

23, de agosto de 1994.

Ingeniera
FRANCISCA C. DE SIERRA
Directora General
de Recursos Minerales
Ministerio de Comercio e Industrias
E. S. D.

Señora Directora:

Por este medio y, con el debido respeto procedemos a dar respuesta a su consulta contenida en el Oficio N° DGRM-DD-113-94 del año en curso, en relación a la competencia que posee la Dirección a su digno cargo, para llevar a cabo el trámite de otorgamiento de las concesiones mineras y velar por cumplimiento de las disposiciones relativas a la materia, según lo establece los artículos del Código de Recursos Minerales.

Su consulta contiene en su totalidad, seis (6) interrogantes muy interesantes e importantes, por tal motivo las contestaremos separadas, procurando dar una respuesta objetiva a cada cuestionamiento tanto para el Ministerio de Obras Públicas, como para la Dirección General de Recursos Minerales.

En su primera interrogante nos pregunta si puede el Ministerio de Obras Públicas incluir en el pliego de cargos de la licitación, la obligación por parte del Ministerio de Comercio e Industrias de otorgar la concesión minera correspondiente?

En este sentido debemos señalar que el artículo 38 del Código Fiscal señala claramente lo que se puede consignar o incluir en los pliegos de cargos, aparte que en principio toda esta función (las concesiones), es exclusiva de la Dirección General de Recursos Minerales, del Ministerio de Comercio e Industrias y no del Ministerio de Obras Públicas. Veamos entonces la citada excerta:

"ARTICULO 38: En los pliegos de cargos se consignarán necesariamente:

- 1º La fecha y hora de la licitación, y el precio que haya de servir de base para la misma cuando éste estime conveniente;
- 2º La fianza provisional que habrán de constituir los licitadores para concurrir a la licitación y la definitiva que haya de prestar el rematante;
- 3º Las obligaciones que contraiga y los derechos que adquiera el rematante;
- 4º Las obligaciones que contraiga y los derechos que adquiera el Estado;
- 5º Las multas que puedan imponerse al rematante y las responsabilidades en que incurra por falta de cumplimiento del contrato; y
- 6º El número de la patente comercial, el certificado de Paz y Salvo del impuesto sobre la Renta y cualquier otra condición que se estime pertinente al contrato respectivo."

La disposición legal transcrita, no señala ni contempla en lo absoluto, el que se pueda incluir en una licitación pública, dentro del pliego de cargos de la misma, la obligación por parte del Ministerio de Comercio e Industrias, de otorgar la concesión minera correspondiente.

Si bien es cierto, el Ministerio de Obras Públicas puede vender mediante Licitación Pública los equipos que introdujo en la Cantera (que sean propiedad de ellos), más no así el derecho de explotación, toda vez que ese derecho es inalienable, exclusivo del estado y no puede ser transferido a terceros o particulares de manera exclusiva, dentro de un pliego de cargos de una Licitación Pública. No se debe confundir los derechos que posee el Ministerio de Obras Públicas, de vender sus equipos, con el derecho exclusivo del Estado de explotar las canteras, ya sea que lo haga a través de un tercero mediante concesión, pero siempre conservará el derecho que mediante la Constitución Nacional se ha otorgado para mantener la exclusividad de dicha explotación.

Las instituciones del Estado no pueden obtener derechos de explotación y después traspasarlos a terceros particulares mediante Licitación Pública; salvo casos debidamente autorizados conforme a la Ley.

Conviene entonces precisar que la concesión es el acto jurídico, por medio del cual la Administración otorga el uso y disposición del algún servicio público o el derecho a la explotación de algún bien inmueble a una persona que ejercerá dicha atribución en nombre del Estado.

El Tratadista **JOSE ROBERTO DROMI** en su obra "**DERECHO ADMINISTRATIVO**" manifiesta a pp. 249 y 250 que la concesión es:

"Es el acto por el que la Administración en virtud de las atribuciones derivadas del ordenamiento positivo, confiere a una persona un derecho o un poder que antes no tenía. La concesión otorga así un status jurídico, una condición jurídica, un nuevo derecho.

La característica esencial del acto administrativo de concesión radica en la circunstancia de ser un acto eminentemente creador de derechos, pero sin que la Administración transfiera o transmita nada; es potestativo, sin que limite sus atribuciones, ni su patrimonio...

