

REGIMEN JURIDICO DE LA INDUSTRIA MINERA

por EUSTORGIO SARRIA
Profesor de la Universidad Nacional

1º—Consideración

Antes de iniciar el estudio de la legislación nacional sobre dominio y explotación de los yacimientos mineros, es necesario precisar algunos conceptos generales como los de *industria, legislación y propiedad* mineras, sin perjuicio de ampliarlos al hacer especial referencia a la industria del petróleo y sus peculiaridades.

2º—Industria minera

La industria minera, industria extractiva, tiene por finalidad primordial el beneficio o aprovechamiento de las sustancias del reino mineral con mira al incremento de la producción y a la consiguiente creación de riqueza.

En términos generales, nadie discute la conveniencia o la necesidad de la explotación de las minas. Es un fenómeno económico que repercute en la vida civil y administrativa de los países, determinando cambios en los sistemas de esa explotación como también modificaciones en los estatutos legales.

3º—Legislación minera

Aceptada la conveniencia y la necesidad de la explotación de los yacimientos minerales, lógicamente debe aceptarse la nece-

sidad de una legislación minera en atención a las características de la industria: a)—Sólo existe y se mantiene por la destrucción de la materia; b)—En consecuencia, la obra del explotante es totalmente destructiva; c)—Las sustancias se hallan ubicadas, generalmente, en el subsuelo, sin relación alguna con los rasgos fundamentales de la orografía o topografía del suelo.

4º—*Fin de la legislación minera*

En cuanto al fin que persigue o debe perseguir la legislación minera, atendiendo a las orientaciones últimas del derecho público, queda fielmente expresado en este concepto prohiado, entre otros, por renombrados expositores alemanes: *el desarrollo de las riquezas minerales y la dirección que conviene dar a la explotación para que no se realice solamente en provecho de los que la practican sino también en provecho de la sociedad y del Estado.*

5º—*Objeto de la legislación minera*

El objeto o materia de la legislación minera son las sustancias minerales, mas no todas ellas. Al respecto existe una disparidad de criterios. Unos tratadistas parten de un punto de vista estrictamente científico y otros de uno jurídico-económico.

“La ciencia y la ley minera han nacido para vivir en perpetuo conflicto, puesto que ambas contienen elementos que no pueden cederse una a otra. La ciencia rige y estudia las materias según los principios de su formación y la cohesión de las moléculas que forman el cuerpo inorgánico, el derecho prescinde de estas circunstancias y sólo las toma en su calidad de cosas y bienes susceptibles de *apropiación y utilidad*”. (Joaquín V. González. *Legislación de Minas*. Buenos Aires).

A la postre el concepto de utilidad o de aprovechamiento industrial de los minerales ha primado en la redacción de los códigos o estatutos legales sobre la materia.

Siguiendo este criterio se entiende por *mina* todo yacimiento aprovechable industrialmente. Ahora bien: *yacimiento* en su acepción científica —dice Carbonell— es todo depósito natural de minerales útiles, cualesquiera que sean sus usos, contenido en una roca o en una serie de rocas de las que forman la corteza del

globo y en cantidad suficiente o en circunstancias favorables para ser beneficiado con provecho, ya asome a la superficie o esté debajo de ella, y cualquiera que sea la forma en que se presente, de capa, filón, masa o aluviones. (Economía Minera).

6º—*La propiedad minera y su función social*

La marcada diferencia natural que existe entre el suelo y el subsuelo ha dado origen a una doble propiedad inmueble reconocida por la legislación. Este hecho explica el conocido apotegma: “la legislación minera crea la propiedad minera”.

La propiedad minera en Colombia, como en los demás Estados, tiene características que la distinguen de la propiedad común, pero que en ningún caso la sustraen al imperio de las normas generales de orden público económico, las cuales rigen tanto para la propiedad del suelo como para la del subsuelo. Así, por ejemplo, a ella cobija el precepto constitucional contenido en el artículo 26 de la Carta:

“Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

“La propiedad es una función social que implica obligaciones.

“Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial o indemnización previa.

“Con todo el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara”.

Al respecto repárase en el concepto de la Corte Suprema de Justicia sobre el contenido del anterior canon constitucional: No pugna la Ley 107 de 1936 (tachada de inconstitucionalidad) en la parte que ha sido acusada, con ninguno de los preceptos de la Constitución Nacional, y armoniza muy bien, por el contrario,

con el espíritu de la reforma que en materia de propiedad estatuyó el constituyente de 1936 al consignar en el artículo 10 del acto legislativo número 1º, reformatorio de la Carta (artículo 26 citado) que la propiedad es una función social que impone obligaciones. *Se inspiró sin duda esta reforma en el concepto moderno que enseña que la propiedad, desde el punto de vista económico, es un medio de producción que interesa, no solamente a su titular y beneficiario sino a la sociedad entera, cuya vida contribuye a alimentar. Con este criterio fundado en el doble interés, social e individual, las leyes imponen cada día nuevos límites racionales al ejercicio arbitrario del derecho absoluto de dominio, tal como venía establecido en la vieja definición del Código Civil y de esta manera es posible obligar al dueño de las tierras a ponerlas en cultivo porque el título de propietario lleva implícita la obligación de darle a su derecho una actividad social dentro de un sentido de solidaridad que conduzca al acrecimiento de la riqueza general y del bienestar común.*

7º—Intervención del Estado en la industria minera

En cuanto hace relación a la industria minera nacional, ella es susceptible de ser intervenida por el Estado, en armonía con el artículo 28 de la misma Constitución, que dice:

“El Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho”.

