbones de Turquía y Venezuela (CARBOTURVEN S.A.), la cual estará adscrita al Ministerio de Industria y Producción Nacional (G.O. N° 41.472, 31/08/ 2018).

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 7 de noviembre de 1962.

Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, (Excepciones Preliminares, Fon do, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de agosto de 2012, serie C, N° 246.

#SOYLALIBRE

BACHILLERATO Y LICENCIATURA EN DERECHO

SINAES
CARRERA ACREDITADA
COSTA RICA

Matrícula Abierta

8672-6331

TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN DIGITAL

Edición 10 / 3 Octubre 2022

Costa Rica

45 ANIVERSARIO

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
UNIVERSIDAD