Por otra parte, el acto de concesión, a diferencia del permiso, crea un derecho subjetivo perfecto, patrimonial, a favor de la persona a cuyo nombre aparece otorgado el acto. En cambio, el derecho que se otorga en el permiso es a título precario. La precariedad es rasgo propio del permiso ajeno a la concesión. Además, difieren permiso y concesión por el fin que motiva su otorgamiento. El permiso se otorga en interés privado de la persona que lo obtiene, en tanto que la concesión se otorga preferentemente en interés general".

Nuestro Carta Magna establece en materia de concesiones, que las mismas se inspirarán en el bienestar social y el interés público, así lo establece el artículo 256, el cual es del tenor siguiente:

"ARTICULO 256. Concesiones administrativas. Las concesiones para la explotación del suelo, del subsuelo, de los bosques y para la utilización de agua, de medios de comunicación o

transporte y de otras empresas de servicio público, se inspirarán en el bienestar social y el interés público."

En síntesis, con respecto a la primera interrogante, somos del criterio jurídico que el Ministerio de Obras Públicas no puede incluir en el pliego de cargos de la Licitación Pública, la obligación por parte del Ministerio de Comercio e Industrias de otorgar la concesión minera por las siguientes razones:

1. El Ministerio de Obras Públicas, no es el ente encargado de otorgar concesiones, pues ésta facultad es exclusiva de la Dirección de Recursos Minerales del Ministerio de Comercio e Industrias.

2.- Por ser las Canteras bienes propiedad del Estado, no puede una institución pública no autorizada legalmente, ceder u otorgar los derechos legítimos que posee el Estado Constitucionalmente, ya sean estos bienes del Estado de dominio privado o de dominio público.

Así podemos observar lo estatuido en la Constitución nacional, en el Título IX "La Hacienda Pública", Capítulo 1º, BIENES Y DERECHOS DEL ESTADO, artículo 254, numeral 5 y que dice así:

"ARTICULO 254. Bienes del Estado de dominio privado. Pertenecen al Estado:

...

5.- Las riquezas del subsuelo, que podrán ser explotadas por empresas estatales o mixtas o ser objeto de concesiones o contratos para su explotación según lo establece la Ley."

En este sentido el Ministerio de Obras Públicas, puede fácilmente abrir a Licitación Pública la venta del equipo que estime o considera que ya no desea; más no puede incluir en el pliego de cargos, el derecho que solo ostenta el Estado y que en última instancia, éste puede ceder vía concesión a través y solo a través de la Dirección General de Recursos Minerales del Ministerio de Comercio e Industrias.

Si observamos nuevamente lo establecido en el artículo 256 de la Constitución Nacional; la norma transcrita establece claramente que las concesiones para la explotación se basarán en el Principio del Bienestar e Interés Social y, es entonces cuando debemos señalar que ninguna institución del Estado puede incluir en el pliego de cargos de una Licitación Pública, un derecho intransferible e inajenable del Estado, incluido éste (la concesión), en un acto que no es de la misma índole ni naturaleza jurídica, ni concurren las mismas características ni requisitos.

Una cosa es el acto mediante el cual el estado OTORGA la concesión de un bien de su pertenencia para ser explotado y que más adelante puede recuperar y hacerlo suyo nuevamente, por poseer los únicos derechos sobre ese bien; otra cosa resulta ser una Licitación Pública (venta de un bien), que el Estado ya no desea más para su beneficio.

En ese mismo orden de ideas debemos observar lo dispuesto en el Capítulo Primero, artículo 103 del Código de Recursos Minerales, el cual reza de la manera siguiente:

"Artículo 103: La nación podrá llevar a cabo el aprovechamiento y desarrollo de los Recursos Minerales por su propia cuenta. Para hacerlo utilizará los organismos oficiales existentes o establecerá nuevas entidades u organismos especiales u autónomos. Los organismos podrán llevar a cabo las operaciones mineras mediante uso de contratistas. Los organismos oficiales tendrán preferencia con respecto a cualquier otra persona natural o jurídica que haya presentado solicitud de concesión minera para los mismos minerales y en las mismas zonas o Áreas." (El subrayado es nuestro).

Es claro que de la excerta legal transcrita se desprende como suma lógica que el organismo existente en este caso resulta ser la Dirección General de Recursos Minerales, pues el mismo goza de plena autonomía para otorgar las concesiones como más adelante observa la norma.