La intervención estatal que consagra este precepto de la Constitución aparece limitada a lo siguiente: a) —Racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas; b) —Dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. Está descartada la posibilidad de que el Estado se haga dueño de las industrias intervenidas.

El concepto de *racionalización* se ha ido ampliando con el correr de los tiempos y los requerimientos de la industria y del comercio. Por esta razón no puede restringirse a la racionalización técnica; debe extenderse a la comercial y a la económica. Interpretar en forma restrictiva el contenido del artículo 28 de

la Constitución, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, sería mutilar el pensamiento del constituyente y otorgarle a esa reforma trascendental un sentido demasiado limitado que haría inoperante la intervención.

El vocablo *racionalización* carece de un significado preciso en el campo de la economía. Objetivamente, como lo anota el expositor Rocha, significa reducir los fenómenos económicos a formas congruentes con la realidad económica.

La Conferencia de Economía Mundial, reunida en Ginebra en el año de 1927, la definió así:

“Aquellos métodos técnicos y de organización destinados a limitar a un *mínimum* el desgaste de trabajo, la estandarización del material y de los productos, la simplificación de los procesos de producción y el mejoramiento de los métodos de transportes y de ventas”.

El International Committee of Scientific Management definió la racionalización en estos términos:

“Racionalización es la aplicación de métodos científicos de pensamiento y de acción a todas las formas de actividad humana organizada”.

Sin desechar los anteriores conceptos emitidos desde un punto de vista exclusivamente técnico, la generalidad de las gentes y el mismo constituyente al adoptar el artículo 28 constitucional, miran en la intervención estatal el medio ineludible para fortalecer la economía nacional, contrarrestar los efectos ruinosos de los monopolios de hecho y obtener un más alto nivel de vida en las masas trabajadoras. Por lo menos, siguiendo estos objetivos se han expedido todas las leyes de carácter intervencionista. En otras palabras, la intervención estatal persigue morigerar los efectos del régimen capitalista, conciliando hasta donde es posible, sus intereses con los intereses de la colectividad.

Ahora bien: el Estado realiza su función intervencionista mediante la cooperación de las dos de sus ramas, la legislativa que expide la ley contentiva del mandato, y la ejecutiva que lo cumple con la realización de actos adecuados.

La intervención estatal en la industria minera podría justificarse para obligar a los empresarios: a)—A usar sistemas de explotación que garanticen un mejor aprovechamiento de los minerales; b)—A hacer una equitativa distribución de los produc-

tos extraídos, principalmente del carbón mineral, del petróleo y sus derivados; c)—A una forma de remuneración del trabajo de sus obreros y empleados que esté en proporción con las condiciones en que desarrollan sus actividades; d)—A fijar precios justos que permitan el necesario desarrollo industrial del país. Se hace referencia, desde luego, a cuatro casos entre los muchos que pueden presentarse derivados de fenómenos de orden social, económico o político.

En relación con el petróleo, el gobierno sometió al estudio del Congreso Nacional en sus sesiones de 1942, un proyecto de ley, cuyo artículo 1º reza:

“Artículo 1º—En desarrollo del artículo 28 de la Constitución Nacional, el Estado interviene en la industria del petróleo para racionalizar la producción, distribución y consumo de esta riqueza:

“1º—En ejercicio de esta intervención, sólo mediante contratos con el gobierno puede explorarse con taladro y explotarse el petróleo que se encuentre en el territorio nacional.

“2º—Cuando se trate de petróleos reconocidos como de propiedad particular por sentencia o resolución administrativa definitiva, el Estado pagará al propietario únicamente: a)—La diferencia entre la regalía pactada en el contrato y el impuesto establecido por el artículo 11 de la Ley 160 de 1936, en la forma señalada en el citado artículo; y b)—La cantidad correspondiente al impuesto superficiario percibido.

“3º—El gobierno, de acuerdo con el contratista, fijará cada dos años el precio de los productos derivados del petróleo destinados al consumo interno del país, sin que dicho precio pueda ser inferior al costo de producción más una equitativa utilidad para el concesionario. En caso de desacuerdo entre el gobierno y el concesionario en la fijación del precio, se procederá en la forma prevista por el artículo 2º de la Ley 160 de 1936.

“Queda también facultado el gobierno para fijar el precio de los productos derivados del petróleo en los distintos centros de consumo, el cual no puede ser inferior al precio de costo más una equitativa utilidad para los interesados”.

Hacen parte de la exposición de motivos los siguientes conceptos:

Combinando los modernos principios del constitucionalismo social incrustados en nuestra Carta Fundamental por el Acto Legislativo N° 1 de 1936, con la primacía del interés público sobre el interés particular y la noción de la función social de la propiedad, el gobierno os propone en el artículo 1º del proyecto una intervención del Estado en la industria del petróleo para racionalizar la producción, distribución y consumo de esta riqueza.

Aun cuando son evidentes las significaciones jurídicas que indican el sentido de este artículo, es necesario, sin embargo, hacer una breve explicación de su contenido que facilite su interpretación e inteligencia.

El artículo 1º es una aplicación o ejecución legal del artículo 28 de la Constitución Nacional.

Es también una limitación de la libertad contractual. Esta limitación es doble. Primeramente se aplica a los contratos que pueden celebrarse, en orden a fomentar la explotación de los petróleos de propiedad particular. Por otra parte, estableciendo el ordinal 3º del artículo una especial competencia respecto a la fijación del precio de los productos derivados del petróleo que se destinan al consumo interno, hay también en la creación de esa competencia y en el ejercicio de ella una limitación de la libertad contractual, en cuanto un sector del contenido de los contratos —el precio de los productos vendidos— sería señalado por el Estado.

