

## 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](mailto:vrschirato@usp.br)





# 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 passengers; 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.<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> 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*.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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 satis-

facción 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.<sup>4</sup>

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*<sup>5</sup>, bien porque son deficitarias y, por tanto, requieren recursos públicos para que su suministro se mantenga regularmente.<sup>6</sup>

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). *Publici servizii - 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.<sup>7</sup>

Sin duda, a partir del final de la década de 1930, con la fuerte influencia de la doctrina de Themístocles Brandão Cavalcanti, 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.<sup>8</sup>

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

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.

régimen jurídico-administrativo, construido sobre los axiomas binomiales de la supremacía del interés público y la indisponibilidad del interés público.<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup>

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-

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.<sup>11</sup>

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.<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup>

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-

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

<sup>13</sup> 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).

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

tura del sistema jurídico, el ciudadano deja de ser un “sujeto”<sup>14</sup> 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.

Habrán algunos doctrinarios con posturas más extremas que prediquen el fin del propio concepto de servicio público, como Gaspar Ariño Ortiz<sup>15</sup>, 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

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, GASPARIÑO. *Principios de Derecho Público Económico*, 3ª ed., Granada: Comares, 2004, p. 599 y ss.

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



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.<sup>16</sup>

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.<sup>17</sup> 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.

<sup>16</sup> 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, 3<sup>o</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

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

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”<sup>18</sup>, 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.<sup>19</sup>

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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

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".<sup>22</sup> 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, previs-

ta 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 (Apothekenurteil, BVerfG 7, 377)<sup>23</sup>, los criterios de restricción de los derechos fundamentales deben obedecer al llamado postulado de proporcionalidad<sup>24</sup>, 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.<sup>25</sup>

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

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.

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.

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 impugnabile. 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.<sup>26</sup>

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 restriccio-

nes 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.<sup>27</sup>

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".<sup>28</sup>*

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.<sup>29</sup>

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.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

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)<sup>32</sup>, 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-

<sup>28</sup> Véase mi obra *La libre empresa en los servicios públicos*, p. 137.

<sup>29</sup> 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, n.º. 18, abr./jun., p. 203.

<sup>30</sup> Cf. Badura, P. *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 3ª edición.

<sup>31</sup> 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 Sarmiento, 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 n.º 9/95, pues me parece que sólo en el caso de la industria nuclear sería proporcional tal restricción a la libre empresa.

<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup>

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.<sup>34</sup>

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.<sup>35</sup>

### **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**

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

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup>

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 n° 9.074, de 7 de julio de 1995, y en la Ley n° 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.

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.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup>

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.<sup>39</sup>

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

---

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".

<sup>39</sup> 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.

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<sup>40</sup>, 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.<sup>41</sup> Por otro lado, el transporte interestatal por carretera no semiurbano y el transporte internacional tienen características completamente dife-

---

<sup>40</sup> La configuración actual de los permisos de servicio público es un tema muy controvertido. Aunque parte de la doctrina aún se refiere 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.

<sup>41</sup> 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 sometieran 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).<sup>42</sup>

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 n° 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: re-

gular 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 N° 4.770, del 25 de junio de 2015, y la Resolución ANTT N° 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 licenciarios 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-

<sup>42</sup> Véase, entre otras, la siguiente sentencia del Tribunal Federal de Cuentas (TCU): Sentencia n° 2.246/2019, dictada por el Pleno del TCU en el examen de la causa n° 003.183/2006-1, en sesión del 18/09/2019, acta n° 36/2019

faría 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<sup>43</sup> 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.

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).

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

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.<sup>44</sup>

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 mencio-

<sup>44</sup> 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.

narse 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-

rogante 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.<sup>45</sup> 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 proce-

<sup>45</sup> 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

so 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



“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.<sup>46</sup> 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 n° 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.

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

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.<sup>47</sup>

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-

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<sup>48</sup> o en una aglomeración urbana<sup>49</sup>, 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

48 En términos del punto VII del artículo 2 de la Ley Federal n° 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 2° de la Ley Federal n° 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".

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<sup>50</sup>, 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-

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)<sup>51</sup> 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 com-

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.

petencia, 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.<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> Esta competencia sólo es inviable si el calibre de las obligaciones de servicio público puede implicar una desigualdad insostenible 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.<sup>54</sup> 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-

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<sup>55</sup>, 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

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.

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-



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.<sup>56</sup>

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,

---

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.

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

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 li-

bre 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. Carmen 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



# TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN  
DIGITAL

Edición 10 Octubre 2022

Costa Rica



ESCUELA LIBRE DE  
DERECHO  
UNIVERSIDAD