Si nos retrotraemos a los primeros artículos del Código de Recursos Minerales, principal rector de los otorgamientos de concesiones, podemos observar lo establecido en el Capítulo Segundo, artículo 6 cuando señala:

"CAPITULO SEGUNDO

MODO DE OBTENER CONCESIONES MINERAS Y FIANZA DE GARANTIA.

Artículo 6º: Los permisos de reconocimiento superficial se otorgarán mediante Resolución expedida por la Administración de Recursos Minerales. Las demás concesiones serán otorgadas mediante contratos suscritos entre la nación y los concesionarios o sus respectivos representantes legales.

Las operaciones mineras podrán llevarse a cabo única y exclusivamente de conformidad con una concesión minera y de acuerdo con las disposiciones de este Código."

Al otorgar la concesión minera la nación no garantiza ni asume ninguna responsabilidad respecto a la existencia de ninguno de los minerales amparados por la concesión."

Sin entrar a profundizar el alcance claramente contenido dentro de la citada excerta legal, debemos entender que la concesión sólo se puede obtener vía legal, mediante **CONTRATO SUSCRITO CON LA NACION**, y el concesionario, más no así como un privilegio, fuero o prebenda especial, incluida gratuitamente dentro del pliego de cargos de una Licitación Pública de equipos de excavación.

Es así como este Despacho prohija el criterio jurídico de la Dirección de Asesoría Legal del Ministerio de Comercio e Industrias, cuando señala que:

"El Ministerio de Obras Públicas debe limitarse a ofrecer en licitación únicamente la maquinaria y equipo de su propiedad y que en

ningún momento puede comprometer al Ministerio de Comercio e Industrias en el otorgamiento de la concesión, toda vez que para poder ser titular de una concesión minera, ya sea al amparo del Código de Recursos Minerales o de la Ley N° 109 de 8 de octubre de 1973, es necesario que el peticionario cumpla con una serie de requisitos legales, los cuales incluyen la capacidad técnica y financiera de la empresa, planes de trabajo y otros, que deben ser calificados antes de declarar a la peticionaria elegible para el otorgamiento de la concesión." (El subrayado y negrillas es nuestro).

En este sentido, se hace necesario observar dos (2) elementos de suma importancia que deben tomarse en cuenta en el caso que nos ocupa, para el otorgamiento de dicha concesión;

1.- En lo que respecta a la contratación, existen pruebas evidentes que el Arrendador (ANGEL ERNESTO RIERA) y La Nación han mantenido por más de veintitrés (23) años consecutivos, Contrato de Arrendamiento sobre la Finca propiedad del arrendador, la cual a su vez data del año de 1957, o sea, la finca es propiedad de la familia Riera por más de treinta y siete (37) años, lo que presta mérito para que tal concesión sea otorgada a los propietarios de la finca, quienes ostentan en estos momentos muchos más méritos y derechos, habida cuenta de lo ya expresado y sin pretender con esto, dejar de cumplir con los requisitos legales establecidos para su otorgamiento.

2.- Señala muy atinadamente a su vez, la Dirección de Asesoría Legal, que uno de los requisitos legales con que el peticionario debe cumplir, al amparo de la Ley N° 109 de 8 de octubre de 1973, es la capacidad técnica y financiera de la empresa, planes de trabajo y otros, que deben ser calificados antes de declarar a la peticionaria elegible para el otorgamiento de la concesión.

Es por ello que luego de una serie de estudios y análisis del caso que nos ocupa, esta Procuraduría ha podido comprobar que dichos requisitos legales señalados en la citada Ley, los cumple la familia Riera, partiendo de los siguientes hechos:

1.- Desde el año de 1957, los propietarios de la Finca dentro de la cual se encuentra la Cantera, han trabajado la Cantera con maquinaria calificada para este trabajo de explotación de minas.

2.- Este mismo equipo fue y ha sido utilizado por el Ministerio de Obras Públicas para la explotación, desde que se originaron los primeros contratos entre las partes.

Esta relación debidamente probada, que ha mantenido La Nación y el Arrendador, sin violentar las normas jurídicas y orden público e interés social, establecidas en materia de concesiones mineras, hace posible en base a méritos, requisitos legales y bajo el principio de Equidad, que se permita inscribir la concesión minera de dicha Cantera a quien conserve los mejores derechos legales, en este sentido y de manera totalmente objetiva, somos del criterio estrictamente legal, que la familia Riera reúne en estricto derecho los requisitos y méritos legales suficientes para conservar la concesión de la Cantera Los Duendes.