Es igualmente el artículo 1º una limitación o fijación previa del lucro o ganancia comercial que puedan obtener los propietarios de petróleos. En efecto, el ordinal 2º del artículo fija abstractamente la cuantía de la suma que el Estado pagará al propietario. Bajo la vigencia de la legislación actual, los propietarios pueden obtener mediante la libre celebración del contrato respectivo, aquella ganancia o lucro que puedan acordar autónomamente con la empresa concesionaria, generalmente inferior a la pactada en los contratos del Estado.

Es también el artículo una aceptación o reconocimiento de la propiedad particular sobre determinados yacimientos petrolíferos. Esa propiedad no se desconoce o menoscaba ni mucho menos es violada. Al contrario, es tan evidente su reconocimiento, que el Estado entrega al propietario una determinada cantidad anual

de dinero, la cual representa el lucro o ganancia comercial que ha de corresponder al propietario.

Descrita en esta forma la natural significación jurídica del artículo, es necesario hacer algunas consideraciones que demuestran claramente su evidente constitucionalidad.

El artículo 28 de la Constitución faculta al Estado para intervenir por medio de leyes, en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas.

En el proceso incesante de permanente creación del orden jurídico, se advierte dentro de la teoría de la jerarquía de las leyes que hay normas que tienen simultáneamente el carácter de condicionadas y de condicionantes, es decir, que al propio tiempo aplican las normas jurídicas de la jerarquía superior, pero que simultáneamente crean nuevas normas. En otras palabras, en la dinamicidad creadora del orden jurídico estatal se advierte el dualismo: creación del derecho, aplicación del derecho.

La ley es una ejecución material de la Constitución. Bajo esta perspectiva, la legislación aparece como simple aplicación de normas precedentes, de jerarquía más alta; mas es también una función creadora de normas nuevas.

Esta dependencia o relación tiene su expresión en ciertas vinculaciones existentes entre la Constitución y la ley, entre las cuales pueden señalarse las siguientes:

a)—El constituyente puede imponer al legislador la adopción imperativa de ciertas normas legales. Es decir, el constituyente impone al legislador, como un ineludible deber jurídico, la adopción de normas legales de un forzoso contenido.

b)—Puede también prohibir la expedición de ciertas normas legales o que presenten un especial contenido jurídico. Generalmente hablando, en el Estado liberal de derecho, las Constituciones prohíben que se adopten normas que desconozcan o lesionen, limitándolas grandemente, las libertades fundamentales de la persona humana. Tal es el significado del Título III de la Constitución sobre garantías individuales. Las libertades consagradas en él, reconocidas como anteriores al Estado y oponibles a la actividad legislativa de éste, no pueden sufrir tan amplias limitaciones legales que menoscaben la sustancia de ellas.

c)—La Constitución abre al legislador simples posibilidades de crear algunas normas legales, sin que esa creación represente un valor jurídico que grave necesariamente sobre la legislación. Hay en esto una facultad, una especial discrecionalidad para la producción de esas posibles normas jurídicas.

La Constitución determina evidentemente el contenido de la norma legal, pero esta determinación nunca es completa. Siempre queda al legislador un margen más o menos amplio de apreciación, una necesaria e inevitable discrecionalidad, porque no es posible que la Constitución pueda señalar estrictamente el contenido de la ley.

Tal es el significado del artículo 28 de la Constitución. La intervención en las industrias la decreta el legislador cuando lo estima útil para la vida económica. Aplicando la teoría general del citado artículo en relación con el 1º del proyecto, resulta que como la Constitución declara que el Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de las industrias con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, es necesario que el legislador reconozca, en orden a la aplicación de aquel artículo, que determinada industria es de importancia tal que debe ser racionalizada. En otras palabras, el legislador para decidir el punto considera la desigual importancia que para él tienen las industrias. Por eso, sólo se podrá intervenir en aquellas industrias que el legislador haya decidido racionalizar, decisión política que éste toma soberanamente en vista de consideraciones que sólo él puede tener en cuenta.

Si el artículo 1º del proyecto fuera aprobado por el Congreso, ese hecho indicaría simplemente que el legislador ha considerado necesario racionalizar la industria del petróleo. Es éste, respecto del artículo 28 de la Constitución, el primer significado que tiene el artículo 1º del proyecto. A este propósito, resultaría fuera de lugar discutir previamente si es legítimo o científico racionalizar esa industria. El legislador puede decidir que la industria del petróleo sea racionalizada, porque estima necesario, por la importancia misma de esa industria, racionalizarla. En ello hay una valoración y las valoraciones no se legitiman éticamente ni se justifican científicamente. Lo científico sí ha de ser la racionalización, es decir, el contenido de ella, mas no sería científico, no podría serlo, el hecho mismo de la decisión en virtud de la cual

se declara la necesidad de racionalizar una industria o un grupo de industrias. Por este aspecto, la constitucionalidad del artículo 1º es manifiesta. Su aprobación por el Congreso querría decir que en virtud de ciertas consideraciones sociales, económicas y jurídicas, el legislador acepta que la industria del petróleo debe ser racionalizada.

Pero la racionalización que autoriza la Constitución no es la racionalización de la técnica industrial, limitada a obtener un mínimum de desgaste de materiales y la estandarización del material y de los productos, o no es tan sólo eso.