Para finalizar con esta primera interrogante debemos indicar, que el Ministerio de Obras Públicas no puede traspasar a particulares derechos intransferibles de explotación, que solo el Estado puede obtener y usufructuar. De aceptarse tal situación de posibles traspasos de concesiones dentro de licitaciones públicas de equipo, pudiera suceder que se esté autorizando no solo al Ministerio de Obras Públicas, sino también a otras instituciones públicas a obtener derechos de explotación o de otra naturaleza con el supuesto del interés público, para traspasarlos después mediante una licitación pública, cuando no debe incluir tal derecho en el pliego de cargos.

En su segunda interrogante, nos pregunta si puede el Ministerio de Obras Públicas adjudicar la licitación y la Concesión Minera a una tercera persona contra la voluntad de los dueños de la Finca.

Consideramos que no lo puede hacer; pues no es él (El M.O.P.) la entidad legalmente idónea, para otorgar concesiones y menos derechos reservados del Estado, como lo es el derecho a explotar las canteras. Por otra parte debe observarse que si la intención del Ministerio de Obras Públicas, de licitar las máquinas, indica una clara intención por parte de la institución, de no

seguir éste, con la explotación de la cantera, los mismos propietarios de la finca, puedan optar por inscribir su solicitud de concesión y participar en la licitación de las máquinas.

Hay que tomar en cuenta que los dueños de la Finca son propietarios de la misma desde 1957, treinta y siete años (37) y, por espacio de veintitrés (23) años éstos mantuvieron contratos de arrendamientos con el Estado, para la explotación de la cantera, para que pudiera darse un **DERECHO PREFERENCIAL** y permitir que los propietarios de la finca inscriban su concesión, máxime si han venido contrayendo contratos de arrendamientos entre los mismos. Pareciera así lo más justo que siendo ellos los propietarios de la finca desde 1957 y quienes la explotaron por primera vez, entonces debe permitírseles la inscripción de su concesión.

Consideramos que el Ministerio de Obras Públicas no puede adjudicar ese tipo de Licitación, donde se incluyen los derechos intransferibles del Estado.

Tercera interrogante: "¿Puede el Ministerio de Obras Públicas, solicitar al Ministerio de Comercio e Industrias el traspaso de su concesión a la persona que gane la Licitación o debe limitarse a renunciar a su concesión y limitar la licitación a la maquinaria y equipo, sin incluir los derechos de explotación por ser intransferibles a particulares?".

Mediante Resolución Ejecutiva N° 23 de 4 de junio de 1984, el Organo Ejecutivo a través del Presidente de la República, resolvió otorgar al Ministerio de Obras Públicas, los derechos exclusivos de extracción de piedra de cantera, ubicada en el Corregimiento de La Peña, Distrito de Veraguas. Esta no produjo sus efectos jurídicos, por cuanto que no cumplió con el requisito de su **COMUNICACION Y PUBLICACION**, en la Gaceta Oficial. Es entonces que discrepamos en este sentido de lo opinado por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Comercio e Industrias, cuando se refiere a la validez o no de la concesión, sino los efectos que dejó de producir la Resolución al no cumplir con lo establecido en ella misma, pues al final de la Resolución se establece que debe comunicarse y publicarse, ya que la misma afecta intereses de terceros, por lo tanto el incumplimiento de lo dispuesto hace que la Resolución no nazca a la vida jurídica y no produce efecto alguno.

Por otra parte, el Ministerio de Obras Públicas no debe ni debe obligar a la Dirección de Recursos Mierales al Ministerio de Comercio e Industrias, que transfiera los derechos de explotación a particulares.

Con respecto a la tercera interrogante, debemos señalar que todas las Resoluciones Administrativas que afectan derechos reales de terceros deben notificarse personalmente; esto es así, y por la salud de la Administración Pública, de manera tal que ninguna acción administrativa del estado debe hacerse en condiciones desiguales entre las partes, porque lo que se busca con la publicación y notificación de los actos administrativos; es un total y evidente transparencia de dichos actos.

La validez de la publicación es un requisito sine qua non para que la misma produzca sus efectos jurídicos pues así quedó establecido en el último párrafo de la Resolución y dice:

"Los derechos de extracción de que trata esta Resolución son otorgadas por un período de 15 años a partir de la fecha de publicación de la misma en la Gaceta Oficial". (El subrayado es nuestro).