La racionalización autorizada por el constituyente se inspira en el propósito de obtener una determinada estabilidad en las relaciones económicas o estabilidad que no es la quietud ni tampoco la inmodificabilidad. La estabilidad de las relaciones económicas es la eliminación de transformaciones bruscas y anormales. Por medio de la racionalización se busca que las oscilaciones y las tensiones de los hechos económicos no sean permanentes ni ocasionen variaciones que representen un real desorden económico. La racionalización es, por eso, una estabilidad dinámica y creadora.

“Racionalización es la concepción y la aplicación de todos los recursos que permiten, por medio de técnica u orden sistemático, aumentar el rendimiento de la economía”.

El sentido de la racionalización nos muestra que bajo una economía capitalista como la nuestra, ella no puede realizar cabalmente todas sus finalidades. El capitalismo es producción irreglamentada y anárquica de mercaderías. Bajo tal perspectiva, la economía capitalista es un hecho social que obstaculiza y dificulta la plena realización de un prospecto de racionalización. En el sistema de la libertad de industria y de libre concurrencia —corolario de aquella organización— apenas se realiza y con mucha perfección la racionalización de la técnica industrial, que permite obtener adecuadas condiciones técnicas para una mayor producción de mercaderías.

La racionalización no es, en síntesis, otra cosa que la aplicación de conocimientos científicos. Todo conocimiento científico supone una uniformidad. La racionalización de la economía nacional sería, por tanto, la adopción de conocimientos científicos en orden a definir una determinada reglamentación de la economía. Tales conocimientos científicos no son exclusivamente eco-

nómicos, serán también jurídicos, puesto que toda relación social —y la relación económica es una relación social— tiene dos elementos que la integran: un contenido económico y una forma jurídica. Puede, en suma, afirmarse que la racionalización de una industria es la aplicación de conocimientos científicos, económicos y jurídicos, en su reglamentación.

Los fines de la racionalización se enfocan en el artículo 1º comentado. La estabilidad y uniformidad en la contratación de petróleos y en los precios de los derivados que se destinen al consumo interno; el control técnico y científico de las exploraciones y explotaciones por parte del gobierno, tareas que no pueden realizar los particulares; el fomento de la producción mediante contratos con el Estado que eliminan automáticamente la constitución de reservas territoriales con el consiguiente perjuicio para la economía, son otras tantas realidades a que conduce la racionalización propuesta.

La iniciativa oficial fue objeto del estudio de las comisiones respectivas y del Consejo de Estado. Acatando, en parte, las observaciones formuladas por estas entidades, el gobierno sometió al Congreso en sus sesiones de 1944, un nuevo proyecto, cuyo artículo pertinente dice:

“Artículo 14—Con apoyo en el artículo 28 de la Constitución Nacional, el Estado interviene por medio de la presente ley en la industria del petróleo, como en seguida se expresa:

“1º—Los contratos de exploración y explotación celebrados entre particulares antes de la vigencia de la presente ley tendrán el amparo de las leyes coetáneas a su celebración; pero en cuanto a sus derechos de perforar y explotar, y en cuanto a las obligaciones inherentes a tales derechos y en lo relativo a su extinción regirán una vez reconocida dicha propiedad, obligaciones iguales a las que conforme a la ley sean de ineludible cumplimiento en las concesiones nacionales.

Se entiende que el contratista cumple sus obligaciones con distintos dueños cuando los varios lotes de terreno son contiguos y su área total no excede el máximo límite legal de las concesiones nacionales.

“2º—Los contratos de exploración y explotación que se celebren entre particulares sobre petróleos de propiedad privada, se someterán precisamente a lo dispuesto en el numeral anterior.

La libertad de estipulación queda limitada en esta materia a lo atañadero al monto de rentas y cánones y al tipo o tanto de las regalías o participaciones.

“3º—Queda facultado el gobierno para dictar las medidas que estime conducentes al aumento o restricción de la producción del petróleo que se explote en el país, cuando lo aconsejen las necesidades y conveniencias nacionales.

“4º—El gobierno, de acuerdo con el empresario, podrá fijar cada dos años el precio de los productos derivados del petróleo que se destinen al consumo interno del país. Sin que dicho precio pueda ser superior al costo de producción más una equitativa utilidad para el productor. En caso de desacuerdo, se procederá en la forma prevista por el artículo 2º de la Ley 160 de 1936.

“Queda también facultado el gobierno para fijar el precio de los productos derivados del petróleo en los distintos mercados de consumo, el cual no puede ser superior al precio de costo más una equitativa utilidad para los interesados. (Memoria de Minas y Petróleos al Congreso de 1944.—Anexos. Proyecto de ley “sobre petróleos”, páginas 7, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 192, y 193)”.

8º—*La explotación minera como un servicio público*

Según el concepto de los más renombrados doctrinantes, el derecho administrativo es el conjunto de normas reguladoras de la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa. En un principio se creó la teoría de las *atribuciones* del Estado, agrupadas en tres categorías: Primera: para reglamentar la actividad privada; Segunda: para atender al fomento, limitación y vigilancia de la misma actividad privada; Tercera: para sustituir, total o parcialmente, a la actividad de los particulares o para combinarse con ella en la satisfacción de una necesidad colectiva. La primera categoría, explican los mismo autores, se justifica por cuanto los intereses individuales necesitan ser coordinados a fin de mantener el orden jurídico; la segunda se justifica también por el mantenimiento de ese orden jurídico, pero no se trata ya de coordinar intereses individuales entre sí, sino éstos con el interés público; finalmente la tercera categoría halla su justificación: en la convicción de que determinados intereses colectivos no pueden satisfacerse por las empresas pri-

vadas, en la necesidad que el Estado tiene de procurarse recursos económicos para su sostenimiento, y en la urgencia de crear los medios adecuados para poder realizar otras atribuciones.

La doctrina moderna francesa, como es sabido, proscribió esta teoría de las *atribuciones*, para reemplazarla por la de *los servicios públicos*, concluyendo que el derecho administrativo no es otra cosa que el conjunto de reglas relativas a los mismos. Esta es la doctrina que predomina en la época actual, y sobre ella descansa la nueva estructura del Estado.

Ahora se debe adelantar en la tarea de precisar, hasta donde ello sea posible, la noción de *servicio público* y su vinculación con la explotación de las minas, actividad esta que ha tenido su mayor auge en los últimos tiempos caracterizados por un vigoroso desarrollo de la industria y del maquinismo bélico y pacífico.

El expositor francés Blondeau, en su obra “La Concesión de Servicios Públicos”, publicada en el año de 1933, al referirse a la noción objeto de este aparte, pone de relieve cómo no hay en derecho administrativo francés un criterio preciso, único, del servicio público; en el estado actual de nuestra técnica jurídica —comenta— no se puede decir, el servicio público reúne tales caracteres precisos, siempre los mismos; tampoco se puede decir, para que haya servicio público es necesario y bastante que tales caracteres determinados existan en una empresa.

Esta opinión de Blondeau aparece compartida por el expositor Comte, quien en su obra “Ensayo de una teoría acerca de la concesión de servicios públicos”, publicada en 1934, dice: “La noción de servicio público, por esencial que sea, es de las más confusas; parece difícil dar de ella una definición satisfactoria y precisa”.

Con todo, examinando someramente las varias definiciones que otros tratadistas han dado, es posible fijar los elementos sustanciales de tal noción, o por lo menos precisar las características generales de ella, pues teniendo como tiene vida propia dentro de las concepciones del derecho público moderno, no se justificaría que tal dificultad inhibiera para ello dejando sin esclarecimiento una de las bases fundamentales de la moderna administración pública. Cualquier esfuerzo que en este sentido se haga es meritorio y contribuye, desde luego, a la solución definitiva.

Diguit define el servicio público en estos términos: toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social, y es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza gubernamental.

Jéze conceptúa que la noción de servicio público es la piedra angular de derecho administrativo, agregando: decir que hay servicio público quiere decir que para dar satisfacción regular y continua a una categoría de necesidades de interés general, los agentes públicos pueden aplicar los procedimientos de derecho público, o sea un régimen jurídico especial, y que la organización del servicio público puede ser modificada en cualquier momento por las leyes y reglamentos sin que ningún obstáculo insuperable de orden jurídico pueda oponérsele.

Para el expositor mexicano Fraga, servicio público es la actividad que satisface concretamente una necesidad colectiva de carácter económico o cultural, mediante prestaciones que por virtud de ordenación especial del poder público, deben ser regulares, continuas y uniformes.

Henry Laufemburger, en su obra "La Intervención del Estado en la Vida Económica", hace sobre la materia estas importantes consideraciones: "en su *acepción económica* el servicio público es inconcebible como no sea a condición de referirlo a una necesidad inmaterial de interés general, vinculada al ejercicio normal de la actividad individual o colectiva de los seres humanos. En esta definición de la palabra *servicio* excluye la satisfacción de necesidades materiales, como la alimentación, el vestido, etc., o sea la que tiene por finalidad el consumo de bienes. Por servicio, en la acepción económica de la palabra, entendemos las satisfacciones inmateriales, solicitadas de una manera *permanente*; el transporte de personas, de mercancías, del pensamiento, el consumo de agua, de energía, de luz, etc., sin que implique gran cosa el que sea necesario recurrir a instalaciones materiales para prestar estos servicios".

Luégo, agrega el mismo expositor: "para que haya servicio público es menester que la iniciativa privada sea incapaz de asegurar a la colectividad las satisfacciones inmateriales exigidas,

por razón de costo o altas inversiones, o porque no da rendimientos. La característica definitiva que enlaza el servicio público económico con el administrativo y político se halla en que la demanda permanente del servicio, por parte del público, debe encontrar una oferta asimismo permanente. Por razones ajenas a la noción de servicio público la “colectividad” reemplaza a la iniciativa privada en diversos sectores”.

Por último, concluye Laufemburger: “los servicios propiamente dichos no se convierten en “públicos” por definición; pero sí cuando su costo sobrepasa permanentemente a sus productos, como en el caso del servicio postal. *Cuando un servicio se convierte en factor indispensable y general de la vida económica en todas sus manifestaciones, se transforma de explotación privada en servicio público, como lo enseña la historia del desenvolvimiento económico de los pueblos.* Desde el punto de vista financiero, se caracteriza el servicio público económico por la orientación en el sentido de la baratura, y finalmente, de la prestación gratuita. En la noción de servicio público, pues, hallamos tres factores determinantes: a)—Uso general, es decir se aprovecha por todos para llenar una necesidad también general; b)—Solidaridad de las generaciones, es decir que como el servicio beneficia a las generaciones futuras, es conveniente que para su organización se acuda a empréstitos cuya amortización pesará sobre usuarios presentes y futuros; c)—Recargo fiscal de los usuarios solventes, es decir, quienes más se benefician del servicio deben pagar directamente o indirectamente mayores tasas”.

Acorde con todo lo anteriormente expuesto es el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia: la noción de servicio público —dice— es una noción técnica en el derecho público. Tiene su origen remoto en la transformación operada por la revolución francesa, que abandonando el antiguo concepto del estado feudal, en que el poder era una prerrogativa y un privilegio absoluto de las castas gobernantes, descubrió que el ejercicio del gobierno impone deberes inalienables hacia los gobernados. El antiguo concepto irrestricto de *mando* fue desplazado por el más humano de *servicio*. El gobernante es un servidor de la colectividad, obligado a procurarle seguridad e integridad, orden y tranquilidad, para lo cual se organizan en todo Estado los tres servicios públicos primarios: el ejército, la policía y la justicia.