Con relación a su quinta interrogante, debemos señalar que tal comunicación o notificación, viene a ser un requisito de estricto cumplimiento (sine qua non), como lo debió haber sido la resolución que otorgaba la concesión al Ministerio de Obras Públicas.

Vamos lo que en este sentido nos indica JOSE PRONI, con una de sus obras de Derecho Administrativo:

"d) Publicidad:

Son especies de formas de publicación y la notificación. La publicidad es aplicable a los reglamentos, mientras que la notificación lo es de los actos administrativos.

El acto que no ha sido notificado no produce efectos jurídicos inmediatos. No es acto administrativo en el concepto que hemos adoptado.

Por lo tanto, la notificación es un elemento del acto mismo.

El acto administrativo carece de eficacia mientras no sea notificado al interesado..."

(El subrayado es nuestro).

En consecuencia, este Despacho es del criterio que la Resolución por la cual se le otorga los derechos exclusivos al Ministerio de Obras Públicas para la explotación de la cantera, por afectar intereses de terceros, debió ser notificada y publicada mediante Gaceta Oficial.

En cuanto a su última interrogante, debemos señalar que la Dirección General de Recursos Minerales no puede acoger la solicitud de traspaso de la facultad de explotación que tiene el Ministerio de Obras Públicas para traspasarlo en beneficio de particulares, toda vez que dichas facultades de explotación pertenecen al Estado, para beneficio e interés público. Por otra parte, el Ministerio de Obras Públicas inició la explotación de la cantera, con equipos no de su propiedad por lo que deberá resarcir los mismos, pero los dueños de la finca deberán aceptar el uso normal que les fue dado a dicho equipo, en todo caso el Ministerio de Obras Públicas deberá hacer una evaluación sobre los equipos de su pertenencia y los de propiedad de los dueños de la finca para que se determine exactamente lo que pertenece a uno y a otro.

Para finalizar, el criterio jurídico de este Despacho, en cuanto a las funciones o atribuciones del Ministerio de Obras Públicas, con relación al otorgamiento o no de concesiones, es que las mismas le están vedadas y sólo la Dirección de Recursos Minerales del Ministerio de Comercio e Industrias es la entidad autorizada legalmente, para el otorgamiento de concesiones mineras. Por otra parte consideramos que el Ministerio de Obras Públicas solo le cabe legalmente el limitarse a ofrecer en licitación pública, las maquinarias y el equipo de su propiedad, más no así debe comprometer al Estado a través del Ministerio de Comercio e Industrias, al otorgamiento de concesiones.

En este mismo sentido, recomendamos al Ministerio de Comercio e Industrias, procurar en lo posible, manejar el

otorgamiento de concesiones siempre bajo la perspectiva de evitar comprometerse en otorgamiento de dichas concesiones, sin antes haber determinado si la empresa es o no elegible para cumplir con las obligaciones emanadas de la misma.

En este sentido, compartimos el criterio jurídico vertido por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Comercio e Industrias cuando señala que si bien es cierto, el Estado (Dirección General de Recursos Minerales), es quien otorga la concesión, el concesionario no puede entrar en terrenos de propiedad privada sin autorización de sus dueños; así lo establece el artículo 121 del Código de Recursos Minerales y que es del tenor siguiente:

"Artículo 121: La concesión minera no autoriza, a los concesionarios para entrar en terrenos de propiedad privada cercados o cultivados, sin autorización del dueño."

Lo justo en este caso, sería permitírsele a los propietarios de la Finca los Duendes, que puedan inscribir su concesión y que sean éstos los que mantengan la relación de explotación con el Estado, bajo la premisa que:

- 1.- Son los propietarios de los terrenos desde 1957
- 2.- Mantuvieron una relación contractual con el Estado por más de 14 años.
- 3.- Poseen la capacidad técnica que les permite calificar para ser elegibles.

Siendo la Dirección General de Recursos Minerales del Ministerio de Comercio e Industrias la única que puede otorgar las concesiones, podrá esta acceder a la inscripción de la concesión de lña familia Riera e independientemente, que el Ministerio de Obras Públicas realice la Licitación del equipo que ya no quiere y, donde la familia Riera puede optar a dicha licitación.

Sin otro particular, nos reiteramos en las seguridades de nuestro aprecio y consideración.

LIC. JANINA SMALL
PROCURADORA DE LA ADMINISTRACION
(SUPLENTE)