Pero hoy no bastan ya estos tres servicios, que fueron los primeros que se advirtieron en la máquina administrativa: con el incesante progreso de las sociedades, la vida en ellas origina nuevas necesidades colectivas capaces de servir de soporte a otros tantos servicios públicos que el gobernante está en la obligación de crear, como son educación, sanidad, comunicaciones por telégrafo, ferrocarriles, carreteras, y además cuanto una sociedad moderna necesita para vivir como le corresponde y progresar. La multiplicidad de las relaciones recíprocas, concluye la Corte, y su normal desarrollo en la sociedad moderna, hacen difícil dar una noción exacta que comprenda toda la variada gama de los servicios públicos; ningún autor ha pretendido elaborar una definición perfecta; limitanse apenas a dar algunas de sus peculiaridades más salientes. (Sala Plena.—Sentencia de 24 de febrero de 1944.—G. J. 2.006 a 2.009—Página 11).

Ahora bien: como lo anota la misma Corte en el citado fallo, no es indispensable para la existencia del servicio público que su prestación esté a cargo únicamente del Estado. Esta apenas es una modalidad, adjetiva si se quiere, y así el servicio puede ser organizado por concesionarios o personas particulares. Pero tanto en uno como en otro caso la actividad debe desarrollarse de conformidad con los procedimientos del derecho público, por la naturaleza misma de las necesidades que llena y por las repercusiones de éstas en la vida del conglomerado social.

Acogiendo los anteriores conceptos sobre la materia se puede llegar a la conclusión de que, *servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las previsiones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente, o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de particulares.*

Los elementos que se destacan como sustanciales del concepto son estos: a)—Existencia de una necesidad general, o sea la que cobija a los diversos sectores sociales o clases económicas; b)—Satisfacción de la misma de una manera regular y continua, pues de lo contrario sufriría graves perjuicios el orden público.

En cuanto a la explotación de los diferentes yacimientos mineros no cabe duda de que ella representa una necesidad general, por lo menos tratándose de los yacimientos de oro, de carbón,

de metales no preciosos como el hierro, y de petróleo. Breves reflexiones así lo confirman.

El comercio internacional tiene hoy como base el patrón oro, y por lo tanto la posesión de este metal precioso por el Estado es ineludible, hecho que determina su explotación permanente. Existe dentro de la actual organización internacional una necesidad general del oro, la cual debe satisfacerse regularmente, pues de no ser así se producirían graves trastornos de carácter económico que repercutirían, como es obvio, en la vida social.

Cosa semejante sucede con el carbón; es elemento de consumo indispensable no sólo para los menesteres domésticos sino también, y en mayor escala, para la movilización de los ferrocarriles nacionales. Su explotación, pues, llena esta necesidad y debe realizarse regularmente.

El hierro es elemento insustituible en el desarrollo industrial de un país; sin él no es posible concebir el progreso humano. Cubre una vasta zona de necesidades colectivas que demanda satisfacción regular y continua.

Otro tanto cabe afirmar de los demás metales no preciosos, como el estaño, el plomo, el zinc y el cobre.

El petróleo es factor preponderante en la vida de la humanidad. La actual organización de los transportes marítimos, fluviales, terrestres y aéreos se asienta sobre su producción permanente. Por tal razón la explotación de las fuentes petrolíferas constituye una necesidad de carácter universal.

Los expositores de derecho administrativo no rechazan, ni podrían hacerlo con razón, esta tesis de que la explotación de los más importantes yacimientos mineros —importancia determinada por su utilidad social y económica— constituye un servicio público.

Como antecedentes legislativos pueden anotarse los siguientes:

El artículo 3º de la Ley 37 de 1931, Código de Hidrocarburos, declara de *utilidad pública* la industria del petróleo en sus ramas de exploración, explotación, refinación, transporte y distribución. E igual cosa pide para el resto de la industria minera la Comisión Revisora del Código de Minas, motivando tal pretensión así: “El artículo 6º formula la declaratoria de utilidad pública de la industria minera con lo cual se atiende al clamor unánime de los mineros colombianos y se adopta el principio proclamado por la IV Conferencia Nacional de Mineros reunidos

en Pasto. *El carácter de utilidad pública que tiene la industria minera no es siquiera discutible*; pero dada la organización legal colombiana, se requiere que ese carácter sea expresamente declarado por el legislador para que surta sus efectos jurídicos". (Boletín de Minas y Petróleos N^o 148).

Y qué es la "utilidad pública"? En oposición al concepto de "interés privado" significa todo aquello que colma necesidades colectivas o generales, que tiene prelación en las relaciones jurídico-sociales según el texto constitucional que dice: *Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o de interés social resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social*. En otros términos, es la consagración inequívoca de la supremacía del orden público, pero no de un orden público en el sentido prohijado por los individualistas, sino de un "orden público económico" acorde con las nuevas orientaciones del derecho y los nuevos fenómenos económicos que las determinan. Por eso decía Ripert: "Hay en adelante, al lado de la organización política del Estado, una organización económica tan obligatoria como aquélla; *existe por consiguiente, un orden público económico*". (El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno.—N^o 140).

En el año de 1937, el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministro de Gobierno presentó al estudio del Congreso Nacional un proyecto de ley, cuyo artículo 3^o es del siguiente tenor:

"Artículo 3^o—Las siguientes actividades, entre otras, constituyen actividades de servicios públicos:

1^o—Medios de transporte, que comprenden ferrocarriles, tranvías, funiculares, buques fluviales y marítimos, transportes aéreos, comunicaciones urbanas o interurbanas por medio de automóviles, taxis, buses, etc.;

2^o—Acueductos públicos;

3^o—Higiene y aseo de las poblaciones; funerarias;

4^o—Alumbrado público;

5^o—Teléfonos, cables y similares;

6^o—Distribución de combustible;

7^o—Mercados públicos;

- 8º—Hospitales, instituciones de utilidad común, cajas de previsión social y similares, bancos prendarios;
- 9º—*Explotaciones petrolíferas, mineras, agrícolas en grande escala, y similares; y*
- 10º—Cualesquiera otras que a juicio del gobierno, INTERESEN A LA SEGURIDAD, SALUBRIDAD, Y A LA VIDA ECONOMICA O SOCIAL DEL PUEBLO”.

La iniciativa oficial, desgraciadamente, no fue convertida en ley por los legisladores, pero ello no destruye la tesis, expuesta, ya que como lo anotaba Laufemburger, *los servicios propiamente dichos no se convierten en públicos, o dejan de serlo, por definición.*

9º—*Minería y Agricultura*

Ha existido siempre una pugna entre estas dos industrias, mantenida por el fervor o entusiasmo que suscitan las labores del campo desarrolladas sobre bases más o menos ciertas y las de la minería, esencialmente aleatorias. Por otra parte contribuye a esa situación, casi permanente, el hecho de no tener el país vastas zonas agrícolas y estar ubicados los aluviones de oro, de valor apreciable, en los cauces de los ríos, en cuyas márgenes o riberas, precisamente se hallan las principales plantaciones agrícolas. Y así, en algunos casos, la explotación de los ricos aluviones de oro ha traído consigo la sistemática destrucción de las tierras verdaderamente laborables transformándolas en yermo. El colombiano, por elemental instinto de conservación defiende éstas, base de su sustento, y mira con justificada animadversión la actividad extractiva a cargo y para beneficio exclusivo de grandes compañías extranjeras.

Atendiendo a este fenómeno de decisiva importancia en el desarrollo económico del país, el legislador del año de 1937, expidió las siguientes normas cuya eficacia condiciona la resolución acertada de graves problemas nacionales:

“Ley 13 de 1937, artículo 4º—*Queda facultado el gobierno para señalar las zonas en las cuales no puede denunciarse minas de aluvión, cuando aquéllas estén dedicadas a empresas agrícolas o ganaderas en forma de representar un factor primordial en la vida económica de determinada región del país”.*

“Decreto-Ejecutivo N° 1.343 de 1937, artículo 87.—*Los Gobernadores, Intendentes y Comisarios Especiales que estimen que dentro del territorio de sus respectivas jurisdicciones existen zonas de las a que se refiere el inciso 4º del artículo 4º de la Ley 13 del presente año, procederán a enviar al Ministerio de Industrias y Trabajo, Dirección General de Minas, antes del 1º de octubre próximo venidero, una relación de dichas zonas, acompañada de los datos sobre ubicación y cabida aproximada, destinación actual, artículos que producen, costo de producción, zonas que abastecen, precios y mercados de tales productos y las demás informaciones que consideren conducentes para fundamentar sus apreciaciones. Tales documentaciones serán estudiadas en la Dirección General de Minas, para los efectos de la determinación en la debida oportunidad de las zonas a que alude el inciso 4º de la Ley 13 del presente año.*

Los documentos que menciona este artículo pueden servir, entre otras cosas, para la resolución acertada de las oposiciones administrativas a los contratos de concesión, de que trata el artículo 26 del decreto”.

“*Ibidem, artículo 26.—Cuando se trate de oposiciones basadas en el inciso 4º del artículo 4º de la Ley 13 del presente año, el interesado acompañará al memorial respectivo los datos estadísticos, documentos y demás pruebas que considere conducentes para demostrar que la zona o zonas de que se trata están comprendidas dentro de la excepción que consagra dicha disposición.*

En este caso, si la oposición se presentare con pruebas suficientes, el Ministerio de Industrias y Trabajo, Dirección General de Minas, ordenará que se practique una inspección ocular por la respectiva Directiva Seccional de Minas en asocio de peritos nombrados así: un perito ingeniero de minas, por la Dirección General de Minas; un perito ingeniero agrónomo, por el Departamento de Tierras y Aguas del Ministerio de Agricultura; y un perito tercero experto industrial, por la Gobernación, Intendencia o Comisaría respectivas o por los opositores, cuando dichas entidades no hagan tal nombramiento.

Los peritos, para rendir su dictamen, tendrán en cuenta todos los factores capaces de influir en la apreciación de la cuestión planteada, especialmente las estadísticas de producción, costo de producción, zonas de consumo, naturaleza de los cultivos, ca-

lidad, del terreno, y si es técnicamente apropiado para los cultivos a que se le destina, etc.

El Ministerio, para fallar la controversia, tendrá en cuenta el dictamen pericial y los datos comprobados que el proponente le suministre sobre el tenor o riqueza en minerales de la zona de que se trata, y solamente prosperará la oposición cuando de tales pruebas aparezca que con el ejercicio de la industria extractiva en la zona de que se trata se van a afectar substancialmente los intereses económicos de determinada región del país, y siempre que la oposición haya sido coadyuvada por el respectivo Gobernador, Intendente o Comisario Especial.

En cuanto a la forma de llevar a cabo la inspección ocular, se estará a los dispuesto en los dos últimos incisos del artículo anterior”.

Pero es claro que al artículo 4º de la Ley 13, antes transcrito, no debe dársele una interpretación restringida, ni menos limitarse su aplicación como se ha venido haciendo. Casi sería una norma inoperante si la prohibición que ella contiene se entendiera únicamente para el denuncia de minas o para la oposición a proyectadas concesiones. Dados sus antecedentes, su espíritu y la finalidad que debe llenar, ella se extiende o debe extenderse a la *explotación* de las minas. Es una norma de orden público económico y parece inobjetable que si la simple denuncia es improcedente, con mayor razón debe serlo la explotación.

La tesis anterior es seguro que en su aplicación o desarrollo tropiece con el decantado respeto a los *derechos adquiridos*, que en un país excesivamente legalista como Colombia ha servido para entabrar el desarrollo de grandes iniciativas de redención económica. Por esta razón es necesario destruir por anticipado la que pudiera llamarse *objeción capital* frente al hecho escueto de una serie de contratos celebrados con el Estado para la explotación de los cauces de los ríos, y de unos títulos de adjudicación de minas ubicadas en las riberas o márgenes de los mismos, actos verificados con anterioridad y posterioridad a la vigencia de la Ley 13 de 1937.

En primer lugar, y como ya se anotó, existe la norma constitucional que establece la supremacía del interés público o social sobre el interés privado. Con base en ella la explotación minera, así se haga por virtud de concesión administrativa otorgada por

el Estado, o por virtud de un título de adjudicación, debe suspenderse en beneficio de la explotación agrícola, *cuando realmente se llenen los requisitos y exigencias comprendidos en la Ley 13 de 1937 y su Decreto Reglamentario*. No es esta una teoría absurda o descabellada, sin fundamento en la doctrina y en los textos legales; por el contrario, renombrados expositores de derecho civil, que han sobresalido tanto por la densidad de sus estudios como por lo moderado de sus concepciones jurídicas, la patrocinan en términos inequívocos:

“Si se admite que hay, impuesto por el Estado, un cierto orden económico que los particulares no tienen el derecho de derogar por sus convenciones, el artículo 6º tomará un sentido nuevo. El orden establecido por el Estado para la producción, el cambio, la distribución de riquezas, será, claro está, de naturaleza económica, pero será sin embargo un orden público; **TENDRA NECESARIAMENTE EL CARACTER DE OBLIGATORIO Y, POR VIA DE CONSECUENCIA, SERAN NULAS LAS CONVENCIONES QUE INTENTEN AFECTARLO**”. (Ripert.—El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno. Nº 140).

Como la mayor parte de las disposiciones sobre contratos son interpretativas, a las partes les corresponde decidir sobre su aplicación y, si nada dicen, se entienden incorporadas en el contrato. Por regla general las leyes nuevas no afectan para nada el acto ya celebrado; pero si se trata de una ley de orden público, como esta noción le pone un límite a las voluntades individuales, ya no hay que pensar en lo que han querido los contratantes, **SINO QUE SI EL INTERES PUBLICO LO EXIGE, SU CONTRATO QUEDA PRIVADO DE EFICACIA PARA EL FUTURO**. (Colin y Capitant. Tomo I, Nº 45).

Pero el conflicto de que nos ocupamos ahora es diferente; trata de un acto jurídico ya celebrado y válidamente bajo el imperio de cierta ley. Una ley nueva aparece, de acuerdo con la cual ese contrato se encuentra en contradicción. El orden público podrá servir para afirmar todavía la superioridad de la ley sobre el acto jurídico. Un elemento nuevo entra aquí en discusión: el interés de la estabilidad de un acto celebrado bajo la garantía de la ley antigua. No se trata ya de confrontar las necesidades sociales producidas por la ley nueva únicamente con la eficacia de

la voluntad de los particulares, sino de poner en balanza esas necesidades sociales con la voluntad individual reforzada esta vez por la garantía que le da la ley antigua. EL ORDEN PUBLICO PUEDE HACER INCLINAR AQUI ANTE EL NO SOLAMENTE LA VOLUNTAD INDIVIDUAL, SINO EL INTERES QUE LA SOCIEDAD MISMA TIENE EN LA ESTABILIDAD DE LOS CONTRATOS. Sin duda el legislador decidirá a veces expresamente que su ley nueva se aplicará a los contratos anteriores, pero la mayor parte de las veces guardará silencio y es al juez a quien le corresponderá estimar si hay que hacer aplicación de la idea de interés social, de orden público, contra la estabilidad de los actos jurídicos. (Profesor de la Morandiere. — El Orden Público en Derecho Privado.—Páginas 400 y 401).

El Organo Ejecutivo, en ejercicio de la facultad de que trata la citada Ley 13 de 1937 ha dictado varios decretos señalando zonas excluidas de una posible explotación minera. Y es claro que ello no ofrece dificultad alguna, pues así, ni se adjudican minas ni se otorgan concesiones. El problema subsiste en relación con minas ya adjudicadas o concesiones válidamente celebradas. El desconocimiento del país, de sus zonas agrícolas y ganaderas, o el olvido de su existencia, permitieron que esos actos se ajustaran, en apariencia o en la forma, a la ley. Pero suscitada la controversia por el antagonismo de los intereses comentados, no queda más remedio que acudir a estas normas del derecho, tratando de herir lo menos posible los intereses particulares, o escogitando una fórmula que armonice los de ambas industrias. En todo caso debe obrarse sobre la base del rendimiento económico que una y otra industria den a la sociedad o al Estado.